

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), José Luis Gil y Gil (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), María Luz Rodríguez Fernández (*España*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Jorge Baquero Aguilar (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Carolina Blasco Jover (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), María Belén Fernández Collados (*España*), Alicia Fernández-Peinado Martínez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Miguel Ángel Gómez Salado (*España*), Estefanía González Cobaleda (*España*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), José Luis Ruiz Santamaría (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Maddalena Magni (*Italia*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Francesco Nespoli (*Italia*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinadora de este número monográfico de la Revista Internacional y
Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO
sobre racionalización financiera del sistema de la Seguridad Social

Alicia Fernández-Peinado Martínez

Profª. Contratada Doctora
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

ÍNDICE

Alicia Fernández-Peinado Martínez , <i>Introducción al número por parte de la Coordinadora</i>	1
---	----------

Artículos

Daniel Pérez Del Prado , <i>La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo: líneas de tendencia</i>	5
---	----------

Belén del Mar López Insua , <i>Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: la compatibilidad entre trabajo-pensión versus jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social</i>	28
---	-----------

Eduardo Enrique Taléns Visconti , <i>Las prestaciones por muerte y supervivencia y su compatibilidad con el trabajo y con otra serie de pensiones</i>	60
--	-----------

Alejandra Selma Penalva , <i>Incapacidad permanente y su compatibilidad con otras prestaciones y con el trabajo. ¿Resiste el modelo vigente una lectura con perspectiva de género?</i>	83
---	-----------

Lourdes Meléndez Morillo-Velarde , <i>Prestaciones por incapacidad permanente y compatibilidad con el trabajo: ¿Es precisa una reformulación legal en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones?</i>	116
--	------------

Reseñas Bibliográficas

Mariel Payo Esper , <i>Derecho y poder. Aportes para una teoría crítica del derecho del trabajo, por Guillermo Pérez Crespo</i>	160
--	------------

Juan Raso Delgue , <i>Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho, dirigido por Fernando H. Llano Alonso</i>	165
---	------------

Introducción al número por parte de la Coordinadora

El presente n. 4/2022 de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, que tengo el privilegio de presentar, tiene por objeto abordar la racionalización financiera del sistema de la Seguridad Social desde la perspectiva del régimen de compatibilidades de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social entre sí y con el trabajo. Como es sabido, la actual coyuntura económica y social plantea un importante reto para el mantenimiento del sistema de protección social, especialmente en relación a las pensiones. En esta línea, los principales esfuerzos por parte de Poderes Públicos se dirigen hacia una reformulación del régimen de la pensión de jubilación a fin de adaptar su financiación al incierto y nada halagüeño futuro.

Sin entrar a debatir sobre la oportunidad y, en su caso, alcance que dichas reformas deban tener, lo cierto es que, a mi modo de ver, la actual situación de crisis debe ser combatida, además, desde otros ángulos entre los que destaca, sin duda alguna, el uso eficiente de los recursos del sistema. Y, desde esta perspectiva, resulta más que oportuna una revisión del régimen de compatibilidad de las prestaciones entre sí y con el trabajo, a fin de identificar tanto posibles situaciones de sobreprotección como de infraprotección. Cometido, por otro lado, nada sencillo, dado que régimen jurídico de la compatibilidad de las prestaciones del sistema entre sí y con el trabajo resulta especialmente complejo. En efecto, la normativa de seguridad social prevé unas pocas reglas generales, siendo, por tanto, necesario acudir al régimen jurídico de cada prestación y a la jurisprudencia para determinar su alcance.

Justamente esta atomización de su régimen jurídico determina que el presente estudio se haya estructurado en atención a las principales prestaciones que nuestro sistema de protección social dispensa y sobre las que se suelen producir con mayor frecuencia y trascendencia situaciones de concurrencia entre prestaciones o entre prestaciones y trabajo: desempleo, incapacidad permanente, prestaciones por muerte y supervivencia y jubilación. Para esta labor, he tenido la gran suerte de contar con la colaboración de destacados especialistas en la materia, a los que agradezco sinceramente que aceptaran el reto propuesto.

El número arranca con un estudio doctrinal elaborado por el Prof. Daniel

Pérez del Prado, quien bajo el título *La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo: líneas de tendencia*, aborda la posible compatibilidad de las prestaciones de desempleo, jubilación y el ingreso mínimo vital con el trabajo como mecanismo de protección social e inserción laboral.

En esta misma línea de investigación, pero centrando su estudio específicamente sobre la pensión de jubilación, la Prof. Belén del Mar López Insua a través de su análisis *Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: la compatibilidad entre trabajo-pensión versus jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social* examina, en primer lugar, el papel que juegan las políticas de envejecimiento activo como garantía para el mantenimiento del sistema de pensiones, para finalizar con una revisión del régimen jurídico de esta prestación con la incapacidad permanente y discapacidad del trabajador.

En segundo lugar, el Prof. Eduardo Enrique Taléns Visconti con el estudio titulado *Las prestaciones por muerte y supervivencia y su compatibilidad con el trabajo y con otra serie de pensiones* incide especialmente en el estudio del generoso régimen de compatibilidades de la pensión por viudedad con el trabajo y otras prestaciones, concluyendo la necesidad de revisar su actual configuración a fin de adaptarlo a la actual coyuntura social y económica.

Como no podía ser de otra manera, el régimen jurídico de incompatibilidades de las pensiones por incapacidad permanente con otras pensiones y con el trabajo, dada su naturaleza, ocupa una posición medular en este monográfico. La Prof. Alejandra Selma Penalva firma el original e interesante estudio titulado *Incapacidad permanente y su compatibilidad con otras prestaciones y con el trabajo. ¿Resiste el modelo vigente una lectura con perspectiva de género?*, en el que revisa desde la perspectiva de la discriminación por razón de género la actual configuración del régimen de compatibilidades de la prestación de la incapacidad permanente total con el trabajo y otras prestaciones del sistema.

También dedicado a las pensiones por incapacidad permanente, pero desde la perspectiva de su adecuación al sostenimiento financiero del sistema de la Seguridad Social la Prof. Lourdes Meléndez Morillo-Velarde presenta el exhaustivo estudio *Prestaciones por incapacidad permanente y compatibilidad con el trabajo: ¿es precisa una reformulación legal en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones?*

El presente número cierra con dos reseñas bibliográficas. La primera sobre el libro *Derecho y poder. Aportes para una teoría crítica del derecho del trabajo* del Prof. Guillermo Pérez Crespo y a cargo de la Prof. Mariel Payo Esper. La segunda realizada por el Prof. Juan Raso Delgue sobre el libro *Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho* dirigido por el Prof. Fernando H. Llano

Alonso.

Alicia Fernández-Peinado Martínez
Profesora Contratada Doctora
Dpto. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante (España)

Artículos



La compatibilidad de las prestaciones y el trabajo como incentivo al empleo: líneas de tendencia*

Daniel PÉREZ DEL PRADO**

RESUMEN: A lo largo de los últimos años, viene observándose una posición general favorable a aceptar la compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social con el trabajo como un mecanismo no solamente de protección social, sino también de inserción laboral. El propósito del presente estudio es abordar el modo en que el sistema de Seguridad Social español se ha adaptado a esta nueva función. En particular, nos detendremos, en primer lugar, en la que ha sido la prestación de referencia en cuanto a los efectos de la protección social sobre el empleo, el desempleo, para, a continuación, revisar también las principales novedades introducidas en las pensiones de jubilación y, dado su carácter innovador, en el reciente desarrollo reglamentario del Ingreso Mínimo Vital (IMV) para crear un incentivo en aras a mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas en riesgo de pobreza y exclusión.

Palabras clave: Compatibilidad, prestaciones, seguridad social, empleo.

SUMARIO: 1. La compatibilidad de las prestaciones con el trabajo como incentivo al empleo. 2. La referencia del desempleo. 3. Las pensiones en el punto de mira. 4. Las novedades del IMV. 5. A modo de conclusiones. 6. Bibliografía.

* Este trabajo forma parte de los proyectos de investigación *La dimensión socio-laboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: Conceptualización, prevención y reparación*, PID2021-124979NB-I00, RTI2018-094547-B-C21, y *Gestión algorítmica e igualdad de oportunidades en la empresa*, TED2021-130325A-I00.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid (España).

The Compatibility of Benefits and Work as an Incentive to Employment: Trend Lines

ABSTRACT: Over the last few years, a general position has been observed in favour of accepting the compatibility of Social Security benefits with work as a mechanism not only for social protection, but also for labour insertion. The purpose of this study is to address the way in which the Spanish Social Security system has adapted to this new function. In particular, we will assess, first of all, what has been the reference benefit in terms of the effects of social protection on employment, the unemployment benefits; secondly, the main innovations introduced in pensions for retirement will be also reviewed. Finally, given its innovative nature, we will focus on the recent regulatory development of the Minimum Living Income to create an incentive in order to improve the real opportunities for social and labour inclusion of people at risk of poverty and exclusion.

Key Words: Compatibility, benefits, social security, employment.

1. La compatibilidad de las prestaciones con el trabajo como incentivo al empleo

A lo largo de los últimos años viene observándose una posición general favorable a aceptar la compatibilidad de las prestaciones de Seguridad Social con el trabajo como un mecanismo no solamente de protección social, sino también de inserción laboral. El Pilar Europeo de Derechos Sociales, adoptado en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo en noviembre de 2017, estableció en su principio 14 que «toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de renta mínima adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación», a lo que inmediatamente añadió, «las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral».

En este sentido, se observa un claro cambio de tendencia entre la postura clásica, que veía en esto un alto riesgo de fraude, a la actual, más permisiva, que se basa en el hecho de que permitir la genera más beneficios que perjuicios, pues la prestación puede configurarse de tal forma que actúe por sí misma como un incentivo a la actividad, propiciando paralelamente la emergencia de empleo sumergido.

El debate estriba entre dos puntos antagónicos. Por una parte, el hecho de que la cobertura de una terminada prestación de la Seguridad Social puede generar posibles desincentivos a la aceptación de ofertas de trabajo porque simple y llanamente no compensa económicamente. Por otra, quienes contrargumentan que lo anterior solo se cumple en función del modo en que se articule la compatibilidad entre el trabajo en sus muy diversas manifestaciones y la protección dispensada por el sistema. La búsqueda de fórmulas en las que trabajar siempre sea la opción óptima o solución de equilibrio resulta esencial para evitar este efecto indeseado de la protección social dispensada por el sistema.

Desde esta última perspectiva, de lo que se trata de corregir deficiencias o efectos no deseados de la protección social frente a la tesis generalmente asumida de que la creación de desincentivos al empleo resulta algo de naturaleza estructural y transversal, casi se diría consustancial a cualquier prestación del sistema de Seguridad Social. Nótese que esto último implica asumir que el fraude es una práctica generalizada en la percepción de prestaciones y que su abono desincentiva siempre o de una forma altamente significativa la búsqueda de empleo. Ni lo uno ni lo otro se sustenta empíricamente.

De lo primero, no existen datos que respalden esa tesis y, de los pocos que

existen, no puede decirse que sea una situación tan grave y generalizada como en ocasiones pudiera aparecer. El Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social para el periodo 2012-2013 ha sido probablemente el que más interés ha puesto en los últimos años en la lucha contra el fraude en prestaciones¹. De acuerdo con los datos disponibles, durante 2012 se realizaron 18.816 inspecciones en materia de prestaciones por desempleo – a la que más frecuentemente se acusa de producir efectos desincentivador – que permitieron detectar 9.452 casos de personas que trabajaban y cobraban indebidamente una prestación por desempleo². De estos datos se deduce que, del total de inspecciones, un 50% se saldaron con infracción por compatibilización indebida del desempleo con el trabajo. Sin embargo, esto poco nos dice de cuál es la situación del fraude en la percepción de prestaciones en España, puesto que las actuaciones de la inspección no son aleatorias, sino que se dirigen fundamentalmente a aquellos sectores, colectivos o empresas que, de acuerdo con los datos de que disponen, son más susceptibles de haber infringido lo dispuesto en la Ley³. De hecho, ya el CES echaba de menos la existencia de una evaluación previa en materia de fraude que hubiera acompañado al Proyecto de Ley de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social⁴. Éste es un elemento clave, puesto que faltan en nuestro país estudios amplios y de calado acerca del fenómeno del fraude en la percepción de las prestaciones

¹ Lógicamente esta es una materia incluida en todos los Planes, pero en los posteriores, ha contado con un menor protagonismo, pues se ha centrado más la labor de inspección en la garantía de unas adecuadas condiciones de trabajo y protección social. A este respecto, véase el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020.

² Los datos los ofrece la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en su página web www.mites.gob.es/its.

³ Por ejemplo, en la Memoria 2012 se priorizan las siguientes actuaciones en materia de Seguridad Social: 1) derivación de responsabilidad de la deuda de Seguridad Social a otros sujetos responsables solidarios o subsidiarios, con especial atención a los supuestos siguientes: sucesión en la titularidad de la empresa, grupos de empresas, administradores, cesión ilegal de trabajadores y contratas y subcontratas; 2) encuadramientos indebidos: estas actuaciones están dirigidas a vigilar el correcto cumplimiento de tales actos administrativos por los sujetos obligados, siendo prioritarias aquellas destinadas a combatir formas concretas de fraude; 3) empresas deudoras insolventes con actividad: se procederá a examinar este tipo de empresas con la finalidad de detectar posibles empresas ficticias, derivaciones de responsabilidad, verificación de la falta de presentación de boletines o incluso la posibilidad de realizar señalamiento de bienes; 4) anulación improcedente de altas consolidadas a través del Sistema RED (2.004 órdenes de servicio), especialmente en aquellos sectores donde es práctica habitual la contratación temporal, con el fin de atajar posibles supuestos de fraude; 5) Observatorio del Fraude.

⁴ Posterior Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social.

por desempleo⁵.

De lo segundo, tampoco parece existir evidencia empírica en el ámbito internacional o nacional que avale ese efecto “anestésico”, al menos de una forma generalizada y apriorística como en muchas ocasiones es descrito⁶. Dicho de otra forma, cuando se habla de los posibles desincentivos de la protección social sobre el empleo no puede hacerse con trazo grueso, sino delineando ámbitos, prestaciones y países con un perfilador muy fino.

Frente a estas tesis, como decíamos, emergen hoy nuevos enfoques que toman en consideración que cada vez serán más frecuentes relaciones laborales caracterizadas por la inestabilidad, los constantes cambios en el empleo y, por ende, mayor la inseguridad laboral (y vital) de las personas trabajadoras. Ante este nuevo panorama, los poderes públicos están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar un determinado nivel mínimo de bienestar a lo largo de la vida laboral de los ciudadanos. El Estado debe emplear las herramientas con que cuenta para dotar de seguridad a las personas trabajadoras, para hacer frente a los nuevos riesgos, y, en esto, los sistemas de protección social constituyen sin lugar a dudas unos de los instrumentos más eficaces en la lucha contra las nuevas manifestaciones del paro.

Todos estos factores, la cobertura de nuevos riesgos a lo largo del ciclo vital del individuo y el especial papel del Estado en la compensación de los efectos derivados de mercados de trabajo más flexibles, conectan con conceptos quizá ya algo pasados de moda, como el de flexiseguridad⁷, pero también con modelos teóricos que siguen aportando elementos valiosos al debate, como el de los mercados de trabajo transicionales⁸. Por lo que aquí

⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *Sobre el Anteproyecto de Ley de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social*, Dictamen CES, 2012, n. 3, p. 11.

⁶ D. PÉREZ DEL PRADO, *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control. Los efectos económicos de la protección frente al paro*, Lex Nova, 2014, p. 440.

⁷ Críticas que la UE reconoce abiertamente: *vid.* Commission Staff Working Document, *Open, dynamic and inclusive labour markets*, 18 abril 2012, SWD(2012)97 final. Desde esta perspectiva crítica se ha definido la flexiseguridad como «el otorgamiento de derechos de protección social mínimos frente al recurso masivo a relaciones laborales flexibles». *Cfr.* M. FREDLAND, N. COUNTOURIS, J. PRASSL, *Royaume-Uni*, en M.-C. ESCANDE VARNIOL, S. LAULOM, E. MAZUYER, P. VIELLE (coords.), *Quel droit social dans une Europe en crise?*, Larcier, 2012, p. 33.

⁸ Resultan imprescindibles para su estudio G. SCHMID, B. GAZIER (eds.), *The Dynamics of Full Employment. Social Integration Through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar, 2002; L. TOHARIA (comp.), *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. Conectando los mercados de trabajo transicionales con la flexiseguridad, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Flexiseguridad: el debate europeo en curso*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica*

respecta, es destacable la idea de que los modelos de protección social deben adaptarse a las características actuales de los mercados de trabajo, lo que exige dar cobertura a situaciones de paro y episodios de empleo precario más frecuentes. Ante esta nueva realidad, la vieja regla de la incompatibilidad absoluta entre trabajo y protección social porque aquel era garantía de un nivel de vida adecuado para toda la vida debe decaer para abrir paso a la compatibilidad.

Pero, junto a este argumento se yergue otro, que es el hecho de que la cuantía de las prestaciones puede articularse técnicamente de tal forma que se convierta en un incentivo a trabajar. En relación con el desempleo, se ha sugerido, precisamente para que la prestación actúe como incentivo, que la percepción parcial del desempleo suponga un alargamiento del período durante el cual se compatibiliza salario y prestación equivalente al porcentaje que se deja de percibir⁹. Recientemente el RD 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital (IMV) con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación ha buscado el mismo objetivo. Como explícitamente señala su exposición de motivos:

el incentivo al empleo busca la no desincentivación a incorporarse al mercado laboral o a poder incrementar el número de horas en el caso en el que el individuo esté trabajando porque hace que no pierda un euro de prestación, sino menos, por cada euro que se incrementan los salarios por un incremento en la oferta laboral. Esto hace que el ingreso mínimo vital, además de ser una medida que busca mejorar la equidad, no se convierta en una medida ineficiente desde el punto de vista económico.

A lo largo de las próximas páginas abordaremos el modo en que el sistema de Seguridad Social español se ha adaptado a esta nueva función o, si se prefiere, a la prevención de este efecto indeseado. En particular, nos detendremos, en primer lugar, en la que ha sido la prestación de referencia en cuanto a los efectos de la protección social sobre el empleo, el desempleo, para, a continuación, revisar también las principales novedades introducidas en las pensiones de jubilación y, dado su carácter innovador, en el recién mencionado desarrollo reglamentario del IMV en aras a mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas

de Teoría y Práctica, 2007, n. 2.

⁹ D. PÉREZ DEL PRADO, *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 40-42.

beneficiarias de la prestación.

2. La referencia del desempleo

Los sistemas de protección por desempleo nacen con el propósito de cubrir las situaciones de necesidad derivadas de la pérdida del puesto trabajo¹⁰. Los propios conceptos de “desempleo” y “paro” aluden a la ausencia de empleo o la falta de actividad de tal forma que, en esencia, la protección dispensada por el sistema aparece en ausencia del trabajo. “Trabajo” y “desempleo” emergen así como dos conceptos antagónicos, pues la falta del primero exige la intervención del segundo y, viceversa, la recuperación del trabajo conlleva el cese del paro.

Sin embargo, la evolución histórica posterior llevó a que esta concepción simple del sistema de protección por desempleo se ampliara, de tal forma que éste ya no sólo interviene en ausencia de trabajo, sino que, en específicas situaciones y con el fin de alcanzar determinados objetivos normalmente conectados con la política de empleo, se admite la compatibilidad entre el trabajo entendido en un sentido amplio y el paro. Del análisis de la transformación de la situación legal de desempleo se desprende un cambio profundo en el sistema que pasa, de un estadio en el que se concibe su acción protectora sólo para casos de ausencia total de empleo a otra, al actual, en el que también se actúa sobre situaciones en las que la relación laboral pervive, aunque sea parcialmente. Además, frente a las estrategias de actuación *ex post*, estas otras de índole preventiva resultan mucho más eficientes, pues intentan evitar la extinción de la relación laboral¹¹.

De acuerdo con lo previsto en el art. 262 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), la protección por desempleo cubre la contingencia de quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierden su empleo o ven reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el art. 267 de la misma Ley. Si acudimos a esta última norma nos damos cuenta de que, en realidad, cuando el art. 262 LGSS habla de “reducción”, se está refiriendo tanto a la reducción de jornada propiamente dicha (art. 267.1.c LGSS) como a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo (art. 267.1.b LGSS). Por tanto, la situación protegida es la carencia de ingresos derivada de la pérdida de empleo, ya sea de forma total y definitiva, ya sea

¹⁰ Referencia inexcusable para su estudio es C. VIQUEIRA PÉREZ, *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, 1990.

¹¹ En el mismo sentido, OECD, *OECD Employment Outlook 2010. Moving beyond the job crisis*, 2010.

de forma total o parcial pero coyunturalmente y con visos de revocabilidad. Este es el modo en que los distintos niveles de protección que integran el sistema se adaptan a la nueva realidad anteriormente descrita. Así, el nivel contributivo cubre la sustitución de las rentas de activo, lo que incluye también los supuestos en los que la pérdida de tales rentas no es total. Del mismo modo, los subsidios asistenciales o la Renta Activa de Inserción, de forma subsiguiente o alternativa, alcanzan su objetivo de dotar de soporte económico a quien encontrándose en la situación descrita acredita insuficiencia de medios para vivir, bien sea aportándole una renta de subsistencia de forma completa, bien la parte necesaria para alcanzar tal nivel mínimo.

Esta distinta finalidad permite, en teoría, que, en el primer caso, se admita la compatibilidad con otros ingresos, salvo si derivan del propio desempeño de un trabajo¹², y, en el segundo, siempre que no se sobrepasen los niveles de renta que dan acceso a su percepción. Dicho de otro modo, y para el conjunto del sistema, la definición actual de la contingencia protegida muestra también muy a las claras, como estadio evolucionado de una tendencia hacia la compatibilidad, que hoy resulta posible compaginar trabajo y desempleo cuando la relación laboral pervive y siempre que ello no desvirtúe las distintas finalidades perseguidas por los diferentes niveles de protección y, por ende, las del conjunto del sistema.

Sobre esta base, el art. 282 LGSS procede a regular la complementariedad (aunque el precepto usa el título más disciplinario de “incompatibilidades”) entre desempleo y trabajo con carácter general. Esta norma prescribe que «la prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado». De su tenor literal cabe distinguir, a nuestro juicio, una regla general, dos excepciones y dos reglas especiales¹³.

La regla general implica que teóricamente la percepción de una prestación por desempleo es incompatible con cualquier tipo de trabajo, esto es, tanto el trabajo por cuenta ajena, como el trabajo por cuenta propia, pues precisamente su función es la cobertura de las situaciones de necesidad derivadas de su pérdida, con las particularidades propias de cada nivel de protección.

¹² S. GONZÁLEZ ORTEGA, *La protección por desempleo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1993, n. 2, p. 327.

¹³ En versión actualizada del esquema que establecíamos en D. PÉREZ DEL PRADO, *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, cit., pp. 31-34.

Por lo que respecta a las excepciones, por un lado, nos encontramos con la reflejada en el propio precepto y en la jurisprudencia y que se basa en la posibilidad de compatibilizar prestación y trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial (art. 15.1, letras *a.1º* y *b.1º*, RD 625/1985, de 2 de abril). Esta regla la ha sintetizado la jurisprudencia¹⁴ al señalar que la incompatibilidad de la protección por desempleo en su nivel contributivo y asistencial es total o absoluta cuando se trata del trabajo por cuenta propia, mientras que es relativa cuando nos encontramos ante un trabajo por cuenta ajena, pues en este caso se permite la compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial, reduciéndose proporcionalmente el salario¹⁵.

Los supuestos de confluencia entre el trabajo a tiempo parcial y la protección por desempleo son muy variados. Sistemáticamente podrían agruparse en dos grandes bloques. Por una parte, los casos de pluriempleo en los que la pérdida de uno o varios de los empleos da lugar al acceso a la prestación o subsidio por desempleo. De otra, los supuestos de empleo a tiempo parcial sobrevenido, es decir, aquellas situaciones en las que estando bajo el amparo de la protección por desempleo, se accede a un trabajo a tiempo parcial. Dentro de estos dos grupos, a su vez, podemos distinguir distintos tipos de situaciones.

En primer lugar, las situaciones de pluriempleo pueden ser tres:

- a. el trabajador que compagina un trabajo a tiempo completo con uno a tiempo parcial y pierde el segundo, no tendrá derecho a compaginar el desempleo con el trabajo pues, como acabamos de ver, la compatibilidad se limita únicamente al trabajo a tiempo parcial;
- b. en esta misma situación, si por el contrario se pierde el trabajo a tiempo completo, entonces sí que se podrá compaginar el trabajo a tiempo parcial restante con la prestación o subsidio a que se acceda, reduciéndolo en la cuantía proporcional correspondiente;
- c. por último, si el trabajador desempeña dos trabajos a tiempo parcial y pierde uno de ellos, entonces tendrá derecho, en virtud de lo dispuesto en el art. 15.4 del RD 625/1985, a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda, sin deducción alguna¹⁶.

¹⁴ Entre otras, la STS 13 mayo 2008 (rec. 901/2007).

¹⁵ Por consiguiente, en supuestos de trabajo por cuenta ajena, regirá la regla de la incompatibilidad si concurren los siguientes tres requisitos: a) que sea un trabajo a tiempo completo, b) que implique necesariamente la inclusión en un Régimen de la Seguridad Social y c) que no esté expresamente establecida la compatibilidad por algún programa de fomento del empleo. *Vid.* I. ALZAGA RUIZ, *Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social](#), 2012, n. 99, p. 92.

¹⁶ STS 21 marzo 2005 (RJ 2005, 3879).

En segundo lugar, nos encontramos con los casos de lo que hemos denominado empleo a tiempo parcial sobrevenido y que consisten sencillamente en supuestos en los que el trabajador que está percibiendo una prestación o subsidio por desempleo encuentra un trabajo a tiempo parcial¹⁷. En tal caso, procederá aplicar la regla general y descontar del subsidio o la prestación la parte proporcional al tiempo trabajado.

Por otro lado, la segunda excepción se refiere a los supuestos en los que se admite la compatibilización con el trabajo por cuenta ajena a tiempo completo siempre que así lo admita expresamente un programa de empleo (art. 282.3 LGSS), es decir, si la finalidad es la de promover el empleo de determinados colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, entonces aquella regla general se exceptúa. De un modo similar, se admite en idénticas circunstancias y con los mismos requisitos la compatibilización con el trabajo por cuenta propia (art. 282.4 LGSS).

Esta última excepción, introducida en el año 2013¹⁸ obliga a nuestro juicio a revisar la doctrina jurisprudencial apuntada más arriba, pues no puede ya hablarse de una incompatibilidad absoluta con el trabajo por cuenta propia. Sea como fuere, lo más importante es destacar que la mencionada modificación es una muestra más del proceso de erosión de la incompatibilidad con el trabajo en relación con la protección por desempleo que venimos experimentando.

El precepto no dice qué se entiende por “programa de fomento del empleo”, por lo que tradicionalmente se han englobado dentro de estos programas, los dos contenidos en la Ley que dio origen al precepto que ahora estudiamos, es decir, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Así, mientras el apartado 9 del art. 1 establecía la regulación que ahora es objeto de análisis, sus DT 5ª y 6ª recogían los programas de fomento del empleo para mayores de 52 años y de sustitución de trabajadores en formación, respectivamente, a los que se podría añadir el programa de fomento de la movilidad geográfica a que se refiere la DT 7ª.

Sin embargo, junto a los tres anteriores, ya hemos hecho alusión a que hoy en día se permite también la compatibilidad con el trabajo por cuenta propia si así lo establece un programa de empleo. Éste es el llamado programa de fomento destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo, a que se refiere el art. 33 LETA y que permite compatibilizar la percepción de la prestación por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia.

¹⁷ STS 5 mayo 2004 (RJ 2004, 5017).

¹⁸ Introducido por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

Por último, las reglas especiales tienen como elemento común el permitir la compatibilización entre trabajo y desempleo aun cuando la relación laboral no esté extinguida. La diferencia estriba en el modo. Por una parte, nos encontramos los casos de suspensión del contrato y reducción de jornada en los que, especialmente el art. 267.1, letras *b* y *c*, LGSS, se encarga de dar el correspondiente tratamiento en el ámbito de la Seguridad Social a lo regulado en el art. 47 ET. Por otra, los períodos de inactividad productiva de las personas trabajadoras fijas discontinuas (art. 267.1.*d* LGSS), que ha cobrado especial importancia a partir de los nuevos bríos que esta modalidad contractual ha adquirido a raíz de la reforma laboral de 2021.

A este respecto, es preciso recordar que la DF 6ª del RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, dispuso que el Gobierno regulara, en el marco de la reforma del nivel asistencial por desempleo, las modificaciones necesarias para mejorar la protección del colectivo de fijos-discontinuos, permitiéndoles el acceso a los subsidios por desempleo en las mismas condiciones y con los mismos derechos que se aplican al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social protegidos por la contingencia de desempleo.

En cumplimiento de dicho mandato, el DF 1ª.6 del RD-Ley 3/2022, de 1º de marzo, suprime el apartado 4 del art. 277 LGSS, que establecía que, en el caso de trabajadores fijos discontinuos, la duración del subsidio por agotamiento de la prestación contributiva – con o sin responsabilidades familiares – y del subsidio por cotizaciones insuficientes para acceder a la prestación contributiva, sería equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud y que, además, impedía a estos trabajadores el acceso al subsidio para mayores de 52 años previsto en el art. 274.4 LGSS. Además, da nueva redacción al art. 280 LGSS, eliminando el apartado que regulaba la cotización a la Seguridad Social por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo por parte de los trabajadores fijos discontinuos¹⁹.

Al margen de lo anterior, la regulación reglamentaria prevé supuestos especiales de incompatibilidad específicos (art. 15, RD 625/1985). Tal es el caso de las actividades de investigación o cooperación retribuidas que impliquen dedicación exclusiva y a tiempo completo; el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales retribuidos y que

¹⁹ A este respecto, véanse las Instrucciones provisionales para la aplicación, en materia de protección por desempleo, del RD-Ley 32/2021 y del RD-Ley 3/2022. Criterio de actuación del SEPE de 13 de mayo de 2022.

impliquen también dedicación exclusiva y a tiempo completo; o la activación de la reserva retribuida de los reservistas voluntarios de las Fuerzas Armadas. No obstante, a pesar de su mención destacada, no suponen una excepción, por lo que la incompatibilidad surge cuando tales actividades se desarrollan a tiempo completo y decae o se relaja cuando se hace a tiempo parcial. Su regulación tiene más bien una finalidad didáctica o preventiva, evitando dudas interpretativas y, por tanto, la posibilidad de argüir la compatibilidad²⁰.

3. Las pensiones en el punto de mira

El segundo ámbito en el que la compatibilidad entre trabajo y prestaciones se sigue abriendo paso es de las pensiones de jubilación. A este respecto, en el marco del programa *Next Generation EU*, el Gobierno asumió una serie de compromisos incluidos en las Disposiciones operativas del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#), acordados con la Comisión Europea y sintetizados, por lo que respecta a la Seguridad Social, en su [Componente 30](#). Estos pivotan sobre dos grandes ejes. Por un lado, asegurar la sostenibilidad financiera del sistema en el corto, medio y largo plazo. Por otro, preservar su adecuación y suficiencia mediante el mantenimiento el poder adquisitivo del poder adquisitivo de los pensionistas. En uno y otro caso, los cambios que debieran introducirse debían respetar la equidad intergeneracional.

A partir de ahí, y tomando como referencia lo acordado en el Pacto de Toledo, se enunciaron una serie de cambios normativos que podemos sintetizar en los siguientes: la separación de fuentes de financiación; la continuación del proceso de acercamiento de la edad efectiva de jubilación a la edad legal; la adecuación a los nuevos modelos de carrera profesional del periodo de cómputo para el cálculo de la pensión de jubilación; el establecimiento de un nuevo sistema de cotización para los autónomos basado en ingresos reales que refuerce la integración y convergencia de los regímenes de pensiones; la revisión del sistema de previsión social complementaria, fomentando el desarrollo de planes de pensiones de empleo (segundo pilar) a través de la negociación colectiva; y la puesta en

²⁰ F.J. TOROLLO GONZÁLEZ, *Incompatibilidades de la Prestación de Desempleo*, en [Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración](#), 2010, n. 89, pp. 131-134. No obstante, dada esa finalidad, no estaría de más actualizar los supuestos y, así, prever expresamente dentro de las actividades investigadoras las becas, máxime cuando los programas de investigación prevén tanto periodos de beca como de contrato o relación laboral (a este respecto, *vid.* STSJ Madrid 28 enero 2005 (rec. 5901/2004)).

marcha de un nuevo mecanismo de revalorización de las pensiones²¹ que garantice el mantenimiento del poder adquisitivo.

El modo en que se han venido dando cumplimiento a estos compromisos ha sido a través de reformas parciales y sucesivas en el tiempo²², cuyo hito más significativo es la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones²³, lo que no perjudica que hayan de ser observadas en su conjunto.

De todas estas medidas, interesa detenernos en las tendentes a acercar la edad teórica y real de jubilación, pues, a pesar de su carácter heterogéneo, es ahí donde va a entrar en juego la posibilidad de compatibilizar trabajo y, en este caso, pensión de jubilación. En particular, tres son los vectores de actuación que diseña la Ley 21/2021.

En primer lugar, la revisión de los coeficientes reductores aplicables tanto en el caso de la jubilación anticipada voluntaria como en el de la involuntaria, así como del procedimiento para su fijación en la jubilación anticipada por razón de la actividad. En concreto, las modificaciones en los coeficientes reductores a fin de favorecer una prolongación de la vida activa podrían sintetizarse del siguiente modo: a) los coeficientes pasan a ser mensuales en lugar de trimestrales, lo que hace más aprehensible la mejora de continuar trabajando en lo que hace a la pensión, b) marcan una curva que incentiva el retraso de la edad de jubilación al menos en un año, cuando se alcanza el máximo beneficio respecto de la regulación anterior, c) son sensiblemente inferiores a medida que se tienen más años cotizados y, por último, d) marcan unos máximos en los dos meses en los que con mayor frecuencia se accede a la jubilación anticipada.

En segundo lugar, se contempla la prohibición de cláusulas convencionales que prevean la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años (DA 10ª ET), así como la reducción del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante la situación de incapacidad temporal de los trabajadores que hayan cumplido sesenta y dos años de edad (art. 144.4 LGSS).

²¹ F. VILA TIerno, M. GUTIÉRREZ BENGOCHEA, N. BENÍTEZ LLAMAZARES, *Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional*, en *Trabajo y Seguridad Social* – CEF, 2022, n. 467.

²² Para algunos autores, como consecuencia de su vinculación a la consecución de fondos europeos: *vid.* C. MOLINA NAVARRETE, *El «maná» de los «euro-millones» y las reformas que condicionan su «lluvia»: ¿qué mercado de trabajo, qué sistema de pensiones?*, en *Trabajo y Seguridad Social* – CEF, 2021, n. 461-462, p. 15.

²³ Véase [Componente 30](#) del [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#) y, para una primera aproximación, C. GALA DURÁN, *Las novedades del Proyecto de Ley de reforma de pensiones de 2021*, en *La Administración Práctica*, 2021, n. 11.

Por último, se retoca la jubilación activa, introduciéndose como exigencia para acceder a esta modalidad de jubilación el que haya transcurrido al menos un año desde el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (art. 214.1.a LGSS); y se incentiva la permanencia de los trabajadores en activo, la denominada jubilación demorada, que ya permitía compatibilizar una parte de la pensión con el trabajo por cuenta ajena o propia, mediante el establecimiento de una serie de incentivos. En particular, se establecen tres tipos a elegir por cada año de demora:

- a. un porcentaje adicional del 4%, que se suma al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y se aplica a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, independiente de los años cotizados en el momento de la demora;
- b. una cantidad a tanto alzado en función de la cuantía de la pensión y premiando las carreras de cotización más largas;
- c. una combinación de las opciones anteriores (art. 210.2 LGSS).

De esta forma, se favorece la utilización de dicha fórmula y, por tanto, se prolonga la vida activa, mediante la sustitución del incentivo único hasta entonces vigente por la posibilidad de que el interesado pueda optar entre las tres opciones mencionadas, incentivos que se suman al porcentaje adicional que se sumará al que corresponda de acuerdo con el número de años cotizados y se aplicará a la respectiva base reguladora, a efectos de determinar la cuantía de la pensión.

En suma, nos encontramos ante otro caso de cómo la cuantía de las prestaciones puede ser empleada como incentivo al empleo, en este supuesto con una finalidad añadida casi de mayor importancia que la anterior, cual es la garantía de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

4. Las novedades del IMV

La última de las prestaciones a que nos queríamos referir, pero la más novedosa desde el punto de vista temporal y en cuanto a contenidos es el IMV. Ésta es, sin lugar a dudas, la prestación ha apostado más fuertemente por la configuración de incentivos a la vuelta al empleo, aunque su materialización se haya postergado algo en el tiempo.

En efecto, art. 11.4 de la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el IMV²⁴, dispuso que, «con el fin de que la percepción del ingreso

²⁴ Sobre esta nueva prestación puede consultarse J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley*

mínimo vital no desincentive la participación en el mercado laboral, la percepción del ingreso mínimo vital será compatible con las rentas del trabajo o la actividad económica por cuenta propia de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de uno o varios miembros de la unidad de convivencia en los términos y con los límites que reglamentariamente se establezcan». Nótese que la norma parte de una premisa completamente contraria a la tradicional: para que no exista desincentivo, debe haber compatibilidad, aunque ello implique asumir determinados riesgos de fraude que, como tuvimos ocasión de apuntar, no están demostrados.

Lógicamente, la mera compatibilidad no es suficiente para incentivar el empleo, sino que hace falta un diseño adecuado²⁵. De ahí que el precepto continúe señalando que «en estos casos, se establecerán las condiciones en las que la superación en un ejercicio de los límites de rentas establecidos en el punto 2 del presente artículo por esta causa no suponga la pérdida del derecho a la percepción del ingreso mínimo vital en el ejercicio siguiente. Este desarrollo reglamentario, en el marco del diálogo con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, prestará especial atención a la participación de las personas con discapacidad y las familias monoparentales».

A este mandato ha dado cumplimiento el RD 789/2022²⁶. Esta norma, que entrará en vigor el 1º de enero de 2023, se orienta a que la cuantía de la prestación se convierta en sí misma en un incentivo que, como señala la exposición de motivos, «busca la no desincentivación a incorporarse al mercado laboral o a poder incrementar el número de horas en el caso en el

20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, n. 56; H. ÁLVAREZ CUESTA, *El ingreso mínimo vital en la encrucijada*, en *esta Revista*, 2021, n. 2; S. BARCELÓN COBEDO, *Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela*, en *Labos*, 2020, n. 3; J. CRUZ VILLALÓN, *Ingreso Mínimo Vital. Elementos esenciales*, en *jesuscruzvillalon.blogspot.com*, 30 mayo 2020; A.N. ESCRIBÁ PÉREZ, *La nueva prestación no contributiva: el Ingreso Mínimo Vital*, en *IUSLabor*, 2021, n. 1; C. GALA DURÁN, *El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes*, en *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, 2020, n. 1; J. GARCÍA MURCIA (ed.), *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, KRK, 2022; S. GONZÁLEZ ORTEGA, S. BARCELÓN COBEDO, *El ingreso mínimo vital (comentario al Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Tirant lo Blanch, 2020; J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, A.R. TRILLO GARCÍA, *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum, 2021; O. SALIDO CORTÉS, *El ingreso mínimo vital: una perspectiva de género*, en *Revista Española de Sociología*, 2021, n. 2; A.R. TRILLO GARCÍA, *Un primer apunte sobre el Ingreso Mínimo Vital*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 25.

²⁵ R. GÓMEZ GORDILLO, *¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital*, en *esta Revista*, 2021, n. 1.

²⁶ Para un estudio completo, véase M. CHABANNES, *El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de la inserción laboral*, en prensa en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2022, n. 33.

que el individuo esté trabajando porque hace que no pierda un euro de prestación, sino menos, por cada euro que se incrementan los salarios por un incremento en la oferta laboral».

Para ello, se establece un sistema que se basa en la valoración de los ingresos del año anterior. Así, para que se aplique el incentivo, es necesario que la persona haya sido beneficiaria del IMV en el año anterior a la aplicación de la revisión de la prestación; que mantenga el derecho a la percepción de la prestación el 1º de enero del ejercicio en el que se vaya a realizar la revisión de la prestación; y que se incrementen sus ingresos procedentes de rendimientos del trabajo por cuenta ajena o propia respecto del año que se tuvo en cuenta para el cómputo de sus ingresos (art. 2).

En tal situación, para que la cuantía de la prestación se convierta en un incentivo es necesario, como se ha indicado anteriormente, que la articulación entre renta del trabajo o profesionales y el importe de la prestación se haga de tal forma que trabajar siempre compense económicamente. Ello se consigue declarando exento de cómputo una parte de los ingresos y rentas que se hayan de tomar en consideración para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia, de tal suerte que la cuantía de la prestación disminuya menos que lo que se gana trabajando.

En concreto, la concreción de tal importe viene determinada por lo establecido en el art. 4 y el Anexo III (art. 1.2), de los que se deduce la existencia de tres tramos:

- a. tramo 1 (ingresos hasta el 60% de la renta garantizada): las ganancias de ingresos hasta el 60% de la cuantía de la prestación reconocida quedan exentas, con lo que ésta no sufrirá reducción alguna. Es decir, los ingresos obtenidos dentro de este tramo se suman, sin más, a la cuantía de la prestación del IMV;
- b. tramo 2 (ingresos entre el 60% y el 100% de la renta garantizada): en este segundo tramo, el porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV varía entre un 20% y un 40% en función de tres parámetros:
 - la relación previa con el mercado de trabajo: el incentivo es mayor para las personas que se incorporan al mercado de trabajo desde una situación de desempleo que para aquellos que ya están trabajando;
 - la composición de la unidad de convivencia: las familias monoparentales y las personas con discapacidad (igual o superior al 65%) reciben un mayor incentivo;
 - la presencia o no de menores a cargo: las unidades de convivencia que cuentan con uno o varios menores a su cargo percibirán también un incentivo más alto.

De esta forma el mecanismo establecido se ha graduado de manera que el incentivo sea más alto para quienes salgan de una situación de desempleo, para los hogares con menores a su cargo, para las familias monoparentales, para los hogares con menores a su cargo y para unidades de convivencia con personas con discapacidad. La razón radica en la situación particularmente vulnerable desde la que parten estos colectivos.

- c. tramo 3 (ingreso superior al 100% de la renta garantizada): el importe de los incrementos de los ingresos previstos que supere la cuantía de la renta garantizada de la unidad convivencia, no se excluirá del cómputo para el cálculo del IMV. En este supuesto, la persona ya no tendría derecho a percibir el IMV y solo recibiría el incentivo al empleo que consistiría en la diferencia entre la renta mínima garantizada y dicho aumento menos el máximo bonificable en el segundo tramo²⁷.

Para la mejor comprensión de como funciona el incentivo, a continuación se muestra una tabla recopilatoria de los elementos esenciales y unos cuadros con ejemplos de cálculo.

Tabla 1 – Tramos y porcentajes del Anexo III

Importe de los incrementos de los ingresos con respecto a la renta garantizada	Ingresos obtenidos en el ejercicio fiscal previo a la revisión	Unidad de convivencia	Porcentaje excluido del cómputo para el cálculo del IMV
Hasta el 60%	—	—	100%
Superior al 60% y hasta el 100%	NO	Adulto solo o varios SIN menores a cargo	30%
		Varios adultos CON uno o varios menores a cargo	35%
		Adulto solo o varios (con o sin menores a cargo) CON complemento IMV por discapacidad	40%
	SÍ	Adulto solo o varios SIN menores	20%

²⁷ M. CHABANNES, *El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de incentivar al empleo: a propósito del RD 789/2022*, en www.aedtss.com, 3 octubre 2022, p. 3.

		a cargo	
		Varios adultos CON uno o varios menores a cargo	25%
		Adulto solo CON uno o varios menores a cargo	30%
Superior al 100%	—	—	0%

Fuente: M. CHABANNES, *El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de incentivar al empleo: a propósito del RD 789/2022*, en www.aedtss.com, 3 octubre 2022

Cuadro 1 – Ejemplo de cálculo en el tramo 1²⁸

Ejemplo del incentivo en persona individual

Una persona que vive sola y no ha tenido ingresos en el año anterior recibe un IMV de 5.900 euros anuales. Si se le revisara al año siguiente y se viera que ha tenido ingresos por valor de 1.000 euros, ¿cuál sería el monto de la prestación?

De no existir el incentivo, su IMV se vería mermado hasta los 4.900 euros, pues al monto inicial habría que restar los ingresos percibidos. Su renta total permanecería invariable, no obteniendo beneficio económico del trabajo. Para evitar este desincentivo, se aplicaría el incentivo del siguiente modo:

- 60% de 5.900 = 3.540 euros ► 1.000 < 3.540 euros. El incremento de ingresos es del tramo 1, luego están completamente exentos;
- incentivo: 100% ingresos = 1.000 euros;
- resultado: $IMV_1 - \text{ingresos} + \text{incentivo} = 5.900 - 1.000 + 1.000 = 5.900$ euros;
- total renta disponible: $IMV_2 + \text{incentivo} + \text{ingresos} = 4.900 + 1.000 + 1.000 = 6.900 > 5.900$ euros.

Cuadro 2. Ejemplo de cálculo en el tramo 2²⁹

Ejemplo del incentivo en persona individual

²⁸ Las cantidades del IMV son ficticias para facilitar la comprensión. Para un ejemplo con cantidades reales, véase M. CHABANNES, *El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de la inserción laboral*, cit.

²⁹ Para el cálculo del incentivo, téngase en cuenta que el tramo de ingresos hasta el 60% de la renta garantizada está exento; mientras que el tramo siguiente lo está en parte, un 20%.

Una persona que vive sola y no ha tenido ingresos en el año anterior recibe un IMV de 5.900 euros anuales. Si se le revisara al año siguiente y se viera que ha tenido ingresos por valor de 4.500 euros, ¿cuál sería el monto de la prestación?

De no existir el incentivo, su IMV se vería mermado hasta los 1.400 euros, pues al monto inicial habría que restar los ingresos percibidos. Su renta total permanecería invariable. Para evitar este desincentivo, se aplicaría el incentivo del siguiente modo:

- 60% de $5.900 = 3.540$ euros ► $4.500 > 3.540$ euros. El incremento de ingresos es del tramo 2, aplicándose una exención en atención a sus circunstancias personales del 30% ;
- incentivo: $4.500 - 3.540 = 960$ euros; $960 \times 0,2 = 192$ euros; $3.540 + 192 = 3.732$ euros;
- resultado: $IMV_1 - \text{ingresos} + \text{incentivo} = 5.900 - 4.500 + 3.732 = 5.132$ euros;
- total renta disponible: $IMV_2 + \text{incentivo} + \text{ingresos} = 1.400 + 3.732 + 4.500 = 9.632 > 5.900$ euros.

Cuadro 3. Ejemplo de cálculo en el tramo 3³⁰

Ejemplo del incentivo en persona individual

Una persona que vive sola y no ha tenido ingresos en el año anterior recibe un IMV de 5.900 euros anuales. Si se le revisara al año siguiente y se viera que ha tenido ingresos por valor de 6.000 euros, ¿cuál sería el monto de la prestación?

De no existir el incentivo, su IMV se extinguiría, por percibir más ingresos que la renta que tiene garantizada. Sin embargo, podría existir un incentivo a no aceptar el trabajo, pues la diferencia son apenas 100 euros.

Para evitar este efecto, se aplicaría el incentivo del siguiente modo:

- $6.000 > 5.900$. El incremento de ingresos es del tramo 3, luego no hay ingresos exentos;
- incentivo: $5.900 \times 60\% = 3.540$ euros; $6.000 - 3.540 = 2.460$ euros; $2.460 \times 0,2 = 492$ euros; $3.540 + 492 = 4.032$ euros;
- resultado: $IMV_1 - \text{ingresos} + \text{incentivo} = 5.900 - 6000 + 4.032 = 3.932$ euros;
- total renta disponible: $IMV_2 + \text{incentivo} + \text{ingresos} = 0 + 3.932 + 6.000 = 9.932 > 5.900$ euros.

Como puede observarse, ante los múltiples factores a tener en cuenta, el

³⁰ Para el cálculo del incentivo, téngase en cuenta que el tramo de ingresos hasta el 60% de la renta garantizada está exento; mientras que el tramo siguiente lo está en parte, un 20% . El exceso ha de tenerse en cuenta a efectos del cálculo del incentivo.

método de cálculo puede resultar complejo para las personas beneficiarias³¹. Para facilitar que la información sea transparente, lo que redundaría en la efectividad del incentivo, se ha puesto marcha en un simulador virtual que contempla todas las opciones y tipologías posibles con el fin de que se pueda conocer la cuantía del incentivo. En todo caso, debe tenerse presente que, una vez que entre en vigor, el INSS realizará la revisión de oficio cuando disponga de los datos fiscales del ejercicio anterior y detecte cambios en los ingresos, por lo que no es necesaria ninguna actuación por parte de las personas beneficiarias, siendo la herramienta mencionada una mera facilidad a título informativo.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que DA 3ª del RD 789/2022 regula la forma de proceder en los casos en que la persona beneficiaria del IMV haya visto indebidamente reconocida su prestación o aumentada su cuantía en base a datos provisionales facilitados por la Agencia Tributaria al INSS y que posteriormente se vieron modificados. En estos casos, se establece que los importes percibidos en exceso podrán ser objeto de compensación directa mediante su descuento sobre la cuantía de la prestación del IMV que, en su caso, hubiese de ser abonada en virtud de la resolución definitiva, garantizando el percibo del 30% mensual de dicha cuantía. Ahora bien, se señala que esa compensación solo procederá cuando el importe total percibido en exceso pueda ser descontado, aplicando la citada garantía en un periodo máximo de doce mensualidades. En el caso contrario, se aplicará, según proceda, el procedimiento general o especial de reintegro de prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas.

En suma, nos encontramos ante una técnica de incentivo clara, probablemente la más sofisticada de nuestro ordenamiento jurídico. Precisamente esta sofisticación puede correr en contra de su eficacia si las personas destinatarias no entienden cómo les afecta. Si, sin embargo, a pesar de la complejidad, se transmite la idea de que, pase lo que pase, no pierden ingresos, entonces el incentivo cumplirá su función a la perfección. En este sentido, será necesario también necesario que las personas no adelanten resultados en el largo plazo, pues es cierto que, aunque en el corto el incentivo garantiza que no se pierdan ingresos, lógicamente esta situación no se mantiene *ad infinitum*.

³¹ M.S. BARCELÓN COBEDO, *El ingreso mínimo vital en el sistema español de seguridad social*, en J. GARCÍA MURCIA (ed.), *op. cit.*, p. 200.

5. A modo de conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de corroborar como en nuestro ordenamiento jurídico se va abriendo paso una tendencia clara hacia la admisión de una mayor compatibilidad entre prestaciones e ingresos por trabajo por cuenta propia y ajena con el objetivo de fomentar el empleo en muy diversos momentos de la vida y en muy diferentes circunstancias personales y profesionales.

Este es un salto sustancial en relación con épocas precedentes, en las que la regla era precisamente la contraria, no admitir ningún tipo de compatibilidad, especialmente en los casos de trabajo por cuenta propia. Esta apertura, que debe considerarse positiva por cuanto redundará tanto mayor protección social como en una mejora de la empleabilidad, debe ir acompañada, sin embargo, de medidas adicionales que faciliten su desarrollo y expansión.

Nos estamos refiriendo, por una parte, a la necesidad de evaluar sus resultados, de tal forma que se puedan introducir mejoras continuas que garanticen su plena efectividad. En este sentido, el art. 6 del RD 789/2022, en relación con el IMV, camina en la buena dirección. Pero también es necesario la realización de estudios en materia de fraude, de tal forma que puedan mantenerse bajo control y que el mero temor a este tipo de fenómenos no impida o dificulte el desarrollo de este tipo de instrumentos.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ CORTÉS J.C. (2020), *Una nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social: el ingreso mínimo vital. Análisis del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 56, pp. 273-316

ÁLVAREZ CUESTA H. (2021), *El ingreso mínimo vital en la encrucijada*, en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 2, pp. 243-283

ALZAGA RUIZ I. (2012), *Compatibilidades e incompatibilidades de la prestación y el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena*, en [Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social](#), n. 99, pp. 89-109

BARCELÓN COBEDO M.S. (2022), *El ingreso mínimo vital en el sistema español de seguridad social*, en J. GARCÍA MURCIA (ed.), *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, KRK

BARCELÓN COBEDO S. (2020), *Situación de necesidad económica y Seguridad Social: el Ingreso Mínimo Vital como eje de la tutela*, en [Labos](#), n. 3, pp. 172-183

- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2012), [Sobre el Anteproyecto de Ley de Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social](#), Dictamen CES, n. 3
- CRUZ VILLALÓN J. (2020), [Ingreso Mínimo Vital. Elementos esenciales](#), en [jesuscruzvillalon.blogspot.com](#), 30 mayo
- CHABANNES M. (2022), *El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de la inserción laboral*, en prensa en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 33
- CHABANNES M. (2022), [El Ingreso Mínimo Vital y el desafío de incentivar al empleo: a propósito del RD 789/2022](#), en [www.aedtss.com](#), 3 octubre
- ESCRIBÁ PÉREZ A.N. (2021), [La nueva prestación no contributiva: el Ingreso Mínimo Vital](#), en [IUSLabor](#), n. 1, pp. 99-124
- FREEDLAND M., COUNTOURIS N., PRASSL J. (2012), *Royaume-Uni*, en M.-C. ESCANDE VARNIOL, S. LAULOM, E. MAZUYER, P. VIELLE (coords.), *Quel droit social dans une Europe en crise?*, Larcier
- GALA DURÁN C. (2021), *Las novedades del Proyecto de Ley de reforma de pensiones de 2021*, en *La Administración Práctica*, n. 11, pp. 55-65
- GALA DURÁN C. (2020), [El nuevo ingreso mínimo vital estatal: régimen jurídico y retos pendientes](#), en [Trabajo, Persona, Derecho, Mercado](#), n. 1, pp. 111-155
- GARCÍA MURCIA J. (ed.) (2022), *El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social*, KRK
- GOBIERNO DE ESPAÑA (2021), [Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia](#)
- GÓMEZ GORDILLO R. (2021), [¿Un nuevo marco de compatibilidad entre trabajo y protección social en España? El ingreso mínimo vital](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 1, pp. 127-152
- GONZÁLEZ ORTEGA S. (1993), *La protección por desempleo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 324-363
- GONZÁLEZ ORTEGA S., BARCELÓN COBEDO S. (2020), *El ingreso mínimo vital (comentario al Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo)*, Tirant lo Blanch
- MOLINA NAVARRETE C. (2021), *El «maná» de los «euro-millones» y las reformas que condicionan su «lluvia»: ¿qué mercado de trabajo, qué sistema de pensiones?*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 461-462, pp. 5-25
- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G., TRILLO GARCÍA A.R. (2021), *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*, Laborum
- OECD (2010), *OECD Employment Outlook 2010. Moving beyond the job crisis*
- PÉREZ DEL PRADO D. (2016), *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch

- PÉREZ DEL PRADO D. (2014), *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control. Los efectos económicos de la protección frente al paro*, Lex Nova
- RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER M. (2007), *Flexiseguridad: el debate europeo en curso*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 2, pp. 113-137
- SALIDO CORTÉS O. (2021), *El Ingreso Mínimo Vital: una perspectiva de género*, en *Revista Española de Sociología*, n. 2, pp. 1-9
- SCHMID G., GAZIER B. (2002), *The Dynamics of Full Employment. Social Integration Through Transitional Labour Markets*, Edward Elgar
- TOHARIA L. (comp.) (2006), *Los mercados de trabajo transicionales. Nuevos enfoques y políticas sobre los mercados de trabajo europeos*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- TOROLLO GONZÁLEZ F.J. (2010), *Incompatibilidades de la Prestación de Desempleo*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 89, pp. 127-156
- TRILLO GARCÍA A.R. (2020), *Un primer apunte sobre el Ingreso Mínimo Vital*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 25, pp. 93-133
- VILA TIERNO F., GUTIÉRREZ BENGOCHEA M., BENÍTEZ LLAMAZARES N. (2022), *Suficiencia y sostenibilidad en el marco de la Ley 21/2021. Especial atención al mecanismo de equidad intergeneracional*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, n. 467, pp. 119-147
- VIQUEIRA PÉREZ C. (1990), *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch

Normativa Europea

Commission Staff Working Document (2012), *Open, dynamic and inclusive labour markets*, 18 abril, SWD(2012)97 final

Páginas web

Inspección de Trabajo y Seguridad Social: www.mites.gob.es/itss

Impulsando un nuevo modelo de “envejecimiento activo”: la compatibilidad entre trabajo-pensión *versus* jubilación y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social*

Belén del Mar LÓPEZ INSUA**

RESUMEN: Las reglas de compatibilidad e incompatibilidad entre jubilación y trabajo, así como entre pensión y otras prestaciones, han sido objeto de importantes reformas legislativas y continuos vaivenes legislativos. Se trata de una temática medular que busca asegurar, de un lado, la prolongación de la vida activa y, de otro, el disfrute de unas pensiones dignas, al tiempo que se asegura el acceso y disfrute de un derecho al trabajo para las personas maduras. No obstante, existen aquí importantes lagunas y criterios que precisan aún de un tratamiento más acorde a la realidad social. En efecto, el objetivo no es otro que el de compensar el envejecimiento demográfico, al tiempo que se equilibra el sistema de pensiones y se evita cualquier tipo de discriminación por razón de edad, tal como se establece a nivel comunitario, pero también en el renovado Pacto de Toledo de finales de 2020.

Palabras clave: Jubilación, trabajo, incapacidad permanente, discapacidad, compatibilidad.

SUMARIO: 1. Las políticas de “envejecimiento activo” como garantía para el mantenimiento del sistema de pensiones. 2. El contexto europeo: las medidas de políticas activas de empleo como solución ante la mala praxis empresarial. 2.1. Trabajo, descanso y “envejecimiento activo” tras la reforma del Pacto de Toledo de 2020. 2.1.1. Compatibilidad entre trabajo y jubilación: mantenimiento en el trabajo de los pensionistas. 2.1.2. El regreso a la actividad: puntos conflictivos en torno a la jubilación flexible y la jubilación activa. 3. Compatibilidad o incompatibilidad de la pensión jubilación con la incapacidad permanente y la discapacidad del trabajador. 4. Bibliografía.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto I+D+i, *Los sistemas de protección Social ante la incidencia de la disrupción digital*, PID2020-115701RB-I00.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada (España); Miembro de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS).

Moving Towards a New Model of ‘Active Ageing’: the Compatibility between Work-Pension *Versus* Retirement and Other Social Security Benefits

ABSTRACT: The rules of compatibility and incompatibility between retirement and work, as well as between pension and other benefits, have been the subject of important legislative reforms and continuous legislative changes. This is a core issue that seeks to ensure, on the one hand, the prolongation of working life and, on the other, the enjoyment of decent pensions, while ensuring access and enjoyment of a right to work for mature people. However, there are important gaps and criteria which still require treatment more in line with social reality. The aim is to compensate for demographic ageing, while at the same time balancing the pension system and avoiding any discrimination on grounds of age, as established at Community level, but also in the renewed Toledo Pact of late 2020.

Key Words: Retirement, work, permanent invalidity, disability, compatibility.

1. Las políticas de “envejecimiento activo” como garantía para el mantenimiento del sistema de pensiones

Actualmente, se ha incrementado el número de personas mayores en edad de trabajar y que no encuentran empleo y ello es debido al cambio demográfico, pero también al imparable envejecimiento de la población y al aumento de la esperanza de vida¹. Aunque los jóvenes han sido punto de referencia en esta materia, lo cierto es cada vez está ganando más protagonismo los mayores debido a la maduración, en términos de edad, de la generación del *baby boom*. Esto, ciertamente, va a determinar con el paso del tiempo un aumento del número de personas mayores, lo que al término afectará primero a aquellos próximos a una edad de jubilación y seguidamente a aquellos ya jubilados.

A lo anterior hay que sumar el cambio en el sistema de políticas activas de empleo. En efecto, el incremento de la esperanza de vida y de los gastos a cargo del sistema de Seguridad Social, motivada entre otras razones por el aumento en el número de altas en la pensión de jubilación, ha suscitado la necesidad de operar cambios en el sistema de políticas de empleo comunitarias. En un principio, la idea fuerza caminaba acorde con el derecho a asegurar pensiones dignas para todos los ciudadanos europeos, pero poco a poco la situación ha ido cambiando. Espoleada por la situación de crisis económica, que de lleno ha afectado a las frágiles estructuras que sostienen a los mercados europeos, se han adoptado en el marco de la política europea una serie de medidas que buscan reducir la presión que las pensiones ejercen sobre un sistema público, cada vez, más sobrecargado². De ahí que no sea tan extraño el uso, a nivel nacional, de procesos de reestructuración empresarial con la intención de expulsar del mercado activo a los trabajadores mayores. Desgraciadamente, estandarización y cronologización estricta de los ciclos vitales opera de manera normalizada, en lugar de excepcional, ante los ojos impasibles del legislador y, en contra, de las garantías europeas de consecución para una viabilidad y mantenimiento del sistema de pensiones³.

¹ B. SUÁREZ CORUJO, *Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, B.M. LÓPEZ INSUA (dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Aranzadi, 2016, p. 760 ss.

² B.M. LÓPEZ INSUA, *El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares, 2019.

³ J.L. MONEREO PÉREZ, *EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación*, en [Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración](#), 2010, n. extra, pp. 160-163. En esta misma dirección véase F. MORENO ROMERO, *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Comares, 2016, pp.165-173.

Cabe afirmar que el desajuste actuarial deriva en gran medida de la progresiva disminución del periodo de actividad laboral que se viene produciendo, por una parte, porque los jóvenes han retrasado su acceso al mercado de trabajo (en relación con la edad a la que habitualmente se incorporaban en pasadas generaciones) y, por otra, porque la tasa de participación en el mercado laboral de las personas mayores de 50 años ha ido descendiendo⁴, entre otras razones, debido al uso a veces inadecuado de las distintas fórmulas de jubilación flexible, anticipada y parcial. Por lo que, para el legislador español, no resulta pues tan descabellada la idea de flexibilizar el despido colectivo, al tiempo que se endurecen los requisitos de acceso para una pensión digna de jubilación (desnaturalizando o descausalizando de esta figura)⁵ y se alarga la edad ordinaria de jubilación. El dilema entre la promoción del envejecimiento activo o la estabilidad presupuestaria del sistema de Seguridad Social se ha situado, hoy día, en el punto de mira doctrinal. Evidentemente, ello ha originado una fuerte tensión dialéctica que se eleva tanto a nivel nacional como europeo. De ahí, que unas de las cuestiones que más se hayan debatido en la nación española sea la revisión de dichos parámetros a través del Pacto de Toledo. Y es que con el objetivo en mente de que en un futuro el sistema de Seguridad Social pueda seguir haciendo frente a la protección de las personas que se encuentran en situación de necesidad, otorgando así una cobertura protectora amplia y eficaz, se han adoptado ya algunas medidas de urgencia que “supuestamente” tratan de compensar estos dos factores – envejecimiento demográfico y búsqueda de equilibrios financieros del sistema de pensiones públicas⁶ – al tiempo que se evita cualquier discriminación por razón de edad. Sin embargo y pese al catálogo de buenas intenciones, la realidad demuestra cómo a la hora de sopesar entre los distintos intereses en juego la balanza se haya inclinado en el sentido de «promover el envejecimiento activo», en lugar de «garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones» que tanto defiende ahora la Unión Europea. Así es, el legislador español entiende que debe prevalecer lo

⁴ J.L. MONEREO PÉREZ, *La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares, 2011, p. 5.

⁵ B.M. LÓPEZ INSUA, *La jubilación parcial*, en J.L. MONEREO PÉREZ, L. LÓPEZ CUMBRE, (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares, 2015, p. 171.

⁶ J.L. MONEREO PÉREZ, *Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Comares, 2010, p. 146.

dispuesto por el *Libro Blanco*⁷ y el *Libro Verde*⁸ de la Comisión Europea, dada la grave situación de crisis financiera, por lo que olvida las directrices para las políticas de empleo que deben llevar a cabo los Estados miembros en pro del envejecimiento activo e introduce así una serie de reformas⁹ que, para muchos, dibujan la crónica de una muerte anunciada en la pensión de jubilación¹⁰.

Por otra parte, y de nuevo en contra de las directrices comunitarias, se ha impuesto a nivel nacional una política que tiende a favorecer la salida del mercado de trabajo de todas aquellas personas próximas a una edad de jubilación. Para lo cual se emplea la vía del despido colectivo y del despido disciplinario. Y ello con la única intención de favorecer la inserción laboral de los más jóvenes a través del establecimiento de un sistema más basado en la precariedad laboral, el abuso y el fraude. No le interesa, por tanto, al legislador español emplear y proteger a los trabajadores experimentados o con capacidades obsoletas, sino disminuir los índices de desempleo que tanto están dañando las arcas de nuestro sistema de Seguridad Social. Es por ello que, hasta el momento, no se hayan llevado a cabo unas verdaderas medidas de política activa para los mayores o próximos a una edad de jubilación¹¹. Por supuesto, no debe olvidarse que la intervención de éste ha sido, en esta materia, muy tímida en los últimos años¹².

2. El contexto europeo: las medidas de políticas activas de empleo como solución ante la mala praxis empresarial

Desde hace varios años se debate en el seno del colectivo comunitario sobre los efectos que el paulatino envejecimiento de la población, en general, está

⁷ *Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, 16 febrero 2012, COM(2012)55 final.

⁸ *Libro Verde en pos de unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros*, 7 julio 2010, COM(2010)365 final. *Vid.* M. RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, F. VALDÉS DAL-RE, M.E. CASAS BAAMONDE, *La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 2013, n. 5, p. 3.

⁹ R. GALLEGOS LOSADA, *La inseguridad jurídica derivada de la contrarreforma de las pensiones públicas de jubilación: ¿quiebra de los derechos de los pensionistas?*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2020, n. 22, p. 74 ss.

¹⁰ J. LÓPEZ GANDÍA, *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*, en *Documentación Laboral*, 2013, n. 99, p. 57.

¹¹ B. SUÁREZ CORUJO, *op. cit.*, pp. 759-767.

¹² R. GALLEGOS LOSADA, *El dilema de las pensiones en España*, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 120-134.

causando en el mercado de trabajo al tiempo que se prolonga la esperanza de vida. Ciertamente esta crispada situación está provocando serias consecuencias sobre el colectivo de los trabajadores de edad avanzada, quienes permanecen cada menos tiempo trabajando lo que, al término, ello provoca un acortamiento de su vida laboral y de las cotizaciones a la Seguridad Social. De ahí la eterna discusión que se plantea en torno a la participación efectiva de estos y el acceso a unas condiciones dignas de jubilación¹³. Las empresas no valoran el trabajo de las personas de edad avanzada¹⁴, por ello, emplean un conjunto de prácticas que han sido muy cuestionadas y que se identifican con los términos de “jubilación forzada” y “prejubilación”.

Las instituciones comunitarias son conscientes de la realidad de esta praxis empresarial, por ello en los textos comunitarios que se dictan a partir de los años 90 se establecen un conjunto de estrategias que van enfocadas a promocionar el empleo¹⁵ de este débil colectivo¹⁶. Se busca que el sistema de políticas de empleo cumpla así su cometido de «promoción, incentivo o estimulación de la prolongación de la vida laboral» y de reinserción laboral tras un periodo más o menos largo de cese de su empleo. Y es que, la única forma de frenar las consecuencias negativas de la salida prematura de los mayores debe venir siempre de manos del sistema de políticas de empleo. A nivel comunitario falta por desarrollar una efectiva política de igualdad en materia de edad. Y es que, aunque la Carta de Derechos Fundamentales

¹³ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, n. 33, p. 215.

¹⁴ C. SERRANO FALCÓN, *Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la industria 4.0*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, cit., p. 459.

¹⁵ Tras la creación del Observatorio Europeo sobre el envejecimiento y las personas de edad avanzada en el año 1990, hasta la celebración del Año europeo de las personas de edad avanzada y de la solidaridad entre las generaciones (1993) o el Libro Blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo (1993) ya se hizo un primer reconocimiento público por parte de la Unión Europea de las consecuencias del envejecimiento de la fuerza de trabajo. Las distintas Conferencias y Consejos europeos celebrados desde finales de los años noventa hasta la actualidad, pasando por los múltiples informes como el de la Comisión de 2002 titulado *Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa*, se ha llegado a la celebración del Año Europeo del Envejecimiento Activo 2012 cuyo objetivo fue promover la calidad de vida y el bienestar de la población europea, especialmente de las personas de edad avanzada, y fomentar la solidaridad intergeneracional considerando que la seguridad y la salud en el trabajo son decisivas para garantizar un envejecimiento activo a través de una vida laboral mejor y más prolongada.

¹⁶ P. ORTEGA LOZANO, *Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, cit., p. 492.

de la Unión Europea se refiere a esta cuestión en los arts. 21¹⁷ y 25¹⁸, lo cierto es que todavía queda mucho por avanzar para que las personas mayores puedan tener derecho a una vida digna e independiente, que les permita disfrutar de una participación en la vida social y cultural¹⁹.

Ya desde el año 2004 la Comisión Europea ha seguido trabajando, en esa última línea, para aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar la edad de salida del mercado de trabajo²⁰. Por ello, en marzo de 2004, la Comisión señaló la necesidad de apoyar un envejecimiento activo mediante una serie de diversas medidas que llevaba consigo la desincentivación de la jubilación anticipada, el acceso a estrategias de formación y aprendizaje permanente, políticas eficaces del mercado de trabajo y medidas de conservación de empleo, incluso estableciendo condiciones de trabajo flexibles.

Una fecha clave en la agenda comunitaria fue el 15 de septiembre de 2016, pues el Parlamento Europeo emitió la resolución sobre la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación en la que se insiste considerar que «los trabajadores de más edad siguen estando expuestos a menudo a discriminaciones, estereotipos y barreras por motivos de edad». Nuevamente, el Parlamento Europeo incide aquí en la importante actividad que realizan los trabajadores de edad avanzada para la competitividad de las empresas, puesto que pueden transmitir sus conocimientos y experiencias a los más jóvenes en el marco de un envejecimiento activo, lamentando que la edad sea un motivo destacado de discriminación laboral e indicando que el rejuvenecimiento de las plantillas supone un derroche de experiencia, conocimientos y competencias; se pide a los Estados miembros que promocionen el acceso al empleo y la integración en el mercado laboral de todos los trabajadores con independencia de su edad, aunque la observación de que los

¹⁷ «Se prohíbe toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

¹⁸ «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural».

¹⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA, *Artículo 25. Derechos de las personas mayores*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares, 2012, p. 557 ss.

²⁰ J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, *Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, 2016, p. 95.

trabajadores de más edad son los que se encuentran en condiciones más precarias se pide a la Comisión que, en cooperación con los Estados miembros, estudien el problema cada vez mayor del desempleo entre las personas de más de 50 años y que desarrollen instrumentos eficaces, como la formación profesional e incentivos o subvenciones a los empresarios, a fin de reintegrar a los trabajadores de más edad en el mercado laboral y protegerlos contra el despido improcedente.

2.1. Trabajo, descanso y “envejecimiento activo” tras la reforma del Pacto de Toledo de 2020

El envejecimiento de la población es un reto importante para los sistemas de políticas activas y pensiones de todos los Estados europeos, ya que como revelan las estadísticas el alargamiento de la esperanza de vida, junto con el paso a la jubilación de los nacidos con el *boom* de natalidad, auguran consecuencias económicas y presupuestarias de gran calado en la Unión Europea, al reducir el potencial de crecimiento económico y ejercer presión sobre las finanzas públicas. En este sentido los distintos países comunitarios han de adaptarse «para asegurar su viabilidad en el largo plazo y mantener unas pensiones adecuadas»²¹. Y es que a nivel europeo el logro de la sostenibilidad del sistema de pensiones se ha convertido en una prioridad, debiéndose combinar este ambicioso objetivo con el impulso o promoción del envejecimiento activo²².

La Decisión n. 940/2011/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2011, sobre el Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional (2012) ha reconocido la necesidad de combatir el efecto del envejecimiento demográfico que se proyecta sobre los modelos europeos. Para ello ha afirmado que una respuesta fundamental a este rápido cambio de la estructura de edades consiste en «promover la creación de una cultura del envejecimiento activo como un proceso permanente y, en consecuencia, garantizar que las

²¹ Destaca, en marzo de 2009, la aprobación del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La situación de los trabajadores de más edad ante el cambio industrial: cómo apoyar y gestionar la diversidad de edades en los sectores y las empresas», 2009/C 228/04, en el que, en su § 1.4, se establece que los Estados miembros deberían elaborar y desarrollar «marcos nacionales de apoyo al empleo de las personas mayores», con una combinación de medidas entre las que destacan la ayuda al envejecimiento activo y la introducción de incentivos, tanto para los trabajadores de edad avanzada como para las empresas que los empleen, en las políticas gubernamentales de los Estados miembros, que animen a los trabajadores mayores a permanecer en el mercado de trabajo.

²² COM(2012)55 final, cit.

personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que globalmente están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, incluso a través de actividades de voluntariado, del aprendizaje permanente, de la expresión cultural y del deporte». Se trata por tanto de garantizar un envejecimiento más saludable para todos y, en particular, para las personas más próximas a una edad de jubilación, lo que «puede contribuir a que las personas de más edad incrementen su participación en el mercado de trabajo, permanezcan activas más tiempo en la sociedad y mejoren su calidad de vida individual. Adicionalmente se espera también que pueda reducir la carga para los sistemas de atención sanitaria y social y para los regímenes de pensiones». El término “envejecimiento activo” al que tanto tiempo le dedicó la UE fue definido en 2012 por la Organización Mundial de la Salud como el proceso en el que se optimizan las oportunidades de salud, participación y seguridad a fin de mejorar la calidad de vida de las personas a medida que envejecen²³. De ahí que las políticas comunitarias de envejecimiento activo deban basarse pues «en una sociedad para todas las edades», lo que implica «crear mejores oportunidades para que las mujeres y los hombres de más edad puedan participar en el mercado laboral, combatir la pobreza, en particular la de las mujeres, y la exclusión social, incentivando el voluntariado y la participación activa en la vida familiar y en la sociedad, y fomentando un envejecimiento saludable con dignidad». A tal fin, se fijan como objetivos «adaptar las condiciones laborales, luchar contra los estereotipos negativos relacionados con la edad y contra la discriminación por razón de edad, mejorar la higiene y la seguridad en el trabajo, adaptar los sistemas de aprendizaje permanente a las necesidades de una mano de obra de más edad y garantizar que los sistemas de protección social sean adecuados y proporcionen incentivos correctos»²⁴.

Trabajar y descansar constituyen, hoy por hoy, elementos conformadores del modelo de “envejecimiento activo”, en tanto que permiten seguir integrando social y económicamente a los más mayores, al tiempo que el Estado les proporciona una seguridad económica. Por supuesto, para que estos dos escenarios puedan compatibilizarse, habrán de establecerse unas condiciones no discriminatorias por razón de edad que, igualmente, resulten respetuosas con la salud (física y psíquica) del trabajador maduro²⁵.

²³ Véase el considerando 9 de la Decisión n. 940/2011/UE.

²⁴ Ver art. 2 de la Decisión n. 940/2011/UE.

²⁵ J.A. MALDONADO MOLINA, *La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares, 2021, pp. 156-

Avanzar hacia un “envejecimiento activo” implica cumplir con cuatro pilares fundamentales: salud, participación, seguridad y aprendizaje permanente; los cuales se podrán alcanzar gracias al establecimiento de una formación adecuada a cada ciclo vital y la mejora de las condiciones de salud. Y, todo ello, con la seguridad de que, si no puede mantenerse la actividad, el Estado habrá de dispensar una renta sustitutoria que garantice la integración socio-económica para estas personas²⁶.

En materia de Seguridad Social, esta nueva visión de las políticas comunitarias sobre “envejecimiento activo” implicará buscar alternativas que compensen el cese de la actividad de los trabajadores de edad avanzada. Por lo que, visto de una perspectiva protectora, estas medidas deberán ir enfocadas, en primer lugar, al objetivo de mantenimiento de la vida laboral y, en segundo lugar, a la reincorporación en la vida laboral para el caso de que el trabajador cese prematuramente²⁷. Es precisamente en este punto equidistante donde se ha planteado la reformulación del régimen jurídico de las pensiones, lo cual ha sido fuente de una fuerte tensión entre dos objetivos, de un lado, la prolongación de la vida activa y, de otro lado, la sostenibilidad del sistema de pensiones.

En este contexto los Estados miembros de la UE, siguiendo lo dispuesto por las directrices comunitarias, deberán aumentar las tasas de empleo de los trabajadores de más edad mediante el fomento de la innovación en la organización del trabajo y el aumento de la empleabilidad de los trabajadores de más edad mejorando sus aptitudes²⁸.

No obstante, el *Libro Blanco* de 2012 se refiere a la necesidad de diseñar y poner en práctica estrategias globales que permitan adaptar los distintos sistemas de pensiones nacionales a las cambiantes circunstancias económicas y demográficas. Y ello en una línea tendente a asegurar la viabilidad a largo plazo de las pensiones y necesaria sostenibilidad de las finanzas públicas, de forma que no decaiga la seguridad del sistema de Seguridad Social. En este documento se repiten los considerados del *Libro Verde* sobre el envejecimiento de la población, el impacto de la crisis

157.

²⁶ J.A. MALDONADO MOLINA, *Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, cit., p. 517.

²⁷ Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, *Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)*, en *Actualidad Laboral*, 2013, n. 9, p. 2.

²⁸ En este sentido, la Decisión 2010/707/UE del Consejo, de 21 de octubre de 2010, relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, insta a los Estados miembros, en las Orientaciones n. 7 y n. 8, a aumentar la participación de la mano de obra mediante políticas que promuevan el envejecimiento activo.

económica en los sistemas de pensiones²⁹ y la importancia fundamental que tienen las pensiones para la buena marcha social y económica de Europa³⁰. Por lo que, en general, el *Libro Blanco* no aporta ninguna idea nueva, pues los objetivos que marca son los mismos que están presentes en otros documentos europeos desde el año 2001³¹.

En el año 2015 se dio un nuevo paso al frente para cumplir con los objetivos comunitarios propuestos, pues los sucesivos Consejos Europeos aprobaron diversas iniciativas de sensibilización social que buscaban recalcar la importancia en la participación de las personas de edad avanzada a nivel social y económico. Especial hincapié se hizo en la lucha contra la discriminación por razón de edad en el acceso al empleo y al mercado de trabajo³².

Con la puesta en marcha de la Estrategia Europea 2020 se pretende lograr ese ansiado objetivo de una “igualdad de oportunidades” para todos, independientemente de la edad. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros aprobadas por la Decisión (UE) 2015/1848 del Consejo de 5 de octubre de 2015 califican a los trabajadores de edad avanzada como grupos desfavorecidos y muy afectados por el desempleo de larga duración (tal y como pueden verse en las Orientaciones 5-8 de este texto normativo)³³. Por ello, la Orientación 8 se refiere

²⁹ Se pretende asegurar «unos sistemas de pensiones europeos adecuados, sostenibles y seguros» (COM(2010)365 final, cit.).

³⁰ En concreto el *Libro Verde*, cit., § 2.2, punto 1), apunta a que deben llevarse a cabo reformas tendentes a «animar a que más gente trabaje más y durante más tiempo para obtener derechos similares a los de antes: aumento de las edades de jubilación; recompensa a quien se jubila más tarde y penalización a quien lo hace antes [...]; paso de las prestaciones basadas en las retribuciones de los mejores años a un derecho basado en la media de las retribuciones a lo largo de la carrera laboral; cierre o restricción de las vías de salida temprana; medidas del mercado de trabajo para animar a los trabajadores de más edad a permanecer en él y permitirles hacerlo y para fomentar en él una mayor igualdad entre hombres y mujeres».

³¹ J.M. ALONSO SECO, *Política social europea*, UNED, 2014, p. 253.

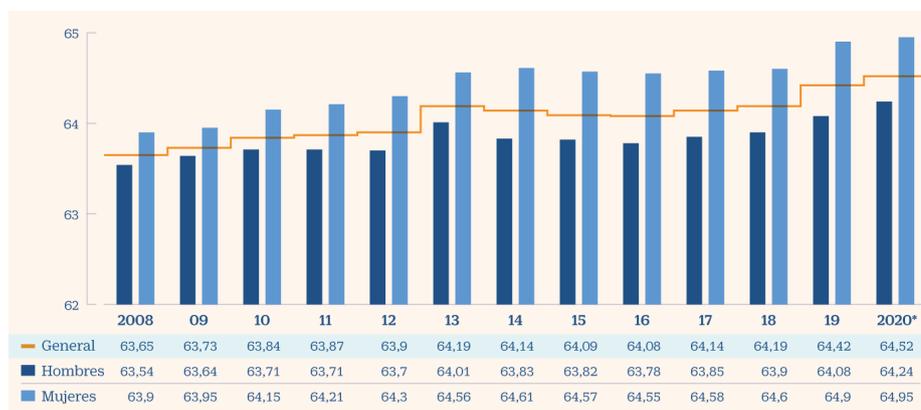
³² Dictamen 2009/C 228/04, cit.

³³ En concreto, los temas a los que se refieren estas orientaciones se pueden resumir de la siguiente forma. a) La Orientación 5 se refiere a la reducción de la fiscalidad sobre el trabajo al objeto de «eliminar los obstáculos y elementos disuasorios» que permitan la participación en el mercado de trabajo de las personas más alejadas de este. b) La Orientación 6 hace hincapié en la necesidad de «evitar y reducir significativamente el desempleo de larga duración y estructural mediante estrategias globales», en especial, reduciendo las barreras al empleo de grupos desfavorecidos. c) La Orientación 7 pide el reforzamiento de las políticas activas de empleo «aumentando su eficacia, focalización, alcance, cobertura e interacción con las medidas pasivas, acompañadas de derechos y responsabilidades para que los parados busquen activamente trabajo. Dichas políticas deben ir destinadas a mejorar su ajuste al mercado laboral y apoyar transiciones sostenibles». Y más adelante

directamente a ellos al recalcar en la necesidad de que los Estados velen por el mantenimiento de un “régimen de pensiones sostenible” que un contexto creciente de longevidad y de cambio demográfico.

En España, el adelanto de la edad de jubilación ha sido visto como una conquista social que, sin embargo, ha quedado actualmente relegada a un segundo plano debido a que se ha impuesto la reducción de otros objetivos (a saber: salario, jornada, elevación de las prestaciones, etc.) para así potenciar el envejecimiento activo. El problema es que, aunque se ha desincentivado la jubilación anticipada y se ha incrementado la edad real de jubilación (por encima de la media europea), lo cierto es que existe poco interés por seguir trabajando más allá de la edad de jubilación.

Gráfico – Edad media de las altas de jubilación



* Datos hasta agosto.

Fuente: R. PASCUAL CORTÉS, [La edad media de acceso a la jubilación sigue sin despegar y se sitúa en 64,5 años](#), en [cincodias.elpais.com](#), 4 abril 2021

sigue: «Los Estados miembros deben incitar de manera efectiva a que participen en el mercado laboral aquellos que puedan y posibilitar que lo hagan, a la vez que protegen a los que no pueden participar. Los Estados miembros deben favorecer unos mercados laborales integradores, abiertos a todas las mujeres y los hombres, instaurando medidas eficaces contra la discriminación, y fomentar la empleabilidad invirtiendo en capital humano». d) Finalmente, la Orientación 8 hace referencia a los sistemas de protección social, los que habrán de diseñarse para facilitar el «acceso a todos los beneficiarios» y para contribuir a prevenir, «reducir y combatir la pobreza y la exclusión social a lo largo de toda la vida». Los Estados deberán de «velar por la sostenibilidad y adecuación de los regímenes de pensiones para mujeres y hombres», en situación de envejecimiento de la población. Y, finalmente, deberán «mejorar la calidad, accesibilidad, eficiencia y eficacia de los sistemas de salud y de cuidados de larga duración, salvaguardando al mismo tiempo su sostenibilidad».

La reforma del Pacto de Toledo de 2020³⁴, en sus recomendaciones 6, *Incentivos al empleo*, y 12, *Edad de jubilación*, apuesta por compatibilizar el trabajo con la jubilación para asegurar el mantenimiento de pensiones suficientes. En efecto, los mayores deben “empoderarse” en los aspectos biológicos, psicológicos y sociales en los que están inmersos, al tiempo que se adoptan medidas preventivas contras los riesgos ambientales, psicosociales y por razón de la edad. “Trabajo y descanso” deben caminar de la mano y simultanearse, parcial o totalmente, sin que operen como compartimentos estancos, pudiéndose así articular tanto mecanismos de jubilación gradual (esto es, jubilación parcial, anticipada o tras la edad de retiro), como de regreso a la actividad o de mantenimiento a la par que se accede a la condición de jubilado (jubilación flexible y jubilación activa)³⁵.

2.1.1. Compatibilidad entre trabajo y jubilación: mantenimiento en el trabajo de los pensionistas

En nuestro ordenamiento ha regido, durante mucho tiempo, la regla de la compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el trabajo para los supuestos que no supongan una desnaturalización de la jubilación³⁶. Esta medida no sólo facilita el reparto de empleo en España, sino que además facilita que los cotizantes mantengan con sus aportaciones la financiación del sistema de pensiones³⁷.

Con el paso del tiempo, esta regla general cambio de forma radical, de forma que se recogió en la Ley General de la Seguridad Social el criterio de la incompatibilidad (art. 213, RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)) entre la pensión y el trabajo del jubilado, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen. Y, todo ello, a diferencias de otros ordenamientos europeos mucho más flexibles.

³⁴ En *BOCG – Congreso de los Diputados*, 10 noviembre 2020, n. 175, p. 14.

³⁵ J.A. MALDONADO MOLINA, *La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista*, cit., pp. 163-164.

³⁶ En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de abril de 1989 declaró que, en los casos de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación, esta pensión no cumpliría la finalidad que persigue por lo que devendría en ilícita. Ahora bien, este tribunal no se opone a la existencia de otros pequeños ingresos del pensionista, siempre que ello no suponga una actividad profesional del mismo.

³⁷ A. TRILLO GARCÍA, *Trabajar y pensión de jubilación*, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. Tomo II. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, 2019, pp. 71-73.

Queda claro que la realización de un trabajo incompatible con el percibo de una pensión de jubilación supondrá que ésta última quede en suspenso durante el desempeño de esta actividad, sin que ello afecte a la revalorización de las pensiones³⁸.

Las fronteras entre la vida activa y el pase a la situación de pensionista³⁹ pasan a flexibilizarse sólo en los supuestos de jubilación parcial (aunque también en los de jubilación flexible). Y, todo ello, a fin de cumplir con el doble objetivo de reparto de empleo y flexibilización en el cese de la actividad. La introducción de esta figura viene asociada a una serie de ventajas tanto para el trabajador, como para el sistema de pensiones. Así pues, en lo que respecta a los poderes públicos la moderación de la regla de incompatibilidad ofrece la posibilidad de posponer las pensiones plenas, al aliviar el desequilibrio financiero provocado por el envejecimiento demográfico⁴⁰. De ahí que se ampliara la gama de supuestos de compatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación (“*ex ante*” y “*ex post*”). Por su parte, los trabajadores podían mantener su vida laboral activa, demorando así su definitiva salida del mercado laboral⁴¹ al incentivar el retraso de la edad de jubilación⁴². Lo que en definitiva supone no sólo garantizar una situación de necesidad (mediante la sustitución de rentas), sino además cumplir con los objetivos de política de empleo y regulación del mercado de trabajo, en una perspectiva de envejecimiento activo⁴³. Aparte, a las empresas también aporta ventajas de distinto índole tanto para la organización en el trabajo (puede servir como vía para trasladar la experiencia de un trabajador maduro a nuevas generaciones de empleados; incorporar un trabajador a un puesto adaptado a la nueva modalidad), como de tipo económico (ya que reduce el absentismo laboral y mejora la productividad).

Indica la OIT que «la rigidez en la edad de retiro pueda ser en sí misma una causa de aceleración del envejecimiento por la brutalidad de la transformación que supone en las condiciones de existencia». Con este propósito, el legislador permite que cada individuo pueda reducir progresivamente su jornada de trabajo para incrementar, asimismo, el

³⁸ *Ibidem*, p. 72.

³⁹ B.M. LÓPEZ INSUA, *La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo*, en *Trabajo y Derecho*, 2016, n. 16, pp. 53-72.

⁴⁰ J. LÓPEZ GANDÍA, *op. cit.*, p. 58.

⁴¹ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, F. VALDÉS DAL-RÉ, M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 11.

⁴² I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *La jubilación anticipada parcial*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La edad de jubilación*, cit., p. 333.

⁴³ J. LÓPEZ GANDÍA, *op. cit.*, pp. 58-59.

tiempo disponible para la organización de su nueva vida. En definitiva, se pretende conseguir el tránsito escalonado entre vida activa e inactiva, tal y como ya se había proclamado en numerosos textos internacionales⁴⁴.

La puesta en marcha de esta medida ha tenido una escasa aplicación en la nación española, pese a las constantes reformas que esta figura ha venido sufriendo desde 2013. Y ello es porque, en todo momento, el legislador ha buscado desincentivar su implantación para así evitar el surgimiento de situaciones fraudulentas.

Existen, actualmente, dos modalidades de jubilación parcial. Primero, cuando el trabajador cumple la edad mínima legal (art. 215.1 LGSS) y acuerda con la empresa la reducción de la jornada dentro de los límites que establece la ley⁴⁵. En estos casos, se firma entre el trabajador y la empresa un contrato a tiempo parcial con las consiguientes mermas salariales. Obligatoriamente aquí el trabajador jubilado parcialmente deberá ser sustituido por otro trabajador (relevista) que esté en desempleo o por un trabajador de la misma empresa con un contrato temporal (que habrá de ampliar). En los últimos tiempos, se ha usado – muy especialmente – esta figura de la “jubilación anticipada parcial” de una manera fraudulenta y desnaturalizada. En efecto, algunas empresas han venido realizando una peculiar distribución del tiempo de trabajo para los trabajadores jubilados parcialmente, consistente en acumular las horas de trabajo del jubilado parcial en jornadas completas, de manera que éste trabaje en jornadas completas consecutivas todas las horas le corresponderían hasta el fin de la jubilación parcial, dejando de prestar servicios una vez cumplidas tales horas. Esa distribución se ha hecho, además, optando por el porcentaje más extremo de la horquilla vigente hasta el 1º de abril de 2013 (fecha entrada en vigor del RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo): trabajar solo el 15% de la jornada (percibiendo el 85% de la pensión que le correspondiera). De este modo, en lugar de reducir la jornada diaria un 85% (al 15%), se calculaba el número total de jornadas que le corresponderían hasta el momento de la jubilación total, y de esas trabajaban a tiempo completo el 15% de las mismas, dejando de prestar servicios por completo el resto del tiempo (aunque con el contrato vigente,

⁴⁴ J.A. MALDONADO MOLINA, *La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista*, cit., p. 165.

⁴⁵ En la actualidad, el porcentaje de reducción queda comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 50%, o del 75% para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

obviamente, manteniendo el alta y consiguiente cotización prorrateada). Esta mala praxis ha tenido incidencia directa en el “actor secundario”, el relevista, que se escudaba en considerar que hubo fraude en la contratación para solicitar la improcedencia de la extinción de su contrato, al entender que, el relevado se había jubilado años antes de la extinción del contrato⁴⁶. La edad mínima de acceso a la jubilación parcial (con contrato de relevo) será a partir de los 60 años para los mutualistas (que comenzaron a trabajar antes de enero de 1967). Sin embargo, la reforma operada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, incide nuevamente sobre este punto para desincentivar la aplicación de esta figura. Y es que se endurece la edad de acceso a la jubilación parcial, a tiempo que incrementa el período mínimo de cotización.

Tabla – Edad y años cotizados para pedir la jubilación parcial

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes	33 años y 3 meses o más	61 y 2 mes
2014	61 y 2 meses	33 años y 6 meses o más	61 y 4 meses
2015	61 y 3 meses	33 años y 9 meses o más	61 y 6 meses
2016	61 y 4 meses	34 años o más	61 y 8 meses
2017	61 y 5 meses	34 años y 3 meses o más	61 y 10 meses
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 y 4 meses
2020	61 y 10 meses	35 años o más	62 y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 y 4 meses
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más	63 y 8 meses
2024	62 y 6 meses	36 años o más	64 años

⁴⁶ J.A. MALDONADO MOLINA, *La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista*, cit., pp. 165-169.

2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 4 meses
2026	62 y 10 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 8 meses
2027 y siguientes	63 años	36 años y 6 meses	65 años

Fuente: SEGURIDAD SOCIAL, [Beneficiarios/Contratos](#), en www.seg-social.es, 12 noviembre 2022

La segunda modalidad de jubilación parcial afectará a los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación⁴⁷ y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación. El trabajador jubilado habrá de firmar aquí un contrato a tiempo parcial con el empresario, debiendo su jornada oscilar entre el 25% (como mínimo) y 50% como máximo. En este último caso, no es necesario suscribir contrato de relevo con otro trabajador.

El art. 213.2 LGSS establece, a continuación, una regla de incompatibilidad total entre el desempeño de una actividad profesional en el sector público y el percibo de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, siguiendo lo preceptuado por el § 2º del art. 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

La incompatibilidad afecta cualquiera que sea el vínculo entre el pensionista y la Administración Pública o institución dependiente, por tanto, con independencia de que se trate de una relación funcional, estatutaria, o laboral, de carácter permanente o eventual. No obstante, se establecen las siguientes excepciones: a) los profesores universitarios eméritos⁴⁸ y b) el personal licenciado sanitario emérito⁴⁹.

⁴⁷ En el año 2022 la edad legal de jubilación ordinaria son 66 años y 2 meses, cuando se acrediten menos de 37 años y 6 meses de cotización y 65 años si se ha cotizado 37 años y 6 meses o más.

⁴⁸ El art. 54-*bis* de la LO 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades establece que las Universidades, de acuerdo con sus estatutos, podrán nombrar a Profesores Eméritos entre profesoras y profesores jubilados que hayan prestado servicios destacados a la Universidad.

⁴⁹ El art. 77.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud determina lo siguiente: «La percepción de pensión de jubilación por un régimen público de Seguridad Social será compatible con la situación del personal emérito a que se refiere la disposición adicional cuarta. Las retribuciones del personal emérito, sumadas a su pensión de jubilación, no podrán superar las retribuciones que el interesado percibía antes de su jubilación, consideradas, todas ellas, en cómputo anual». Por su parte la DA 4ª de la Ley 55/2003 dispone que «Los Servicios de salud podrán nombrar, con carácter excepcional, personal emérito entre licenciados sanitarios jubilados cuando los méritos relevantes de su currículum profesional así lo aconsejen. El personal

Aparte de estos dos supuestos, la Ley – de una manera ambigua – admite otros supuestos de compatibilidad, a saber: el referido a los trabajos “ocasionales” (se podrá compatibilizar el trabajo por cuenta propia con la pensión de jubilación siempre que los ingresos totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) (art. 213.4 LGSS))⁵⁰; «con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad» (Orden del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA))⁵¹; la actividad por cuenta propia del profesional colegiado⁵²; artistas y escritores que perciban derechos de propiedad intelectual⁵³ y, finalmente, con el sistema de clases pasivas.

2.1.2. El regreso a la actividad: puntos conflictivos en torno a la jubilación flexible y la jubilación activa

Antes de adentrarnos en los aspectos más conflictivos de estas dos figuras cabe diferenciarlas, de un lado, la jubilación flexible es cuando el sujeto ya es pensionista y vuelve a la situación activa. Y, de otro, en la jubilación activa el trabajador que haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación podrá compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con la realización de un trabajo por cuenta ajena o propia (art. 214 LGSS).

La jubilación flexible se contempla en el art. 213.1 LGSS, aunque sin mencionarla expresamente⁵⁴ y como una excepción a la regla general. Se trata ésta de una variante de la jubilación parcial en tanto que abre la puerta

emérito desempeñará actividades de consultoría, informe y docencia».

⁵⁰ En la práctica, en muchos supuestos hay un problema que impide que un jubilado inicie con seguridad jurídica una actividad, ya que no siempre se conoce si la actividad a realizar va a dar lugar a unos ingresos superiores al SMI, abocándose a una posible sanción y a la devolución de lo percibido indebidamente.

⁵¹ *Vid.* M.J. CABALLERO PÉREZ, *La jubilación en el trabajo autónomo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, L. LÓPEZ CUMBRE, (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, cit., pp. 360-361.

⁵² Véase la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia con los profesionales colegiados. *Cfr.* M.J. CABALLERO PÉREZ, *op. cit.*, p. 361.

⁵³ DF 2ª del RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y cinematográfica.

⁵⁴ «las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable».

para que los ya jubilados se reincorporen a la vida activa de forma parcial⁵⁵. En la jubilación flexible la compatibilidad entre un trabajo a tiempo parcial y la jubilación se hará dentro de los límites que marca el art. 12.6 del Estatuto de los Trabajadores (ET), debiendo aminorarse la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable⁵⁶. La minoración de la cuantía de la pensión tendrá efectos desde el día en que comience la realización de las actividades. Puede incluso simultanear la pensión con más de un contrato a tiempo parcial, pero solo si la duración de las jornadas de los mismos se encuentra dentro de los límites legales (esto es, entre el 25 y el 50%).

El pensionista (tanto si causa su jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) como en el RETA), antes de iniciar las actividades realizadas mediante contrato a tiempo parcial, deberá comunicar tal circunstancia a la Entidad Gestora respectiva. Debe ser un trabajo por cuenta ajena, de modo que no cabe la jubilación flexible si el pensionista lo que pretende es trabajar por cuenta propia a tiempo parcial. Durante el tiempo de percibo de la jubilación flexible, el beneficiario mantendrá la condición de pensionista a efectos de reconocimiento y percibo de las prestaciones sanitarias (tal y como establece el art. 9 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible).

Evidentemente, en este caso, se efectuará el recálculo de la pensión. De modo que, las cotizaciones efectuadas durante la situación de jubilación flexible surtirán efectos para la mejora de la pensión, una vez que se produzca el cese en el trabajo⁵⁷. Por otra parte, para el recálculo de la cuantía de la pensión de jubilación habrá de tenerse en cuenta las siguientes reglas:

- a. para el recálculo de la base reguladora se tendrán en cuenta las nuevas cotizaciones, a las que le serán de aplicación las reglas vigentes en el momento del cese en la actividad, salvo que la aplicación de esta regla diese como resultado una reducción del importe de la base reguladora anterior, en cuyo caso, se mantendrá esta última, si bien aplicando a la cuantía de la pensión las revalorizaciones habidas desde la fecha de determinación de la base reguladora hasta la del cese en el trabajo;
- b. las cotizaciones efectuadas, tras la minoración del importe de la pensión

⁵⁵ M. DE LA FUENTE LAVÍN, *La flexibilidad en la jubilación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La edad de jubilación*, cit.

⁵⁶ La jornada realizada debe estar entre el 75% y el 50% de otro trabajador a tiempo completo comparable.

⁵⁷ STSJ Madrid 5 junio 2016 (rec. 522/2016).

de jubilación darán lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo período de cotización acreditado. Además, surtirán efectos para disminuir o, en su caso, suprimir el coeficiente reductor que se hubiese aplicado, en el momento de causar el derecho a la pensión de jubilación anticipada por tener o no la condición de mutualista.

Si el trabajador falleciese durante la situación de jubilación flexible, a efectos del cálculo de las prestaciones de muerte y supervivencia que correspondan, los beneficiarios podrán optar por que aquéllas se calculen desde la situación de activo del causante o, en su caso, desde la situación de pensionista del mismo. En este último supuesto, se tomará como base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones habidas desde el momento en que se determinó la correspondiente base reguladora⁵⁸.

Sobre la jubilación flexible, cabe señalar dos importantes particularidades, de un lado, la pensión de jubilación flexible – cualquiera que sea el régimen en que se cause – es incompatible con el percibo de la pensión de incapacidad permanente que corresponda por la actividad desarrollada⁵⁹ y, de otro lado, el percibo de la jubilación flexible será compatible con las prestaciones derivadas de incapacidad temporal y maternidad, derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial.

Finalmente, cabe referirse a la jubilación activa. Esta se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico a través del RD-Ley 5/2013. El uso de esta figura comenzó siendo muy reducido, pero poco a poco ha ido incrementándose. Principalmente es usada esta figura por trabajadores autónomos debido a que les permite mantener su poder adquisitivo tras la jubilación (no olvidemos que sus pensiones son de las más bajas, un 37% más bajas que las del RGSS). Muy especialmente, el auge en esta forma de compatibilidad entre el trabajo y la jubilación se hizo representativa con la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, tras la cual – si tienen contratado al menos a un trabajador por cuenta ajena – pueden percibir simultáneamente el cien por cien de la pensión junto con los ingresos derivados de su actividad como autónomo (con objeto de evitar que la jubilación del autónomo conlleve la pérdida de empleos), lo cual es un incentivo extraordinariamente atractivo (ya que además sus costes se ven

⁵⁸ M.C. AGUILAR DEL CASTILLO, *Otras formas de “compatibilidad” de la pensión de jubilación con el trabajo: la jubilación flexible y la jubilación activa*, en J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dir.), *Trabajadores maduros y seguridad social*, Aranzadi, 2018, p. 189.

⁵⁹ STS 15 julio 2020 (rec. 650/2020).

muy reducidos, al cotizar solo por la cuota de solidaridad)⁶⁰.

La jubilación activa se regula en el art. 214 LGSS, el cual ha sido modificado por medio de la Ley 21/2021. Una de las cuestiones más novedosas es la relativa al acceso a la jubilación activa, la cual tendrá lugar al menos un año después de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación (art. 214.1.a LGSS). Esta última medida ha sido muy discutida por la doctrina debido al propósito oculto que, tras ella, oculta y que no es otro que el de desincentivar su uso para así encauzar a los trabajadores autónomos a optar por la jubilación demorada. En efecto, la Ley 21/2021 establece la incompatibilidad entre la jubilación “activa” y la “demorada”, de ahí esa previsión de espera de un año que evite generar el complemento por la demorada, y simultáneamente pasar a la activa. Económicamente, esta solución favorece al sistema de Seguridad Social⁶¹.

Antes de esbozar el tema de la cuantía de la pensión compatibilizada con el trabajo, cabe señalar dos importantes novedades. Y es que, en el trabajo por cuenta ajena la jubilación activa podrá desarrollarse a tiempo completo o parcial, mientras que en el empleo por cuenta propia la compatibilidad entre trabajo y pensión será a tiempo completo⁶².

Respecto a la cuantía de la pensión compatibilizada con el trabajo:

1. será de un 50% del importe resultante en el reconocimiento inicial, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos, cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista. Evidentemente, en este caso, la pensión se revalorizará en su integridad en los términos que establezca el sistema de la Seguridad Social;
2. el pensionista no tendrá derecho a los complementos para pensiones inferiores a la mínima durante el tiempo en el que se compatibilice la pensión con el trabajo;
3. al igual que en la jubilación flexible, el beneficiario tendrá la consideración de pensionista;
4. en cuanto acabe la relación laboral por cuenta ajena se reestablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

A este respecto, resulta llamativa la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 7 de julio de 2022 (recurso de casación 4180/2019) en donde se deniega al trabajador autónomo el derecho a la pensión de jubilación activa del 100% al entenderse que no cumple con los requisitos que establece el art. 214 LGSS. En este caso, el recurrente – incluido en el RETA – es socio de una sociedad irregular, cuyo objeto social es el

⁶⁰ J.A. MALDONADO MOLINA, [La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre](#), en [Revista de Derecho de la Seguridad Social](#), 2022, n. 30.

⁶¹ *Idem*.

⁶² J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *La pensión de jubilación*, Laborum, 2022.

asesoramiento laboral, contable y otros (art. 305.2.d LGSS), sin embargo, la contratación de trabajadores no la efectúa él mismo, sino que lo hace a través de una sociedad civil irregular. A este respecto, el Alto Tribunal razona: 1) el recurrente (persona física) es sujeto distinto de la sociedad civil irregular (no se cumplen con los requisitos del art. 1.2 ET) y debe desarrollar una actividad por cuenta propio o a título individual. Por tanto, no basta con ser miembro de una comunidad de bienes o administrador de una sociedad limitada, sino que tiene que tener contratado algún trabajador, 2) no se cumplen con lo previsto en el § 2º del art. 214.2 LGSS⁶³, 3) el que la sociedad civil irregular no ostente una persona jurídica propia, distinta de la de sus socios, no significa que sea irrelevante pues actúa como empresario en el ordenamiento jurídico y, como tal, se le reconoce esa condición y 4) no ha de confundirse la responsabilidad directa, personal e ilimitada de la sociedad civil irregular frente a sus trabajadores, con la del empresario.

Resulta llamativa la interpretación tan restrictiva que, en torno a la figura de la jubilación activa, adopta el Tribunal Supremo. Maxime sabiendo que, esta figura, puede ser utilizada de manera abusiva por trabajadores por cuenta propia. La clave está, por tanto, en la necesaria conexión entre la persona jubilada y la empleadora, debiendo interpretarse sistemáticamente lo previsto por la DF 6ª LGSS⁶⁴ y la finalidad de esta figura. En efecto, afirma el Alto Tribunal que

De admitirse la tesis contraria podría suceder que se jubilaran varios socios simultáneamente y la sociedad civil irregular tuviera contratado a único trabajador, lo que supondría reconocerles a todos ellos sus respectivas

⁶³ Hay que tener en cuenta el pronunciamiento recogido en la sentencia de esta Sala 824/2021, de 23 de julio (rec. 2956/2019). El solicitante cumple el primer extremo del art. 214 LGSS; su primer extremo – la promoción del envejecimiento activo – pero no en el segundo – la creación de, al menos, un puesto de trabajo, o su mantenimiento que compensa los gastos de la compatibilización de la pensión de jubilación con los ingresos de actividades profesionales o económicas por cuenta propia – pues supone la ruptura de la conexión entre la jubilación activa del beneficiario y los contratos de trabajo, puesto que las trabajadoras están contratadas por la sociedad civil irregular, y los avatares que puedan sobrevenir al socio de dicha sociedad – muerte, invalidez, permanente total, absoluta o gran invalidez (art. 49.1.g ET) – no constituyen causa de extinción del contrato, por lo que los costes del trabajador contratado no corren exclusivamente a cuenta del socio de la sociedad civil irregular.

⁶⁴ Introducida por la Ley 6/2017, en donde se prevé la «Ampliación del régimen de compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo por cuenta ajena. Con posterioridad [...] se procederá a aplicar al resto de la actividad por cuenta propia y al trabajo por cuenta ajena el mismo régimen de compatibilidad», lo que revela que, de *lege data*, existe actividad por cuenta propia a la que no resulta aplicable esta compatibilidad plena del 100% con la pensión de jubilación.

pensiones con computabilidad plena del 100%, las cuales traerían causa de un único contrato de trabajo suscrito por una persona distinta, la sociedad civil irregular, lo que iría en contra del tenor literal de la norma. También podría suceder que se jubilara un socio, teniendo la sociedad civil irregular contratada a una persona por cuenta ajena y solicitara la pensión de jubilación del 100% y, una vez que le ha sido concedida, se jubilara un segundo socio y solicitara asimismo la pensión de jubilación activa del 100%, apelando que la sociedad civil irregular ya tiene contratado a un trabajador por cuenta ajena y no hay razón alguna para adjudicar dicha contratación al socio que se jubiló primero, ya que los dos ostentan los mismos derechos en la sociedad.

Los empresarios que cuenten con beneficiarios de la jubilación activa cotizarán al RGSS únicamente por las prestaciones de incapacidad temporal y contingencias profesionales, si bien quedarán sujetos a la cotización especial de solidaridad del 9% sobre la base de cotización por contingencias comunes, no computable a efectos de prestaciones. Esta cotización especial se distribuirá entre trabajador y empresario: al trabajador le corresponderá el 2%, mientras que a cargo del empresario irá el 7%⁶⁵.

Durante la pandemia del Covid-19, la Orden SND/232/2020, de 15 de marzo recogió en su art. 4 la posibilidad de que los profesionales sanitarios jubilados (médicos, personal emérito y enfermeros) menores de 70 años pudieran reincorporarse al servicio activo por la autoridad competente de las CCAA y, de conformidad, con lo previsto por el RD 463/2020, de 14 de marzo. Esta medida permitía compatibilizar la pensión de jubilación con la vida activa (a tiempo completo o parcial) para aliviar la carga de trabajo y presión que este colectivo sufría. La norma priorizó la atención sanitaria que estos profesionales podían prestar, principalmente, en centros de Atención Primaria, para disminuir la carga asistencial en este ámbito, realizando funciones de triaje y atención domiciliaria, relacionadas con la atención al Covid-19⁶⁶.

Por su parte, la DA 15ª del RD-Ley 11/2020, de 31 de marzo (modificada por las DF 3ª.3 y 4ª del RD-Ley 13/2020, de 7 de abril), establece que se manteniendo el importe de la pensión (incluyendo el eventual complemento a mínimos), considerándose pensionista a todos los demás efectos, pero debiendo la Administración contratante cumplir con sus obligaciones en

⁶⁵ Véase art. 153 LGSS, tras la redacción dada por la DF 38ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2021.

⁶⁶ J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2021, n. 27, p. 11 ss.

orden a afiliación, alta, cotización, e incluyéndose cuota obrera patronal en los mismos términos que cualquier actividad, sin ser de aplicación las reglas relativas a la jubilación activa.

3. Compatibilidad o incompatibilidad de la pensión jubilación con la incapacidad permanente y la discapacidad del trabajador⁶⁷

La pensión de jubilación constituye otro punto conflictivo que se confunde, a veces, con la discapacidad e incluso con la incapacidad permanente debido al factor “edad” y la longevidad. Así es, la jubilación, que su razón de ser radica en la “vejez” (sin que ello suponga automáticamente la incapacidad para trabajar; lo que de entenderse así en sus propios términos indiferenciados podría ser, entre otras cosas, contrario al derecho constitucional al trabajo *ex art. 35.1 CE*), puede coincidir con la pérdida de capacidad y ello es debido a que se relaciona con la edad. En el caso del Régimen de clases pasivas la cuestión se vuelve aún más conflictiva debido a que se prevé la “jubilación por incapacidad”, pues – como regla general – a partir de la edad ordinaria de jubilación no se puede acceder a la situación de incapacidad permanente. En esta línea, varias sentencias del Tribunal Supremo⁶⁸ niegan el acceso a la incapacidad permanente desde una situación previa de jubilación por discapacidad y, de igual modo, impiden el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de gran invalidez (o en cualquier otro) y, en su caso, el cálculo de la base reguladora que procedería reconocer. Matiza el Tribunal Supremo su postura anterior tendente a permitir que una persona en situación de jubilación anticipada sí pudiese ser declarado en situación de incapacidad permanente hasta que cumpliera la edad ordinaria de jubilación, entendiéndose ahora que quien accede a la jubilación con edad inferior a la ordinaria por razón de su discapacidad – anticipada, según la norma – no puede acceder a la pensión de incapacidad permanente, ya que su jubilación se ha realizado según su edad ordinaria (ficticia)⁶⁹. Son pronunciamientos polémicos, tal y como

⁶⁷ Vid. J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *Avanzando hacia una efectiva igualdad: discapacidad e incapacidad permanente desde una perspectiva jurisprudencial*, en G.L. BARRIOS BAUDOR, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Derecho vivo de la Seguridad Social. VI Seminario Permanente de estudio y actualización URJC-AE.S.S. 2021*, Laborum, 2022, en prensa.

⁶⁸ Véanse STS 541/2020 de 29 de junio (rec. 1062/2018) y STS 563/2020 de 1º de julio (rec. 1935/2018).

⁶⁹ N. TOMÁS JIMÉNEZ, *Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ ET AL. (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum, 2021, p. 743 ss.

pone de manifiesto el voto particular en donde sí se acepta el tránsito desde la jubilación por discapacidad a la incapacidad permanente. Afirman los magistrados discrepantes que, con esta negativa, se incurre en una discriminación por discapacidad prohibida por la Constitución Española y los arts. 4.2.c y 17.1 ET⁷⁰.

La prestación contributiva de incapacidad permanente proporciona a la persona beneficiaria una renta de sustitución ante la situación de necesidad por la reducción o falta de ingresos que conlleva la disminución o anulación definitiva de su capacidad de trabajo⁷¹, mientras que en la prestación no contributiva se observa especialmente la concurrencia del requisito de carencia de rentas suficientes (“umbral de pobreza”) y estar afectado por una discapacidad o enfermedad crónica, independientemente del impacto en la capacidad de trabajar⁷².

Empero a lo anterior, el tema se complica cuando de lo que se trata es de acceder a una prestación por incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada. Existe, en este punto, diferencias dependiendo de si la persona es o no discapacitada, lo cual se traduce en una discriminación por razón de discapacidad. Aspecto que prohíbe, claramente, el art. 14 de la Carta Magna. A este fin, resulta interesante el estudio de la doctrina sentada en la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022 de 24 de enero (rec. 4120/2020)⁷³.

Los hechos que describe el TC son los siguientes:

La demandante, nacida el 5 de febrero de 1954 y de profesión vendedora de la ONCE, pasó el 30 de junio de 2015 a la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre. El 26 de julio de 2016 presentó solicitud de reconocimiento de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en grado de gran invalidez, con derecho a percibir una

⁷⁰ Véase M. ARENAS, *STS relevantes en materia de seguridad social a 31/07/2020*, en miguelonarenas.blogspot.com, 31 julio 2020, considerándose que la sentencia 592/2020 es injusta.

⁷¹ Puede verse un estudio exhaustivo de la incapacidad permanente y su evolución hasta la fecha de su publicación, entre otros, en R. ROQUETA BUJ, C. FERNÁNDEZ PRATS, *La incapacidad para trabajar*, La Ley, 2014. En esta línea, P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratado Médico-Legal sobre Incapacidades Laborales. La Incapacidad Permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi, 2008.

⁷² Á.L. DE VAL TENA, *Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum, 2017, p. 772.

⁷³ Véase J.F. LOUSADA AROCHENA, *Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, n. 3.

pensión del 150 por 100 de su base reguladora. Pretensión desestimada en la vía administrativa, por no suponer las lesiones que padece la actora una disminución de su capacidad laboral, al ser anteriores a la profesión valorada, puesto que en el momento de iniciar su actividad laboral como vendedora de la ONCE ya eran de entidad suficiente como para ser catalogadas como constitutivas de una gran invalidez. La reclamación previa fue desestimada argumentando que había prescrito el derecho al reconocimiento de la prestación por haber transcurrido más de cinco años sin que hubiese empeorado su situación funcional, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social.

La actora presentó entonces demanda contra dicha decisión, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria-Gasteiz. El Juzgado de lo social revocó la resolución administrativa impugnada y declaró que la actora es beneficiaria de una prestación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, argumentando, en cuanto a la posibilidad de declarar la gran invalidez en situación de jubilación, que aplica la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015, por referencia a otras anteriores, que concluye con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada puedan ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

Contra la anterior resolución interpusieron recurso de suplicación el INSS y la TGSS, que fue estimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda rectora del proceso. Advierte la Sala que la actora accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 LGSS, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, sin que el caso sea equiparable a los resueltos por el Tribunal Supremo, que se refieren a jubilación anticipada por pérdida de empleo del trabajador en edad cercana a la fecha ordinaria de jubilación, mientras que en este caso se estaría ante el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad con coeficientes reductores.

Frente a dicho pronunciamiento interpuso la actora recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso fue desestimado por sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020. En los fundamentos de derecho se afirma que la recurrente accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del artículo 206.2 LGSS, y que no es este el caso resuelto en las sentencias citadas por el magistrado de instancia (de 21 de enero de 2015 y anteriores), siendo lo razonable que, habiéndose accedido por esta vía excepcional, se fije como tope para acceder a la incapacidad permanente la edad ordinaria de jubilación reducida en los percentiles que se consideraron para acceder a la jubilación por discapacidad. La sentencia cuenta con un voto particular.

El Tribunal Constitucional recuerda que constituye una discriminación por

razón de discapacidad una diferencia no prevista por la norma, en donde sin causa objetiva y razonada, se otorga un trato diferente a los que se jubilan anticipadamente por discapacidad, respecto a los que lo hacen por otras causas⁷⁴, máxime cuando se cumplen con todos los requisitos que establece el RDL 8/2015 (art. 195.1.2, que remite al art. 205.1 LGSS). Las normas hay que interpretarlas de manera teleológica y conforme a las exigencias constitucionales, así como la normativa europea e internacional. Es por ello que el Alto Tribunal invoque la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, buscando corregir así todas aquellas discriminaciones que en materia de discapacidad se producen en la práctica⁷⁵.

En esta misma línea, se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala cuarta de lo Social) en su sentencia 379/2022 de 27 de abril⁷⁶. De este modo, el Alto

⁷⁴ Señala acertadamente el Tribunal Constitucional: «No existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del artículo 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al artículo 205.1 a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad. La interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad».

⁷⁵ Otras sentencias del Tribunal Constitucional que caminan en esta línea son las siguientes: STC 208/2013, de 16 de diciembre; STC 3/2018, de 22 de enero; STC 51/2021, de 15 de marzo; STC 113/2021, de 21 de mayo.

⁷⁶ Rec. 184/2019. En este caso, el demandante se encontraba en alta en la Seguridad Social dese el año 1977. En el año 1982 sufre un accidente de tráfico que le provoca diversas lesiones que determinaron que necesitase una silla de ruedas para poder desplazarse. Por todo ello, desde el año 1987 tenía reconocida una minusvalía del 90%. Sin embargo, desde 1998 hasta 2015 trabajó como agente vendedor de la ONCE. En ese año le fue reconocida una pensión de jubilación por discapacidad. En 2017 solicitó una incapacidad permanente ante el INSS, que le fue denegada por no presentar «reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anularan su capacidad laboral». La demanda interpuesta ante el

Tribunal da un importante giro doctrinal, rompiendo con la línea que – hasta ahora – venía manteniendo el Tribunal Constitucional en sus sentencias 127/2021 y 191/2021, al declarar el derecho de acceso a una incapacidad permanente desde una jubilación anticipada por discapacidad. En concreto, se estudia aquí la posibilidad de que un jubilado anticipado con discapacidad que aún no ha cumplido la edad de jubilación establecida en el art. 205.1.a LGSS, pueda acceder a una situación de incapacidad permanente⁷⁷.

Acertadamente señala el Tribunal Supremo que la doctrina que venía manteniéndose desde el año 2018 «produce como resultado una discriminación no justificada para el recurrente con discapacidad». Y ello porque impide que las personas con discapacidad y en situación de jubilación anticipada puedan acceder a una prestación por IP, pese a haber cumplido el único requisito exigido por la norma, esto es, una determinada edad.

Conforme al principio de igualdad y no discriminación que consagran los arts. 14 CE, 4.2.c y 17 ET, el Tribunal Supremo entiende que no es posible seguir manteniendo aquella línea doctrina porque la misma provoca una especie de “doble discriminación positiva” que, ahora, se trata de corregir pues se tratan, claramente, de “planos valorativos diferentes”. En efecto, defiende el Alto Tribunal que «el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad (65 o 67 años) para acceder a una prestación, de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de este tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente» (art. 195.1 LGSS). Lo contrario «genera una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad».

Por todo ello, no puede interpretarse la ley más allá de su sentido literal y teleológico, en tanto que la misma no hace distinción alguna en esta materia, «el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de

Juzgado n. 3 de Logroño fue desestimada. Empero, el 2018 el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja reconoció que, en efecto, el demandante estaba afecto por una gran invalidez. En dicha sentencia ya se entendió que era posible acceder a la invalidez permanente desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad. Aunque el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social recurrieron en casación para la unificación de la doctrina, el Tribunal Supremo – en la presente sentencia – confirma la resolución impugnada.

⁷⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, *Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación “anticipada” por razón de discapacidad*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2022, n. 6.

jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el artículo 14, segundo inciso, de la Constitución Española», por el que se prohíbe cualquier discriminación.

4. Bibliografía

AGUILAR DEL CASTILLO M.C. (2018), *Otras formas de “compatibilidad” de la pensión de jubilación con el trabajo: la jubilación flexible y la jubilación activa*, en J.C. ÁLVAREZ CORTÉS (dir.), *Trabajadores maduros y seguridad social*, Aranzadi

ALONSO SECO J.M. (2014), *Política social europea*, UNED

ÁLVAREZ CORTÉS J.C. (2016), *Políticas activas y pasivas de empleo para las personas de edad avanzada*, en J.M. MORALES ORTEGA (dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum

ARENAS M. (2020), [STS relevantes en materia de seguridad social a 31/07/2020](https://miguelonarenas.blogspot.com), en miguelonarenas.blogspot.com, 31 julio

CABALLERO PÉREZ M.J. (2015), *La jubilación en el trabajo autónomo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, L. LÓPEZ CUMBRE, (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares

DE LA FUENTE LAVÍN M. (2011), *La flexibilidad en la jubilación*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares

DE VAL TENA Á.L. (2017), *Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos*, en J.L. MONEREO PÉREZ, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Laborum

GALLEGO LOSADA R. (2020), [La inseguridad jurídica derivada de la contrarreforma de las pensiones públicas de jubilación: ¿quiebra de los derechos de los pensionistas?](#), en [Revista de Derecho de la Seguridad Social, n. 22](#), pp. 71-97

GALLEGO LOSADA R. (2015), *El dilema de las pensiones en España*, Tirant lo Blanch

LÓPEZ GANDÍA J. (2013), [La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones](#), en [Documentación Laboral, n. 99](#), pp. 57-80

LÓPEZ INSUA B.M. (2019), *El despido colectivo y los trabajadores de edad avanzada*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares

LÓPEZ INSUA B.M. (2016), *La jubilación parcial en el marco de las políticas de fomento del envejecimiento activo y de reparto del empleo*, en *Trabajo y Derecho*, n. 16, pp. 53-72

LÓPEZ INSUA B.M. (2015), *La jubilación parcial*, en J.L. MONEREO PÉREZ, L. LÓPEZ CUMBRE, (dirs.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares

LOUSADA AROCHENA J.F. (2022), [*Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente*](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 3, pp. 1-8

MALDONADO MOLINA J.A. (2022), [*La reforma de la Pensión de Jubilación en la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*](#), en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 30, pp. 63-89

MALDONADO MOLINA J.A. (2021), *La compatibilidad trabajo-pensión y el retorno al trabajo del pensionista*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *El índice de envejecimiento activo y su proyección en el sistema de protección social español*, Comares

MALDONADO MOLINA J.A. (2019), *Trabajadores maduros y pensionistas productivos. El envejecimiento activo laboral*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares

MONEREO PÉREZ J.L. (2022), [*Derecho a acceder a la incapacidad permanente desde la jubilación “anticipada” por razón de discapacidad*](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 6, pp. 1-13

MONEREO PÉREZ J.L. (2011), *La política de pensiones tras el Acuerdo Social y económico de 2011: la fase actual de la construcción de un “nuevo” sistema de pensiones*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares

MONEREO PÉREZ J.L. (2010), *EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación*, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. extra., pp. 159-216

MONEREO PÉREZ J.L. (2010), *Reestructuraciones de empresas y edad de jubilación: Una reforma necesaria*, en J.L. MONEREO PÉREZ (dir.), *La política de pensiones en el Estado social en transformación: Aspectos críticos*, Comares

MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2022), *Avanzando hacia una efectiva igualdad: discapacidad e incapacidad permanente desde una perspectiva jurisprudencial*, en G.L. BARRIOS BAUDOR, G. RODRÍGUEZ INIESTA (dirs.), *Derecho vivo de la Seguridad Social. VI Seminario Permanente de estudio y actualización URJC-AESSS 2021*, Laborum, en prensa

MONEREO PÉREZ J.L., MALDONADO MOLINA J.A. (2012), *Artículo 25. Derechos de las personas mayores*, en C. MONEREO ATIENZA, J.L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comares

MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2022), *La pensión de jubilación*, Laborum

- MONEREO PÉREZ J.L., RODRÍGUEZ INIESTA G. (2021), *Nuevas medidas de Seguridad Social relativas a la reducción de la brecha de género, reforma del Ingreso Mínimo Vital y otras a favor de determinados colectivos (A propósito del RD-Ley 3/2021, de 3 de febrero)*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 27, pp. 11-23
- MORENO ROMERO F. (2016), *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Comares
- ORTEGA LOZANO P. (2019), *Trabajadores de edad avanzada o trabajadores maduros en la política de empleo*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares
- PASCUAL CORTÉS R. (2021), *La edad media de acceso a la jubilación sigue sin despegar y se sitúa en 64,5 años*, en *cinco dias.elpais.com*, 4 abril
- RIVAS VALLEJO P. (dir.) (2008), *Tratado Médico-Legal sobre Incapacidades Laborales. La Incapacidad Permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi
- RODRÍGUEZ CARDO I.A. (2011), *La jubilación anticipada parcial*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La edad de jubilación*, Comares
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER M., VALDÉS DAL-RÉ F., CASAS BAAMONDE M.E. (2013), *La nueva regulación de la jubilación en el RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores y promover el envejecimiento activo*, en *Relaciones Laborales – Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n. 5, pp. 1-31
- ROQUETA BUJ R., FERNÁNDEZ PRATS C. (2014), *La incapacidad para trabajar*, La Ley
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y. (2013), *Trabajadores de edad avanzada: I. Jubilación anticipada y jubilación parcial (Cuestiones prácticas tras la Reforma 2013)*, en *Actualidad Laboral*, n. 9, pp. 3-3
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA Y. (2001), *Trabajadores de «edad avanzada»: empleo y protección social*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 33, pp. 215-250
- SEGURIDAD SOCIAL (2022), *Beneficiarios/Contratos*, en www.seg-social.es, 12 noviembre
- SERRANO FALCÓN C. (2019), *Las políticas activas de empleo para las personas de edad madura en la industria 4.0*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *Envejecimiento activo y vida laboral*, Comares
- SUÁREZ CORUJO B. (2016), *Mayores y políticas de empleo: un análisis crítico*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, B.M. LÓPEZ INSUA (dirs.), *Las Políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su Regulación Jurídica e Institucional*, Aranzadi
- TOMÁS JIMÉNEZ N. (2021), *Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA,

A. MÁRQUEZ PRIETO, F. VILA TIerno, J.A. MALDONADO MOLINA (dirs.), *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Laborum

TRILLO GARCÍA A. (2019), *Trabajar y pensión de jubilación*, en AA.VV., *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. Tomo II. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum

Las prestaciones por muerte y supervivencia y su compatibilidad con el trabajo y con otra serie de pensiones

Eduardo Enrique TALÉNS VISCONTI*

RESUMEN: En el presente artículo, incardinado en un número monográfico sobre la incompatibilidad de las prestaciones de la Seguridad Social, se estudia el problema de la compatibilidad de la pensión de viudedad con el trabajo, así como con otras prestaciones o pensiones. Veremos cómo, al contrario de lo que sucede con otras prestaciones, la pensión de viudedad tiene un régimen de compatibilidades muy generoso. Debemos de plantearnos si este régimen jurídico es sostenible y si se adecua a los tiempos actuales, avanzando en este momento que, desde mi punto de vista, se trata de una pensión que debería de ser objeto de revisión.

Palabras clave: Pensión de viudedad, seguridad social, trabajo, prestaciones sociales, incompatibilidad, compatibilidad.

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 2. La compatibilidad de la pensión de viudedad con el trabajo y con otra serie de pensiones. 3. La posibilidad limitada de beneficiarse de dos pensiones de viudedad y la incompatibilidad de la misma con la unión matrimonial o “de hecho”. 4. La incompatibilidad (suspensión) de la pensión de viudedad con los indicios de criminalidad. 5. Las prestaciones en favor de familiares y su compatibilidad con el trabajo y con otras pensiones. 6. La compatibilidad con la pensión de orfandad. 7. Algunas valoraciones finales. 8. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia (España).

Widow's and Orphan's Benefits and Their Compatibility with Work and Other Pensions

ABSTRACT: This article, included in a monographic issue on the incompatibility of Social Security benefits, examines the problem of the compatibility of the widow's pension with work as well as with other benefits or pensions. We will see how, contrary to what happens with other benefits, the widow's pension has a very generous compatibility regime. We must consider whether this legal regime is sustainable and adapted to the current times, moving forward at this time that, from my point of view, it is a pension that should be reviewed.

Key Words: Widow's pension, social security, work, social benefits, incompatibility, compatibility.

1. Consideraciones preliminares

La pensión de viudedad es una prestación pública de Seguridad Social que persigue compensar el “desequilibrio económico” que padece una persona tras el fallecimiento de su cónyuge (o su pareja de hecho), que a estos efectos es el sujeto causante. La finalidad de esta pensión no es tanto la de atender a una situación de necesidad o de dependencia económica, sino que, más bien trata de compensar las diferentes vicisitudes acaecidas frente a un daño que vendría referido a la minoración de unos ingresos de los que era partícipe el cónyuge superviviente. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, que ha determinado que la pensión de viudedad no tiene la estricta finalidad de atender a una situación de necesidad, sino más bien compensar el daño causado por la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge superviviente¹.

Desde una perspectiva interna o privada, la pensión de viudedad encontraría justificación en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges y el deber de socorro mutuo, con la aportación de bienes que han contribuido al levantamiento de las cargas del matrimonio. En este sentido, la pensión de viudedad conjetura una extensión de la situación matrimonial, prologándola tras el fallecimiento de uno de los cónyuges (o miembro de la pareja de hecho) que, por lo demás, actúa de un modo completamente independiente de los bienes y derechos hereditarios evidenciados a favor del superviviente. De esta manera, esta pensión se devengará con independencia de la mayor o menor masa hereditaria que recaiga a su favor. Esta renta vitalicia de naturaleza pública compensa las desventajas que se derivan de la extinción del matrimonio a causa del óbito, entre ellas, por ejemplo, la pérdida del derecho a obtener alimentos virtud de lo preceptuado en el art. 142 CC. En este sentido, la pensión de viudedad en los casos de matrimonio (y ahora también en las parejas de hecho)² no está condicionada a la existencia de una situación real de necesidad por parte de la persona sobreviviente.

En sentido contrario, este paradigma difiere un tanto en el supuesto de las personas divorciadas o separadas judicialmente, donde el punto de mira se centra, esta vez sí, en la situación de necesidad o dependencia económica respecto del causante. En este sentido, la pensión de viudedad también se

¹ *Vid.* STC 184/1990.

² Se ha dicho “ahora también” porque desde la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, las parejas de hecho ya no necesitan acreditar un desequilibrio económico para acceder a la pensión, equiparándose esta situación con la que venían disfrutando los cónyuges.

reconocerá al excónyuge, es decir, a la persona divorciada o separada judicialmente del causante. Ahora bien, el derecho de estos cuenta con importantes salvedades en la norma de Seguridad Social (que se han ido intensificando paulatinamente con el paso de los años fruto de las sucesivas reformas legislativas).

Así las cosas, si nos remontamos a la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, observamos como la DA 10ª de la citada norma prevenía que la pensión de viudedad correspondía «a quién sea o haya sido cónyuge legítimo y en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio». Junto con ello, se establecía que este derecho quedaba sin efecto en los supuestos del art. 101 CC (que se refiere a una pensión compensatoria a la que la DA 10ª no se refería expresamente como requisito para su concesión). La redacción original del RDL 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), mantuvo esta misma fórmula en su art. 174.2. Sobre el particular, cabe recordar que la STC 22/2010 declaró inconstitucional el art. 174.3 LGSS por existir una desigualdad de trato, al negarse la pensión de viudedad al excónyuge que posteriormente convivía *more uxorio* con otra persona, mientras que no se predicaba lo mismo frente al cónyuge “actual”, a quien sí que se le permitiría rehacer su vida sin perjudicar la pensión de viudedad que se encontrara disfrutando.

Poco tiempo después, la DA 13ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incluyó el requisito de que el excónyuge no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuyo caso se perdía el derecho a lucrar la pensión (sobre esta cuestión volveré más adelante).

Con todo, el eslabón decisivo para la configuración legal de la pensión de viudedad en el caso de personas separadas o divorciadas vino a raíz de la promulgación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Así, de un lado, la prohibición de contraer nuevas nupcias a los efectos de poder ser beneficiario de esta pensión se extendió también a los casos en los que el excónyuge constituya una pareja de hecho. De otro lado, desapareció la remisión practicada sobre el art. 101 CC (antes contemplada en el art. 174.3 LGSS). Además, se pretendió asegurar una cuantía mínima para el cónyuge “actual” o “sobreviviente” consistente en el 40% del importe económico en los casos en los que este concurra con el excónyuge. De esta suerte, que el importe de la pensión corresponderá a cada persona en función del periodo convivido con el causante, correspondiendo al último cónyuge sobreviviente, como mínimo, el referido importe. En último término, a través de la citada Ley se introdujo

expresamente una mención sobre la pensión compensatoria, condicionando el acceso a la pensión de viudedad a la persona separada o divorciada a que en el momento del óbito sea acreedora de esta renta.

Unos años más tarde, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, a través de su DF 3ª (apartado 10) introdujo como beneficiarias “incondicionadas” de la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género, con el propósito de que para estas no resulte exigible el cumplimiento de los requisitos generales predicados para el resto de las personas divorciadas o separadas judicialmente.

Finalmente vio la luz el RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS 2015) que alteró varios aspectos formales de la citada legislación, afectando, entre otros, a las disposiciones relativas a la pensión de viudedad. Así, en la actualidad, el contenido de este derecho ya no se encuentra en un único artículo, sino que se bifurca en varios preceptos. De este modo, el régimen jurídico de la pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge superviviente se encuentra en el art. 219 LGSS 2015, mientras que los supuestos de separación, divorcio y nulidad matrimonial se contienen en el art. 220, pasando la previsión sobre las parejas de hecho al art. 221.

También resulta interesante llevar a cabo un breve recorrido histórico sobre el reconocimiento de la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho, puesto que este ha sido tradicionalmente un punto bastante conflictivo. En un primer momento, el texto original de la LGSS no contemplaba a las parejas de hecho entre las personas beneficiarias de la pensión de viudedad, situación obvia si tenemos en cuenta que, en aquel momento, civilmente todavía no estaban reconocidas por ley. Las primeras reformas llevadas a cabo sobre el art. 174 LGSS tampoco optaron por abrir la posibilidad a que la pensión de viudedad pudiera reconocerse en favor de las parejas de hecho. En definitiva, la normativa de Seguridad Social únicamente reservaba este derecho a las personas que previamente al hecho causante estuvieran unidas a través de un vínculo matrimonial. De hecho, la jurisprudencia social solía negar de raíz la equiparación de una relación *more uxorio* con la marital, incluso, cuando existía previamente el firme propósito de contraer matrimonio y este no se llegaba a celebrar por la enfermedad y posterior fallecimiento de una de las partes, sin que se lleve a cabo siquiera “*in articulo mortis*”. Así lo consideró la STS 19 noviembre 1998, que vino a expresar que «la naturaleza del matrimonio impide que el consentimiento presunto o propósito de contraer matrimonio sea equivalente al consentimiento formal». Por lo demás, esta disparidad de criterio existente entre cónyuges, excónyuges y personas que conviven

extramatrimonialmente a la hora de resultar beneficiarios de la pensión de viudedad fue declarada constitucional³.

Sin embargo, con el paso del tiempo, la Ley 40/2007 introdujo un nuevo apartado dentro del anterior art. 174 LGSS por el que se incluyó como sujetos pasivos de la pensión de viudedad a las personas que acreditaran ser pareja de hecho estable. De esta manera el legislador optó por ampliar el ámbito subjetivo de la pensión, algo que por lo demás se venía reclamando desde distintos sectores⁴. Ahora bien, el acceso a la pensión de viudedad por parte de las personas que están unidas a través de una pareja de hecho se llevó a cabo sin equiparar esta situación con la del cónyuge viudo. En este sentido, se introdujeron en la normativa de Seguridad Social una serie de requisitos adicionales que debían de concurrir para que pareja de hecho superviviente pudiera optar a la pensión de viudedad.

En la actualidad, la pensión de viudedad de las parejas de hecho se encuentra regulada en el art. 221 LGSS 2015, que mantuvo durante mucho tiempo la redacción heredada con anterioridad (cosa razonable si tenemos en cuenta que se trata de un Texto Refundido). Ahora bien, esta situación se ha mantenido inalterada desde el Real Decreto Legislativo del año 2015 hasta el 31 de enero de 2021. Ha sido la reciente Ley 21/2021 la que, en su art. 1.10 ha modificado el tenor del art. 221 LGSS 2015 tras varios años sin modificarse, introduciendo desde el 1º de enero de 2022 importantes cambios en lo que se refiere a los requisitos de acceso a la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho. En lo que aquí más nos interesa, se ha equiparado su acceso al régimen jurídico de los cónyuges, por lo que ya no se exige acreditar una situación económica determinada. Asimismo, se abre la posibilidad a la pensión de viudedad entre las ex parejas de hecho, por lo que estas podrán resultar beneficiarias de la misma con los mismos requisitos exigidos a los excónyuges, señaladamente, cuando con el óbito del causante se haya extinguido una pensión compensatoria.

Todo lo anterior es importante conocerlo dado que la compatibilidad o incompatibilidad de la pensión de viudedad con otra serie de rentas parte, en gran medida, de la configuración jurídica y exegética de la propia prestación. De este modo, el hecho de que simplemente se exijan algunos requisitos al causante, principalmente de cotización, y que no se haga lo propio en la figura de la persona beneficiaria⁵, que deberá de cumplir otra

³ *Vid.*, por todas, STC 184/1990, cit.

⁴ *Vid.* Acuerdo Sobre Medidas en Materia de Seguridad Social firmado en el Palacio de la Moncloa el 13 de julio del año 2006 por parte del Gobierno y los Agentes Sociales.

⁵ A. MORENO SOLANA, *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de viudedad y orfandad*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, 2013, p. 260.

serie de exigencias, pero no dentro de la esfera contributiva, marca de manera decida el régimen de incompatibilidades de esta prestación. Así, en líneas generales, de acuerdo con lo que se irá exponiendo a lo largo de las siguientes páginas, la pensión de viudedad resultará compatible con el trabajo retribuido (tanto por cuenta propia como por cuenta ajena), así como con las rentas sustitutivas de este. Por su parte, en principio, será incompatible con otra pensión de viudedad, salvo alguna excepción que luego veremos. También resulta incompatible con el mantenimiento de un cualquier tipo de relación afectiva (marital o de pareja de hecho) debidamente formalizada. en qué medida la reconciliación entre parejas o la formalización de nuevos compromisos matrimoniales o sentimentales pueden incidir en la pensión de viudedad. Se verá, asimismo, que incidencia tienen algunas vicisitudes de la propia relación sentimental, ya sea a través de una eventual reconciliación tras una separación o divorcio o bien cuando en la persona beneficiaria ha podido concurrir algún indicio de criminalidad.

2. La compatibilidad de la pensión de viudedad con el trabajo y con otra serie de pensiones

La pensión de viudedad es compatible con cualquier renta derivada del trabajo, así como con la que sea sustitutiva de esta, tal y como expresamente consagra el art. 223.1 LGSS 2015, cuya lectura cabe completar con lo dispuesto por el art. 10 de la norma reglamentaria sobre la prestación de muerte y supervivencia (Orden de 13 de febrero de 1967).

El mencionado art. 223.1 LGSS 2015 lo expresa con la suficiente contundencia y lo hace de la siguiente manera: «La pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo». Por lo tanto, la dicción legal, tan lacónica como precisa, no deja demasiado espacio para la interpretación. En definitiva, cabe admitir que cualquier persona que se encuentra trabajando, en la modalidad contractual que sea, en el régimen de la Seguridad Social que sea y con total independencia del sueldo o ganancias que perciba, podrá beneficiarse de una pensión de viudedad. Como vemos, no se exige ninguna ganancia concreta, modalidad concreta ni situación similar. Cabe, pues, debatir si hoy en día resulta conveniente que se mantenga este régimen jurídico tan laxo o si, por el contrario, es más adecuado pensar en un sistema que de alguna u otra manera pueda limitar el acceso y/o mantenimiento de la pensión de viudedad (fórmulas hay muchas). Con todo, dejando los eventuales debates de *lege ferenda* de lado, lo cierto es que el régimen legal vigente permite compatibilizar la pensión de viudedad con las rentas derivadas del trabajo por cuenta ajena y por cuenta

propia, sin limitación ni excepción alguna.

Pero, además, no sólo va a ser absolutamente compatible con cualquier renta derivada del trabajo, sino que también lo será con las que son sustitución de esta (en esencia: pensión de jubilación o pensión de incapacidad permanente). Así lo cita expresamente el art. 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que reza textualmente lo siguiente: «La pensión de viudedad será compatible con cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de vejez o invalidez a que la misma pueda tener derecho». De entrada, llama la atención que permanezca vigente una orden tan antigua y que esta no haya sido sustituida por otra nueva, ni que se haya revisado el precepto transcrito, que sigue hablando en femenino y haciendo referencia a pensiones que ya no se denominan así (a mayores, en una materia tan cambiante como es el caso de la normativa laboral y de Seguridad Social). Pero lejos de esta consideración inocua para la práctica profesional, lo bien cierto es que la pensión de viudedad se va a poder compatibilizar perfectamente con la pensión de jubilación e, incluso, con la de incapacidad permanente (en todas sus variantes). Ambas son rentas que sustituyen al trabajo (una por haber llegado la persona a una determinada edad y otra por incompatibilidad con el mismo). De tal manera que, dado que la pensión de viudedad es compatible con el trabajo, también lo será con estas otras prestaciones o pensiones, algunas de ellas vitalicias. En algún escenario hipotético, será posible que una persona que esté recibiendo una pensión de incapacidad permanente pueda compatibilizarla con algún tipo de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena y, además, pueda estar cobrando también una pensión de viudedad.

Desde luego, la pensión de viudedad también será compatible con la prestación por desempleo, pues, aunque no se cite expresamente en la Orden anteriormente mencionada, sustituye a las rentas del trabajo y, además, en este caso concreto es de naturaleza temporal (al contrario de lo sucede con la jubilación y la incapacidad en sus vertientes total, absoluta y de gran invalidez).

La anterior regulación rompe con el esquema general previsto en el art. 163.1 LGSS 2015, titulado *Incompatibilidad de pensiones*, que establece literalmente lo siguiente: «Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal reglamentariamente». En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

En relación con este precepto, la STSJ Castilla y León, Valladolid, 23

septiembre 2009⁶ declaró que esta norma no resulta aplicable en el caso de conflictos producidos entre una pensión y un subsidio temporal, predicándose dicha incompatibilidad solo ante pensiones.

Asimismo, la norma no prohíbe la compatibilidad de pensiones en distintos regímenes, siempre que se trate de actividades y cotizaciones simultáneas y no sucesivas⁷, sino únicamente dentro del propio RGSS⁸.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional nos aclaró que la compatibilidad o incompatibilidad de pensiones es una cuestión de mera legalidad ordinaria⁹.

Si se analizan las distintas pensiones de los distintos regímenes (en especial, el Régimen General), podemos deducir un panorama común de incompatibilidad¹⁰, que, tal y como se está advirtiendo en estas líneas, se rompe en el caso particular de la pensión de viudedad.

En definitiva, la pensión de viudedad actúa de una manera un tanto especial en este punto, pues además de poder ser compatible con el trabajo, también lo es con otra serie de pensiones vitalicias, concretamente y por ser citadas por propia Orden de 13 de febrero de 1967, con la jubilación y con incapacidad permanente.

Pese a que el panorama general previsto en la normativa sea el de la compatibilidad de la pensión de viudedad con otra serie de pensiones, en algunas ocasiones han sido las propias Disposiciones Adicionales o Transitorias de las distintas reformas las que han limitado esta cuestión para algunos supuestos concretos. Es el caso, por ejemplo, de la reforma de la Ley 40/2007, que permitió que las parejas de hecho que reunieran una serie de requisitos pudieran acceder a la pensión de viudedad a la que no tuvieron acceso con anterioridad a dicha norma por no reconocerse la misma para este tipo de uniones sentimentales. Para ello, entre otros requisitos, debieron de acreditar que no tenían reconocida ninguna otra pensión. Podemos ver un ejemplo resuelto judicialmente sobre esta cuestión en la STSJ Madrid 31 marzo 2016¹¹. El caso consistió en una persona a la que se le reconoció el derecho a la pensión de viudedad desde el 1º de enero de 2007. Posteriormente se le reconoció derecho a percibir pensión de

⁶ Rec. 1315/2009.

⁷ Vid. STSJ Cataluña 23 noviembre 2015 (rec. 4385/3015).

⁸ J.F. BLASCO LAHOZ, *La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones*, en *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 10.

⁹ Vid. STC 375/1993.

¹⁰ A.V. SEMPERE NAVARRO, *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 9.

¹¹ Rec. 875/2015.

incapacidad permanente total con efectos de 29 de junio de 2012. En septiembre de 2014 el INSS puso fin al abono de la indicada pensión de viudedad, por considerarla incompatible con la percepción de pensión de incapacidad permanente. En este sentido, al amparo de las previsiones de la DA 3ª de la Ley 40/2007, con carácter excepcional, se reconocía el derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, concurrieran, entre otras, la siguiente circunstancia: «Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social». De esto modo, la sentencia citada concluyó que DA 3ª estableció un régimen excepcional y con requisitos diferentes a los del régimen ordinario que, por lo demás, impedía interpretaciones extensivas o fuera de la literalidad del precepto. Por esta razón, lo que se quiere decir con la expresión “no tenga reconocido”, no es simplemente que exista ya otra pensión en el momento de solicitar la de viudedad, sino que, «cuando esta se produzca y a partir de ese momento, no habrá posibilidad de concurrencia, de manera que ésta se halla vedada». Por lo tanto, en este supuesto de derecho transitorio se dio una incompatibilidad entre la pensión de viudedad y cualquier otra pensión contributiva, situación que, como sabemos, normalmente está permitida.

En la fecha en la que se publica este trabajo nos encontramos con una situación similar a lo luz de lo prevista por la Ley 21/2021, toda vez que esta norma ha introducido una DA 40ª en la LGSS 2015 denominada “pensión de viudedad de parejas de hecho en supuestos excepcionales”, que consiste realmente en una normativa transitoria para parejas en las que una de las dos personas hubiera fallecido con anterioridad al 1º de enero de 2022. En este sentido, para el reconocimiento excepcional de la pensión se han de dar cuatro circunstancias:

- a. en primer lugar, que el fallecimiento del causante no hubiera causado derecho a pensión de viudedad. Por ejemplo, que se hubiera denegado por no cumplir con el requisito del desequilibrio económico, o bien por no acreditar una convivencia estable teniendo hijos en común. Ahora bien, en todo caso, el causante si debía de reunir los requisitos de alta y cotización;
- b. en segundo lugar, que el beneficiario pueda acreditar que cuando falleció el causante existía una pareja de hecho debidamente registrada;
- c. en tercer lugar, que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social;
- d. en último término, la persona que desee esta prestación especial debe de solicitarla dentro de los doce meses siguientes a su entrada en vigor, es decir, dentro del año 2022, hasta la finalización del mismo.

Se trata, en suma, de la posibilidad de que parejas de hecho que no pudieron

disfrutar de la pensión de viudedad de acuerdo con los requisitos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 21/2021 puedan solicitarla de nuevo durante el año 2022, siendo sus efectos económicos, en caso de resolverse a su favor, desde el día primero del mes siguiente a la solicitud.

Ahora bien, en estos casos las personas solicitantes no pueden estar recibiendo ninguna otra pensión contributiva. De este modo, de acuerdo con la sentencia citada más arriba¹² es posible que también sea incompatible con el posterior reconocimiento de otra pensión (por ejemplo, la jubilación o una incapacidad permanente). En consecuencia, en estos casos la normativa está abriendo el abanico para que personas que vieron denegada su pensión de viudedad (o directamente ni la solicitaron) por regirse por una legislación anterior puedan optar al disfrute de la misma. Ahora bien, entre otras limitaciones, se predica en estos casos una incompatibilidad con otra pensión contributiva.

Es por ello por lo que, antes de concluir con este apartado, me gustaría apuntar simplemente que negar este tipo de “pensiones especiales” o “transitorias” cuando se esté cobrando la jubilación o la incapacidad permanente puede dar lugar a situaciones en cierta medida llamativas. Así, por ejemplo, no la recibirá una persona que tenga una pensión de jubilación o de incapacidad permanente de escasa cuantía (por ejemplo, en su mínimo legal), mientras que sí que se le reconocerá la pensión a otra persona que estuviera en activo y prestando servicios por cuenta ajena o por cuenta propia con un salario o unos beneficios muy elevados y que quizás no la necesite (dado que sí que es compatible con el trabajo). En definitiva, nuevamente, no se atiende a una situación real de necesidad.

3. La posibilidad limitada de beneficiarse de dos pensiones de viudedad y la incompatibilidad de la misma con la unión matrimonial o “de hecho”

En la práctica, la pensión de viudedad podría llegar a disfrutarse por duplicado en algún supuesto limitado por la propia normativa. Es el caso de la cotización efectuada a dos regímenes de la Seguridad Social. Así, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 52/2003, de 10 diciembre, la pensión de viudedad no es compatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los Regímenes de la seguridad social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan al menos durante 15 años (art. 223.1 LGSS 2015). Por lo

¹² *Idem.*

tanto, sí que será compatible con la cotización efectuada en dos regímenes siempre que se superpongan durante el plazo de 15 años. De este modo, aunque de manera limitada, la legislación permite la posibilidad de reconocer dos pensiones de viudedad derivadas del fallecimiento de un trabajador que se encontraba en alta simultáneamente en el RGSS y en el RETA. Lo que no se puede es que la cotización sea sucesiva entre ambos regímenes, en cuyo caso sólo se podrá optar a una pensión.

Por su parte, sí que se ha considerado compatible la pensión de viudedad con un complemento en clave de mejora voluntaria establecido a través de una Mutualidad¹³.

Con cargo al mismo régimen no será posible lucrar dos pensiones, ni siquiera cuando existan más de una persona beneficiaria (excónyuges o ex parejas de hecho) pues la pensión es única (si bien se podrá dividir entre más de una persona). El hecho de que la pensión sea única conlleva que el derecho se extinguirá, en todo caso, cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el art. 221 LGSS 2015, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.

En este sentido, la pensión de viudedad es incompatible con una situación sentimental formalizada, es decir, con el matrimonio o con la pareja de hecho. En este sentido, si en el momento de solicitar la pensión la persona beneficiaria que la solicite por el fallecimiento de su excónyuge o ex pareja de hecho estuviera casada o hubiera formalizado una unión de hecho no tendrá derecho a la misma. Por su parte, una persona que estuviera recibiendo la pensión contrae nuevas nupcias con posterioridad (o bien formaliza una pareja de hecho), verá extinguida la pensión que venía disfrutando. La situación es bastante obvia, dado que esta persona obtendrá una nueva pensión si sobrevive a su nuevo cónyuge o pareja. Recordemos que no se puede tener derecho a más de una pensión de viudedad.

La acreditación de que una persona está casada le corresponde al INSS. Así lo ha determinado la reciente STSJ Islas Canarias 24 marzo 2021¹⁴ que concluyó que lo que no se puede es exigir a la persona que se le deniega la pensión por tal motivo que acredite cumplidamente un hecho negativo. En este supuesto el INSS denegó la pensión de viudedad por el hecho de que no se pudo acreditar el estado civil con posterioridad al divorcio con el causante, al exigirse documentación del registro civil español. Se acreditó que el único matrimonio inscrito en el registro español fue el que la

¹³ M.A. PÉREZ ALONSO, *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 201. La autora se basa en una STSJ de Cataluña del año 1999.

¹⁴ Rec. 811/2020.

demandante (extranjera) contrajo con el causante en el año 2009 y no hubo constancia, ni en hechos probados y ni siquiera en el expediente administrativo, de ningún otro matrimonio inscrito en España.

Otra situación que puede ocurrir y que también plantea serias dudas en cuanto a las posibilidades de acceso a la pensión de viudedad, viene representada por una eventual reconciliación de los cónyuges que previamente se hayan separado o divorciado.

Para ello, primero hay que intentar comprender los efectos jurídicos que producen, respectivamente, la separación judicial y el divorcio. Como es de sobra conocido, la primera de estas figuras supone un relajamiento de la actividad conyugal que no disuelve por completo el matrimonio. Por el contrario, el divorcio rompe por completo el vínculo matrimonial y, por ello, habilitaría para contraer nuevas nupcias. Con todo, aquí el problema no se focaliza en el caso en el que una de las partes de la pareja pretenda rehacer su vida con otra persona, extremo que hace impracticable el acceso a la pensión de viudedad, sino en que sean los propios excónyuges quienes reanuden de nuevo la convivencia entre sí. De tal manera que, desde mi punto de vista, en el primero de los casos esta se puede lograr siempre que la reconciliación se ponga en conocimiento del juez, no pudiéndose producir una convivencia *more uxorio*. Por su parte, en los casos de divorcio las partes sí que podrán contraer nuevas nupcias entre sí o también formalizar *ex novo* una pareja de hecho. Para resolver estos supuestos la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha sido algo más vacilante.

Así, en un primer momento, el Tribunal Supremo obligaba a los cónyuges a validar su reconciliación ante el juez que dictó la sentencia de separación. En este sentido, en la STS 15 diciembre 2004¹⁵, se consideró que, en tanto en cuanto no se modifique la separación matrimonial por una nueva resolución judicial, la convivencia posterior sería legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica. Se determinó en la citada sentencia que debido a «las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha, en tanto no se obtenga el refrendo judicial modificador de la situación de separación y propio de la reconciliación matrimonial comunicada, oportunamente, al Órgano Judicial». El resultado práctico de esta interpretación llevaba a que a la hora de valorar el derecho a la pensión de viudedad tengamos que acudir al actual

¹⁵ Rec. 359/2004.

art. 220 LGSS 2015, referido a las personas separadas o divorciadas, que cuenta con unos condicionantes más severos y no así al art. 219, que se ocupa de las personas que se encuentran casadas en el momento del óbito. En el supuesto conocido por la citada STS 15 diciembre 2004 la mujer no cumplía con todos los requisitos exigidos para las personas separadas judicialmente, razón por la cual se le denegó la pensión. En fin, el elemento a destacar es que la reanudación de la convivencia no produce efectos frente a terceros, en este caso el INSS, en tanto en cuanto no haya sido comunicada al juez, tal y como se deduce en el código civil.

Esta doctrina dio un giro años más tarde, cuando se dictó la STS 4 marzo 2014¹⁶. El supuesto de hecho de la citada sentencia consistió en una pareja que se separó judicialmente en el año 1998 y que posteriormente se reconcilió formalizando escritura pública notarial que, no obstante, no fue comunicada al juez. El Tribunal Supremo entendió que el anterior art. 174.2 LGSS condicionaba la pensión a que no se hubieran contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido pareja de hecho con otra persona, por lo que sí que podrían, naturalmente, tener vínculo matrimonial entre ellos mismos. También abría la posibilidad a que se pudiera constituir una pareja de hecho o mantenerse una relación *more uxorio*. Con todo, desde mi punto de vista, el problema no sería ese. Naturalmente que la interdicción acerca de rehacer la vida sentimental viene referida respecto de terceras personas, circunstancia que no haría otra cosa que anular la expectativa de poder lucrar la pensión de viudedad. Pero, en estos casos, entiendo que habría que ir más allá y acudir a la naturaleza jurídica de una separación judicial y de un divorcio y, a partir de ahí, plantear los escenarios en los que una reconciliación tiene repercusión no sólo entre las partes, sino también frente a terceros. En este sentido, para que la reanudación de la relación conyugal surta efectos tras una separación judicial entiendo que será necesaria la intervención judicial, del mismo modo que para validar la separación se tuvo que acudir al pronunciamiento de un juez. La citada STS 4 marzo 2014 llevó a cabo una interpretación flexible de los preceptos reguladores de la pensión de viudedad, muy alejado de su tenor literal, permitiendo su acceso en situaciones en las que, de otro modo, se tendría que haber denegado¹⁷.

Posteriormente, el Tribunal Supremo corrigió la interpretación mantenida por la STS 4 marzo 2014. Esta revisión doctrinal se produjo por mor de la STS 16 febrero 2016¹⁸. El supuesto de hecho consistió en una pareja que se

¹⁶ Rec. 1593/2014.

¹⁷ R. PRESA GARCÍA-LÓPEZ, *Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014*, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 6, p. 3.

¹⁸ Rec. 33/2014.

casó en el año 1984 y en 1997 se separó judicialmente, renunciando expresamente a solicitarse pensiones compensatorias, si bien, optaron por reanudar la convivencia, la cual se mantuvo hasta la fecha del fallecimiento del causante (2009), circunstancia que nunca fue comunicada al juez que dictó la sentencia de separación. Para desdecir la solución alcanzada en 2014, el Tribunal Supremo realizó un esfuerzo interpretativo adicional para intentar comprender la génesis del problema derivado en los casos de separación y divorcio, cuya naturaleza es estrictamente civil, aunque sus efectos trasciendan al campo del Derecho Social. En este sentido, el Tribunal Supremo planteó los siguientes escenarios:

- a. en caso de separación el vínculo matrimonial sigue vivo. Por lo tanto, no puede constituirse válidamente una pareja de hecho entre los cónyuges «sin que a ello obste la privación del efecto natural del matrimonio de que los cónyuges vivan juntos, de modo que en caso de reconciliación no se constituirá una convivencia, con análoga relación de afectividad a la conyugal, constitutiva de una pareja de hecho, sino que pasa a tener nuevamente efectividad la obligación de los cónyuges de vivir juntos, presumiéndose otra vez que así lo hacen».
- b. sin embargo, en el divorcio, una vez disuelto el vínculo matrimonial, «puede generarse una situación de pareja de hecho entre los antiguos cónyuges, pues ya hemos visto que la reconciliación posterior no produce efectos legales y si los divorciados contraen entre sí nuevo matrimonio, será esta nueva situación matrimonial la que genere sus efectos».

Esta postura ha quedado confirmada en otros pronunciamientos posteriores, como es el caso de la STS 21 julio 2020. El asunto versó en un matrimonio que se separó en el año 1995 firmando un convenio regulador para fijar una pensión compensatoria. En el año 2006 reanudaron su convivencia sin comunicarlo al juez. El Tribunal Supremo consideró que dicha reconciliación no puede tener efectos frente a terceros, no pudiéndose equiparar a una situación matrimonial. En definitiva, no puede percibir la pensión por la vía del art. 219 LGSS 2015 por no ser un matrimonio vigente en el momento del óbito. Por su parte, tampoco podría acceder por la vía del art. 220, puesto que la excónyuge no era acreedora de la pensión compensatoria.

En fin, en los supuestos de separación judicial la reanudación de la convivencia podría canalizarse por varias vías. Por un lado, se puede interesar el reconocimiento de una posible situación de pareja de hecho, reconducible por el art. 221 LGSS 2015, si bien, esta opción es descartada por parte del Tribunal Supremo con base a la ausencia de la ruptura del vínculo matrimonial, que todavía seguiría vigente. En este sentido, esto sí

que se podrá dar si existe un divorcio y posteriormente las partes constituyen una pareja de hecho y cumplen con todos los requisitos del art. 221.

De otro lado, se puede interesar la aplicación del art. 219 LGSS 2015 pensado para los cónyuges “actuales”, es decir, aquellos que no estén separados ni divorciados. No obstante, para poder validar esta situación será necesario un nuevo pronunciamiento judicial, pues como recuerda la STS 16 febrero 2016 – ya citada – «la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no pueden surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha». En este sentido, cuando las partes no han comunicado al juez la reanudación de su convivencia les resultarán de aplicación los requisitos del art. 220 LGSS 2015, en concreto, por ser el condicionante que más problemas puede causar en estos casos, que uno de ellos sea acreedor de una pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante. Consiguientemente, será requisito para poder eludir este escollo que los cónyuges insten el pronunciamiento judicial sobre su reconciliación. Sólo de este modo podrá tener efectos frente a terceros, en concreto, contra el INSS y podrán ser considerados cónyuges nuevamente (por lo que se les aplicará el art. 219 LGSS 2015, cuyos requisitos son los menos exigentes). Por su parte, en los casos de divorcio será necesario que las partes vuelvan a contraer nuevas nupcias entre ellos o, incluso, también se puede constituir válidamente una pareja de hecho, en cuyo caso habrá que estar a las exigencias formales predicadas por el art. 221.

La incompatibilidad de la pensión de viudedad con el matrimonio cuenta con una excepción en la Orden de 13 de febrero de 1967 (en su art. 11)¹⁹. No obstante, siendo la regla general la extinción de la pensión de viudedad cuando se contraigan nuevas nupcias, sí que podrán mantener el percibo de la misma los pensionistas que sean mayores de sesenta años o menor de dicha edad, siempre que, en este último caso, tengan reconocida también una pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acrediten una minusvalía en un grado igual o superior al 65%. Además, se exige que la pensión constituya de viudedad la principal o única fuente de rendimientos. Se entenderá que la pensión o pensiones de viudedad constituye la principal fuente de rendimientos, cuando el importe anual de la misma o de las mismas represente, como mínimo, el 75% del total de ingresos (en cómputo anual). Junto con ello, el matrimonio debe de tener unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza,

¹⁹ En su redacción dada por el RD 1465/2001, de 27 de diciembre.

incluida la pensión o pensiones de viudedad, que no superen dos veces el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) (en cómputo anual) vigente en cada momento. Por lo tanto, en estas circunstancias la pensión de viudedad sí que será compatible con el matrimonio nuevo, regulándose como podrá deparar el lector, una prestación esta vez con un componente asistencial medido por parámetros de edad, rentas de la persona beneficiaria y rentas del matrimonio. Pues bien, de acuerdo con la STSJ Navarra 13 mayo 2021²⁰, una interpretación literal del precepto permite concluir que una persona cumple todas las exigencias para continuar percibiendo la pensión de viudedad cuando, además de todos los demás requisitos, la pensión de viudedad supone el 75% de los ingresos anuales percibidos durante el año ejercicio anterior (en este caso 2018), y se excluye una cantidad obtenida por la venta de una vivienda por constituir unos ingresos excepcionales que en ningún caso volverán a percibirse en años posteriores.

Por su parte la STSJ Madrid 16 junio 2020²¹ ha resaltado que esta norma legal regula los casos de prestaciones de viudedad ya concedidas, que se extinguirán cuando sus beneficiarios contraigan matrimonio o constituyan una pareja de hecho, pero no es la que cabe aplicar cuando una persona solicite *ex novo* la pensión, por ejemplo, por el fallecimiento de su excónyuge. En estos casos, es el INSS quien, en su caso, deberá de acreditar la denegación de la misma por constarle que la persona solicitante tiene un nuevo matrimonio o una nueva pareja de hecho en el momento de la solicitud.

En definitiva, en principio solamente podrá existir una única pensión de viudedad, salvo en supuestos en los que se hubiera cotizado en dos regímenes de manera superpuesta durante más de 15 años. En estos casos, por lo demás, las pensiones podrán encontrar un límite máximo en los Presupuestos Generales de cada anualidad, encontrándose normalmente topadas. Por su parte, no se podrá tener derecho a más de una pensión de viudedad dentro del mismo régimen, siendo incompatibles entre sí. Por este motivo, no será posible obtener la pensión con causa en dos o más sujetos causantes. De hecho, no se tendrá derecho a la viudedad cuando en el momento en el que se solicite la del excónyuge o expareja de hecho la persona esté unida matrimonialmente o de hecho con otra persona. Del mismo modo, la pensión que se esté disfrutando se extinguirá cuando se contraigan nuevas nupcias o se constituya una nueva pareja de hecho. Apuntar, asimismo, que esta dinámica cuenta con una doctrina específica en el caso de que sean los mismos contrayentes los que tras cesar su relación

²⁰ Rec. 137/2021.

²¹ Rec. 556/2019.

marital reanuden posteriormente su convivencia.

4. La incompatibilidad (suspensión) de la pensión de viudedad con los indicios de criminalidad

El art. 232.1 LGSS 2015 se encarga de la suspensión cautelar de las prestaciones por muerte supervivencia ya reconocidas, cuando haya recaído sobre la solicitante resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de criminalidad por la comisión de un delito de homicidio en cualquiera de sus formas, siempre eso sí, naturalmente, la víctima fuera el causante de la prestación.

En este sentido, la pensión de viudedad es incompatible con cualquier acto de homicidio que la persona beneficiaria de la misma lleve a cabo sobre el sujeto causante de la misma. La norma es bastante amplia a la hora de tipificar al homicidio en “cualquiera de sus formas”. Además, no hace esperar a la depuración de responsabilidades a través de sentencia penal condenatoria, sino que se puede suspender de forma cautelar en casos de indicios. Esto lo podrá hacer la Entidad Gestora cuando tenga conocimiento de la resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de criminalidad. En los casos en los que la solicitud venga derivada de esta situación, se podrá reconocer la pensión (siempre que se den el resto de los requisitos), acordando la suspensión de su abono. Cuando la pensión ya se encuentra abonándose esta situación producirá la interrupción de su pago. Los efectos de la suspensión se mantendrán hasta que recaiga sentencia u otra resolución firme que ponga fin al procedimiento penal, o determine la no culpabilidad del beneficiario.

La sentencia condenatoria firme provocará la revisión del reconocimiento de la prestación y la obligación de reintegrar las prestaciones que en su caso se hubieran percibido.

Por su parte, en caso de que se dicte una sentencia absolutoria firme que declare que la persona beneficiaria de la pensión no es culpable, se rehabilitará el derecho a la pensión con los efectos que hubieran procedido de no haberse acordado la suspensión, una vez descontadas en su caso las cantidades abonadas en concepto de pensión de alimentos en favor de los titulares de la pensión de orfandad (art. 232.2 LGSS 2015).

En definitiva, que la pensión de viudedad resulta incompatible con la situación dolosa consistente en que el cónyuge o pareja de hecho supérstite haya contribuido a la muerte de la persona causante de la pensión.

5. Las prestaciones en favor de familiares y su compatibilidad con el trabajo y con otras pensiones

El art. 226 LGSS 2015 regula una pensión en favor de familiares que, en esencia, se concede a las personas mayores de 45 años que se hayan dedicado al cuidado de un familiar durante un largo tiempo. Las eventuales personas beneficiarias serán los hijos/as o hermanos/as que convivan con el causante, siendo este o esta percceptor/a de una pensión por incapacidad permanente o de jubilación, siempre que se den estos requisitos:

- a. haber convivido con el causante y a su cargo;
- b. ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos;
- c. acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante;
- d. carecer de medios propios de vida.

Actualmente, el art. 226.5 LGSS 2015 dispone que se aplicará a las pensiones en favor de familiares lo previsto para las pensiones de viudedad en el segundo párrafo del art. 223.1, es decir, que podrá mantenerse en caso de rentas del trabajo (y, por ende, rentas sustitutivas del mismo). Pero esto no fue siempre así, dado que, ante la ausencia de dicha previsión en el apartado 5, se llegó a determinar su incompatibilidad con un subsidio por desempleo. En este sentido, no hay que perder de vista que ambas protecciones buscan, ciertamente, como a continuación se analizará, la atención de situaciones de necesidad muy similares: en concreto, el auxilio de los sujetos mayores de cierta edad con dificultad para reincorporarse al mercado laboral²². Con todo, en este caso la citada STSJ Castilla y León, Valladolid, declaró la incompatibilidad entre ambas prestaciones, por lo que la prestación en favor de familiares no cabía cuando se estaba percibiendo un subsidio. Es por ello que se opinó doctrinalmente que en caso de no conceder la pensión a favor de familiares se estaría atentando contra la función principal de la norma, es decir, la protección del estado de necesidad del cuidador del causante²³.

La referencia actual que la norma lleva a cabo sobre el art. 223.1 LGSS 2015 supone que se aplicarán las mismas reglas de la compatibilidad de la pensión de viudedad, por lo que se podrá compaginar con el trabajo y debemos de entender que también con una prestación o subsidio por desempleo, remitiéndome en este punto a lo analizado previamente.

²² E.M. BLÁZQUEZ AGUDO, *La compatibilidad de protecciones concedidas a los cuidadores de familiares al fallecimiento del dependiente. STSJ Castilla y León, de 23 de septiembre 2009 (AS 2009, 2601)*, en *Aranzadi Social*, 2010, n. 21.

²³ Véase el estudio de Blázquez Agudo citado en la nota al pie anterior.

6. La compatibilidad con la pensión de orfandad

El art. 224.1 LGSS 2015 establece como beneficiarios de la prestación de orfandad a cada uno de los hijos/as del causante fallecido/a, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que en el momento de la muerte sean menores de 21 años o estén incapacitados para el trabajo.

También la podrá recibir el hijo/a del causante menor de 25 años que no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el SMI anual.

Se regula, asimismo, un derecho a pensión de orfandad en los casos en los que la causante haya sido víctima de violencia de género, siempre que los hijos/as se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta y no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad.

En cuando al régimen de compatibilidades se refiere, de acuerdo con lo previsto por el art. 225.1 LGSS 2015, la pensión o prestación de orfandad será compatible con cualquier renta del trabajo de quien sea – o haya sido – cónyuge del causante. Por lo tanto, se tiene derecho a percibir – y mantener – una pensión de orfandad en los casos en el que el padre o la madre superviviente (cónyuge o pareja de hecho de la persona fallecida) tengan rentas derivadas del trabajo.

La pensión de orfandad también es compatible con el trabajo prestado por el propio beneficiario/a de la misma en el caso de que tenga menos de 21 años. Además, también será compatible con el trabajo llevado a cabo por el huérfano que tenga entre 21 y 25 años, siempre y cuando que la renta anual obtenida no supere el SMI anual. Consiguientemente, en función de la edad, la pensión de orfandad será compatible con el trabajo. Por lo tanto, podría ser compatible con un trabajo temporal o un trabajo a tiempo parcial, sin que quepa entender que el SMI pueda reducirse según el coeficiente de parcialidad.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 225.1 LGSS 2015, la pensión de viudedad y la pensión de orfandad son compatibles entre sí. Luego, en un mismo núcleo familiar pueden coexistir dos pensiones originadas por un mismo suceso (el fallecimiento del causante) y que pueden, ambas, llegar a ser compatibles con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena de los beneficiarios.

Sí que será incompatible con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas por el causante en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante 15 años. No se exigirá este periodo de superposición y, por ende, se podrán dar dos pensiones de orfandad con

base a la cotización en dos regímenes sin este requisito cuando el fallecimiento de la madre haya sido por causa de violencia de género. Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social debido a la misma incapacidad, podrán optar entre una y otra. Por su parte, sí que será compatible cuando haya una declaración de incapacidad para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, con la de incapacidad permanente que se pudiera causar después de los 18 años como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad, o en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena. En este sentido, el Tribunal Supremo ha admitido que la pensión de orfandad en el supuesto de personas mayores de edad por discapacidad es compatible con la pensión por jubilación cuando queda probado que la discapacidad le afecta desde la infancia, pese a que la resolución administrativa que la declara sea posterior a los 18 años²⁴.

7. Algunas valoraciones finales

Como se habrá podido comprobar a lo largo de las precedentes páginas, la compatibilidad de la pensión de viudedad con el trabajo y contra serie de prestaciones o pensiones de la Seguridad Social es muy amplia.

El régimen jurídico de la compatibilidad de las pensiones de viudedad y orfandad es trasunto de su construcción y conceptualización histórica. La pensión de viudedad se aparta del régimen general de incompatibilidades previsto en la normativa de Seguridad Social y, al contrario de lo que sucede en otras tantas, no responde a una situación de necesidad. Era lógico y comprensible que en otros tiempos en los que muchas mujeres se ocupaban de las tareas del hogar, siendo los hombres lo que trabajaban, que se reconociera una pensión prácticamente incondicionada para responder a la necesidad de las viudas, que con el fallecimiento de su marido no contaban muchas de ellas con sustento económico. Con todo, esta prestación también se concedía a personas que no lo necesitaban tanto, bien sea porque estaban trabajando, recibiendo otra pensión (por ejemplo, de jubilación) o lisa y llanamente porque disponían de un buen poder adquisitivo, un elevado patrimonio o rentas provenientes de cualquier otro bien o derecho.

Pues bien, en los tiempos actuales, entiendo que cabe repensar el modelo

²⁴ *Vid.* STS 14 octubre 2014 (rec. 2897/2013) o STS 6 julio 2015 (rec. 2993/2014).

prestacional de la pensión de viudedad. Cabe preguntarse si sigue siendo adecuado mantener este régimen de compatibilidades tan amplio. Tal y como se habrá podido ver en el presente estudio, la pensión de viudedad es compatible con las rentas del trabajo, así como con otra serie de pensiones que sustituyen al mismo y se hace sin atender a ningún mínimo o máximo concreto. En resumidas cuentas, no atiende a una situación de necesidad económica. Es por ello por lo que podrán resultar beneficiarias de la misma aquellas personas que verdaderamente lo necesiten, pero también, muchas otras que no precisen de una renta pública para poder subsistir.

Sí que atiende un poco más a una situación de necesidad la pensión de viudedad en el caso de los excónyuges o ex parejas de hecho. La razón estriba en que para poder tener acceso a la misma se tiene que extinguir con el fallecimiento del causante una pensión compensatoria. Por lo tanto, esta situación da cuenta de la existencia de un cierto desequilibrio entre los miembros de la pareja. Ahora bien, nada impide que ambos excónyuges o ex parejas de hecho tuvieran un elevado poder adquisitivo y aún así se pacte una pensión compensatoria.

Quizás resulta un tanto más asistencial la pensión de orfandad, dado que está limitada en el tiempo y en una determinada franja de edad es incompatible con rentas altas. En cualquier caso, en cierta medida sigue siendo compatible con trabajo o incluso con otras rentas o pensiones, señaladamente con la propia pensión de viudedad.

A partir de aquí podríamos dedicar varias páginas a estudiar y debatir propuestas de cambio, pudiendo existir distintas posibilidades y fórmulas para conseguir una pensión más asistencial o, cuanto menos, atender de alguna manera a una situación de necesidad. Por lo que se refiere estrictamente al ámbito de las incompatibilidades se propone un encaje con el régimen general. En este sentido, podría reservarse la pensión para supuestos de carencia de rentas o bien, quizás sea preferible, que estas sean más bajas (por ejemplo, que sea incompatible con el duplo del SMI). En todo caso, cuando existan hijo/as a cargo de la persona superviviente, está también la pensión de orfandad para contribuir al sostenimiento de las cargas familiares. Seguramente otra opción para evitar pronunciamientos acerca de la carencia o no de rentas sea, directamente, transformar la pensión en una prestación temporal que cubra inicialmente las consecuencias que pueden derivarse del fallecimiento del causante. Prestación temporal que podría ir de la mano del criterio de la edad, es decir, ser vitalicia a partir de una determinada edad, cuando resulta más complicado acceder al mercado de trabajo. En fin, desde mi punto de vista, entiendo que sería aconsejable repensar el modelo, pues el ahorro de la pensión de viudedad sobre

personas que no lo necesiten podría reinvertirse en otra serie de prestaciones o pensiones más asistenciales para cubrir otras necesidades de personas que realmente sí que lo necesiten.

8. Bibliografía

BLASCO LAHOZ J.F. (2017), *La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones*, en *Revista de Información Laboral*, n. 10, pp. 59-101

BLÁZQUEZ AGUDO E.M. (2010), *La compatibilidad de protecciones concedidas a los cuidadores de familiares al fallecimiento del dependiente STSJ Castilla y León, de 23 de septiembre 2009 (AS 2009, 2601)*, en *Aranzadi Social*, n. 21, pp. 45-54

MORENO SOLANA A. (2013), *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de viudedad y orfandad*, en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova

PÉREZ ALONSO M.A. (2000), *La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch

PRESA GARCÍA-LÓPEZ R., *Pensión de viudedad sí o sí. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2014*, en *Revista de Información Laboral*, 2014, n. 6, p. 3

SEMPERE NAVARRO A.V. (2013), *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, en *Aranzadi Social*, n. 9, pp. 15-32

Incapacidad permanente y su compatibilidad con otras prestaciones y con el trabajo. ¿Resiste el modelo vigente una lectura con perspectiva de género?

Alejandra SELMA PENALVA*

RESUMEN: ¿Puede hacerse una interpretación con perspectiva de género de las normas que regulan en nuestro sistema jurídico la prestación por incapacidad permanente total (IPT) para la profesión habitual? ¿Puede llegar a influir la digitalización de la sociedad en la configuración actual de la citada prestación? En el presente trabajo se hace un recorrido por diferentes aspectos controvertidos, intentando proporcionar al lector una visión actualizada de los contornos reales que, por el momento, presenta esta prestación en nuestro sistema de Seguridad Social, afectado, como es sabido, por constantes cambios normativos y jurisprudenciales.

Palabras clave: Incapacidad permanente total, teletrabajo, perspectiva de género, compatibilidad con el trabajo, retos del modelo.

SUMARIO: 1. Consideraciones iniciales. 2. La perspectiva de género en la IPT. 3. El contrato fijo discontinuo: ¿un aliado para el empleo femenino? 4. Un nuevo reto para la igualdad de género: compatibilidad entre incapacidades permanentes. 5. La influencia del teletrabajo en la IPT. 6. Jubilación e IP. 7. Compatibilidad entre IPT e ingreso mínimo vital. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia (España).

Permanent Invalidity and Its Compatibility with Other Benefits and with Work. Does the Current Model Resist a Reading with a Gender Perspective?

ABSTRACT: Could be made an interpretation with a gender perspective of the rules that regulate in our legal system the benefit for total permanent invalidity for the habitual profession? Could digitization of society influence the current configuration of the aforementioned benefit? In the present paper a tour of different controversial aspects is made, trying to provide the reader with an updated vision of the real contours that, for the moment, this benefit presents in our Social Security system, affected, as is known, by constant regulatory and jurisprudential changes.

Key Words: Total permanent invalidity, teleworking, gender perspective, compatibility with work, challenges of the model.

1. Consideraciones iniciales

Aunque las mujeres representan el 52% del total de pensionistas en España¹, un análisis pormenorizado de los datos anuales permite comprobar que este aparente equilibrio entre géneros encubre todavía muchas desigualdades. Y es que la presencia femenina y masculina es muy desigual dependiendo del tipo de prestación en concreto a la que nos estemos refiriendo. Se detecta, por ejemplo, que la presencia femenina es más acusada en las prestaciones de menor importe y en las que exigen un periodo de carencia más breve.

Si la prestación más feminizada por excelencia es la viudedad (en la que nada menos que el 95,9% de los beneficiarios son mujeres)², en sentido contrario, la más masculinizada es la Incapacidad Permanente (IP), en la que la presencia femenina es todavía más baja si cabe (37,1%) que la registrada en la pensión de jubilación (39%)³.

Si son principalmente factores biológicos los que determinan la mayoritaria presencia femenina en las prestaciones por viudedad (aunque no los únicos, como la desigual incorporación de la mujer al trabajo y la brecha de género, que hace que potenciales beneficiarios varones no la reciban al superar el tope de la pensión máxima), a diferencia de aquella, son muchos y variados los motivos los que influyen en el hecho de que la IP se haya manifestado en la práctica española como una prestación fuertemente masculinizada: desde la mayor presencia que históricamente han tenido los varones en las actividades que exigen un mayor desgaste físico, pasando por la relativamente reciente plena incorporación de la mujer al trabajo y las interrupciones sobre la carrera de cotización que, pese a las medidas correctoras implantadas, sigue provocando la atención de las cargas familiares, con indudable influencia sobre los periodos de carencia exigidos, hasta la invisibilización que en ciertas ocasiones pueden sufrir los efectos incapacitantes de ciertas enfermedades típicamente femeninas⁴, han contribuido a generar la situación descrita.

¹ Según los datos oficiales que cada año publica la propia SEGURIDAD SOCIAL, *Pensionistas*, en www.seg-social.es, 30 noviembre 2022, y que son muy reveladores.

² Seguida por la prestación en favor de familiares con 66 beneficiarias por cada 100 pensionistas.

³ También según las estadísticas publicadas por la SEGURIDAD SOCIAL, *op. cit.*

⁴ Sobre estas cuestiones, entre otros, véanse J.M. MORAGUES MARTÍNEZ, *Fibromialgia: ¿cuándo causa derecho a una prestación de incapacidad permanente?*, en *Economist & Jurist*, 2022, n. 262, y C. MOLINA NAVARRETE, *La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre*, en *CEF Gestión*, 2022, n. 281. También

Pero entre todas las prestaciones que hoy en día reconoce nuestro sistema de Seguridad Social, la IP no solo es la más masculinizada⁵ de todas ellas, sino también, la más litigiosa⁶. Es también un cúmulo de factores el que provoca este hecho: no solo se computan aquí las controversias derivadas del no reconocimiento, sino también las derivadas de la recalificación del grado de incapacidad, con gran diferencia no solo en el importe de la pensión reconocida, sino también en su tratamiento fiscal. Ciertos sujetos, quieren ver en la IP una especie de vía de escape que permita salir de la concatenación *ad nauseam* de trabajos poco cualificados, sustancialmente estacionales⁷. Y es que en estos trabajos precarios la Incapacidad Permanente Total (IPT) se plantea como una mínima garantía de estabilidad económica.

Por lo que a la compatibilidad entre prestación y trabajo se refiere, puede afirmarse que, mientras la compatibilidad que es excepcional en la Incapacidad Permanente Absoluta (IPA)⁸ y en la Gran Invalidez (GI)⁹, es

sobre la problemática identificación de enfermedades que, científicamente, han demostrado ser típicamente femeninas, *cf.* L.D. ANCHUNDIA-REYES, G.A. BARCIA-GUERRERO, *Algunas apreciaciones sobre las enfermedades autoinmunes*, en *Dominio de las Ciencias*, 2016, n. especial 3, y A.M. TORRES LIMA, A.Y. RODRÍGUEZ TORRES, *Epigenética y enfermedades autoinmunes sistémicas*, en *Revista Cubana de Reumatología*, 2015, n. 3. También sobre causas desencadenantes de situaciones constitutivas de una incapacidad permanente exclusivamente femeninas, véase M.J. ROMERO RÓDENAS, *Incapacidad permanente absoluta como consecuencia de las graves lesiones sufridas en el parto: consideración de accidente no laboral y no enfermedad común. Interpretación con perspectiva de género*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2020, n. 7.

⁵ *Cfr.* SEGURIDAD SOCIAL, *op. cit.*

⁶ Como revela C.L. GÓMEZ GARCILLÁN, *La incapacidad permanente y su impacto en el sistema español de Seguridad Social*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2016, supl. extra., p. 64.

⁷ Al respecto, C.L. GÓMEZ GARCILLÁN, *op. cit.*, p. 67, a la vista de las cifras de reconocimiento de situaciones de IP en las diferentes CCAA, pone de manifiesto que «parece desprenderse claramente que el grupo de provincias con una incidencia más elevada en incapacidad permanente acusa tasas de paro también más elevadas que el grupo con incidencia menor».

⁸ Al respecto, es el art. 198.2 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) el que deja abierta la puerta a la compatibilidad, cuando dispone que «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». Por lo tanto, estos episodios de compatibilidad, por sí solos no tienen que por qué indicar ni mejoría del inválido ni error en la calificación inicial del grado de IPA, sino que el sujeto en cuestión ha encontrado con mucho esfuerzo un resquicio en el mercado en el que todavía puede explotar, sin poner en peligro su salud, las capacidades laborales que todavía conserva, aunque estas sean muy residuales. Esta cuestión la analiza M.J. ROMERO RÓDENAS, *Compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena a*

la forma habitual de desarrollo de la IPT, factor que ha determinado la propia configuración de la prestación en sí en nuestro ordenamiento jurídico. Pese a todo, todavía quedan muchas cuestiones pendientes de aclarar en torno al verdadero alcance la posibilidad de compatibilizar la percepción de una prestación por IPT con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, y también, sobre los efectos que esta compatibilidad puede provocar a medio o largo plazo. Y no solo eso. Si este tema de la compatibilidad entre IPT y trabajo es ya por sí mismo un tema complejo, más complejo si cabe es dilucidar en qué supuestos y bajo qué presupuestos una eventual prestación por IPT puede ser o no compatible con otra prestación del sistema. Y es que, como a continuación se analiza con más detalle, es precisamente aquí donde se empiezan a vislumbrar ciertas prácticas que, quizá hoy, en pleno siglo XXI, en una sociedad cada vez más preparada para detectar fenómenos ocultos de discriminación indirecta entre mujeres y hombres, no superarían una revisión crítica realizada con perspectiva de género.

2. La perspectiva de género en la IPT

Desde la entrada en vigor de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI), un nuevo criterio interpretativo se sumó a los ya previstos en el art. 3 CC: la interpretación de las normas con perspectiva de género¹⁰. Tanto el art. 14 CE como el

tiempo parcial, al no ser perjudicial o inadecuado al estado del trabajador. STS-SOC núm. 233/2019, de 20 de marzo, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 4. Adviértase que sobre esta cuestión ya existe una consolidada jurisprudencia que admite, de forma amplia y flexible, la compatibilidad entre IPA y trabajo sin necesidad de que las nuevas actividades desarrolladas por el inválido sean «superfluas, accidentales o esporádicas» (*ibidem*, p. 3), entendiéndose que el derecho al trabajo no puede negarse tal derecho a quien se encuentre en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE, y cualquier otra respuesta perjudicaría la integración social y laboral de los afectados.

⁹ Cuestiones que se abordan en J.F. BLASCO LAHOZ, *Prestaciones por incapacidad. Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente, Invalidez del SOVI e Invalidez no contributiva*, Tirant lo Blanch, 2022. También véase B.M. LÓPEZ INSUA, *La compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente absoluta*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, BOE, 2021.

¹⁰ Son ya muchos los ejemplos en los que se demuestra que, jueces y tribunales están cada vez más implicados con la igualdad de género, y aplican cada vez con más rigurosidad la interpretación con perspectiva de género a que obliga a todos los operadores jurídicos la LOI. Sobre esta cuestión véase el interesante comentario que realiza A.V. SEMPERE NAVARRO, *La 'perspectiva de género' llega a la jurisprudencia*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2021, n. 975. En similares términos, véanse los diferentes

art. 17 ET y los arts. 6-8 LOI definen los fenómenos de discriminación directa o indirecta por motivos de género.

Por lo que a la discriminación por razón de género en el ámbito de la relación laboral se refiere, resulta interesante destacar que la gran mayoría de situaciones de discriminación que se presentan hoy son precisamente, ejemplos de discriminación indirecta¹¹. Con ello se está constatando que el mercado de trabajo cada vez está más sensibilizado y mejor preparado para detectar y corregir a tiempo los ejemplos de discriminación directa, evitando que se produzcan o anulando sus efectos con rapidez, al identificarlos con facilidad. Muchas veces incluso, estos episodios de discriminación indirecta no tienen lugar por decisiones o comportamientos empresariales, sino lo que resulta más curioso, por el propio legislador, al regular determinada materia, lo que muchas veces contribuye a invisibilizar el problema¹².

Por mucho que nuestro ordenamiento jurídico proclame sin reservas el derecho de las personas trabajadoras a obtener igual retribución cuando realizan trabajos de igual valor (art. 14 CE y arts. 17 y 28 ET), en la práctica, las diferencias retributivas vienen derivadas de las diferencias en las condiciones del trabajo que realizan hombres y mujeres¹³. Nadie

comentarios publicados por Poyatos i Matas, en favor de la interpretación judicial con perspectiva de género, en especial [Nueva sentencia con enfoque de género en el ejercicio del derecho a cuidar y trabajar. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 27 Agosto 2019 \(rec. 533/2019\)](#), en [iQual, 2020, n. 3](#). También en torno a este tema, véanse las interesantísimas aportaciones de F. CAVAS MARTÍNEZ, [La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo](#), en [Revista de Derecho de la Seguridad Social, 2021, n. 29](#).

¹¹ Como pone de manifiesto Á.L. SANZ PÉREZ, *La igualdad en las relaciones laborales. La discriminación «indirecta» por razón de sexo*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2021, n. 1, «Esta protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no sólo se refiere al embarazo y maternidad, sino que el Tribunal lo ha extendido también al ejercicio por la trabajadora de los *derechos asociados a la maternidad*. Estos derechos, son reconocidos por el Ordenamiento jurídico indistintamente al hombre y a la mujer para estimular cambios en la cultura familiar y promover el reparto de responsabilidades, sirven principalmente para *compensar las dificultades y desventajas que agravan la posición de la mujer trabajadora*».

¹² *Cfr. in extenso*, sobre esta cuestión, F. CAVAS MARTÍNEZ, *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Aranzadi, 2021.

¹³ Éstos y otros temas se analizan con detenimiento en la obra colectiva de M.C. LÓPEZ ANIORTE, E.M. RUBIO FERNÁNDEZ (dirs.), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre mujeres y hombres*, Laborum, 2019. Por su parte, E. ROALES PANIAGUA, [El trabajo de igual valor y la transparencia social como elementos clave en la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y hombres](#), en [Noticias CIELO, 2019, n. 4](#), insiste en la importancia esencial de la igualdad retributiva para terminar con la brecha de género. Similares reflexiones se encuentran en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *Cerrando la brecha salarial: la apuesta por la igualdad retributiva*

discute que es la conjunción de múltiples factores la que desencadena que, estadísticamente, las mujeres perciban, de media, menor retribución salarial y menor cobertura por parte de la Seguridad Social que los hombres, efectos que se manifiestan con especial intensidad en el momento de percibir prestaciones de jubilación: mayor temporalidad y parcialidad¹⁴, la existencia frecuente de lagunas de cotización derivadas del abandono temporal del puesto de trabajo durante los meses siguientes al nacimiento de un hijo, la alta incidencia de trabajo no declarado sobre la mano de obra femenina, la escasa importancia que se concede en el ámbito social y familiar al emprendimiento femenino, son sólo algunas de las diversas causas que vienen provocando esta situación, que, al menos por el momento, no han conseguido remediar las distintas iniciativas normativas puestas en marcha en los últimos años con el fin de compensar estas diferencias.

Así pues, a la espera de poder confirmar cuáles son los datos definitivos que arroja el año 2022 y valorar la incidencia real que ha tenido la reestructuración de las modalidades contractuales que emprendió la última reforma laboral, en nuestro ordenamiento jurídico, las mujeres suscribían hasta ahora, cada año, 6 de cada 10 nuevos contratos temporales o a tiempo parcial. Al mismo tiempo, las categorías profesionales no cualificadas que exigen menor esfuerzo físico (tradicionalmente ocupadas por personas de sexo femenino) siguen ocupando los escalones más bajos

por razón de género, en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, M.R. MARTÍNEZ BARROSO (dirs.), *La empleabilidad y calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, Sepin, 2019. Centrando el análisis de la cuestión a la Región de Murcia, resultan muy interesantes las apreciaciones de P.J. HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, *La brecha salarial de género en la Región de Murcia*, Consejo Económico y Social Murcia, 2019, *Resumen ejecutivo*.

¹⁴ En la práctica, hasta ahora, a la espera de conocer cuál ha sido la incidencia real que sobre nuestro mercado de trabajo ha tenido la reciente revitalización del contrato fijo discontinuo, eran las mujeres las que con mayor frecuencia que los hombres se alejan del modelo paradigmático que representa la contratación indefinida y a jornada completa. Se trata ésta de una circunstancia que no sólo influye sobre el poder adquisitivo de las trabajadoras a lo largo de su vida activa, sino que también seguirá proyectando sus efectos tras la jubilación. Pero no sólo eso, también las dificultades de acceso al empleo por parte de las mujeres son más altas: valorando en su conjunto la totalidad de los contratos de trabajo firmados a lo largo del año (tanto indefinidos como temporales, a jornada completa o parcial y en cualquiera de las modalidades reconocidas en la legislación laboral) se aprecia que, en el conjunto del país, los hombres concertaron prácticamente seis de cada diez nuevos contratos de trabajo, y en cambio las mujeres, poco más de cuatro. Datos que se reflejan en CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2021*, 2022.

de las pirámides retributivas en empresas y sectores de actividad¹⁵. A esta situación de precariedad femenina no escapa el trabajo autónomo, pues sólo corresponden a mujeres emprendedoras poco más de 3 de cada 10 nuevas altas en el RETA (y, además, registrando inversiones de negocio sustancialmente más reducidas que los negocios regentados por varones)¹⁶. A salarios más bajos y carreras de cotización más cortas corresponderán periodos de carencia más breves y bases de cotización más pequeñas, sin que exista por el momento ninguna estrategia infalible que permita atajar definitivamente esta relación causa efecto¹⁷. De esta forma, la llamada “brecha de género” en las pensiones no es más que el resultado directo de un desequilibrio prolongado en el tiempo de las condiciones laborales y retributivas que vienen sufriendo las mujeres en relación con los hombres.

Respecto a esta cuestión, son dos las conclusiones, íntimamente conectadas entre sí, las que se pueden extraer del análisis de la situación comentada:

- por una parte, que la plena incorporación de la mujer al mercado de trabajo de la que hablan políticos y periodistas no es cierta. Adolece de tantos defectos que no puede considerarse una realidad alcanzada. Y es que mientras el empleo femenino se siga viendo en determinados sectores como un mero complemento a la economía familiar, no se conseguirá el equilibrio;
- por otra, que no es el género en sí mismo, sino su vinculación directa con la maternidad y el cuidado familiar, el factor que provoca la desigualdad a la que se ha hecho reverencia, revelando así que la “corresponsabilidad” entre hombres y mujeres en la atención de las

¹⁵ Cfr. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*

¹⁶ Cfr. los datos de los últimos años reflejados en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Economía Social – Autónomos. Datos estadísticos. Personas físicas trabajadoras por cuenta propia afiliadas a la Seguridad Social*, en www.mites.gob.es, 22 septiembre 2022. También, sobre esta cuestión, véase el estudio elaborado por A. FERNÁNDEZ LAVIADA, M.M. FUENTES FUENTES (dirs.), *Emprendimiento de mujeres en España. Análisis con datos GEM 2020*, Observatorio del Emprendimiento de España, 2021.

¹⁷ En relación con este problema, la obligación de registro salarial (RD 902/2020, de 13 de octubre) intenta visibilizar y atajar ejemplos de discriminación vinculados a una incorrecta valoración del nivel de complejidad, responsabilidad o formación requerida para desempeñar puestos de trabajo sustancialmente iguales, aunque, por su propia naturaleza, no va a ser capaz de erradicar todos los factores concurrentes que, en la práctica, condicionan la brecha salarial entre mujeres y hombres. También los planes de igualdad, desde la entrada en vigor del RD 902/2020, tienen la obligación de abordar, necesariamente, entre otras materias, la igualdad de género en la retribución de su plantilla.

cargas familiares que proclaman educadores y sociólogos es, por el momento, una utopía sin reflejo práctico real. Las cifras de empleo y de cotización a la Seguridad Social son claras al respecto, y querer obviar la realidad social de la que proviene la diferente cobertura social que perciben mujeres y hombres, no hará más que cronificar el problema.

El resultado directo se comprueba con facilidad: los complementos que perciben en España las pensiones inferiores a la mínima demuestran ser en la práctica complementos sustancialmente femeninos¹⁸. Idénticas apreciaciones pueden hacerse respecto a la IPT cualificada que, como es sabido en España disfrutaban las personas que, pese a tener teóricamente la posibilidad de compatibilizar su prestación de IPT con otro trabajo, su edad o cualificación hacen presuponer que será especialmente difícil encontrar una nueva ocupación compatible con su estado (art. 196.2 LGSS), que también han demostrado ser prestaciones, por esencia, femeninas¹⁹. Y es que no se puede negar que, como las estadísticas cada año se ocupan de confirmar, en caso de tener más de 55 años, sufrir una enfermedad, discapacidad o haber sido declaradas en situación de IPT, las mujeres se enfrentan a dificultades más serias para encontrar un puesto de trabajo compatible con su estado²⁰, lo que las convierte en colectivos especialmente vulnerables en el mercado laboral²¹.

Precisamente al respecto sorprende comprobar la escasa frecuencia con que las empresas españolas asumen compromisos de recolocación de los trabajadores o trabajadoras declarados en situación de IPT. Al respecto, recuérdese que, mientras las situaciones de IP parcial generan obligación de conservación del puesto de trabajo (aunque se permite la adaptación funcional y salarial)²², no existe una previsión normativa equivalente para

¹⁸ Como se aprecia según los últimos datos estadísticos publicados en INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2022*, 2022.

¹⁹ Cfr. los datos actualizados en INSTITUTO DE LAS MUJERES, *Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales – Pensiones no contributivas*, en www.inmujeres.gob.es, 18 octubre 2022.

²⁰ Según una encuesta realizada conjuntamente por el INE, IMSERSO y Fundación ONCE, en España, la tasa de desempleo de las mujeres con discapacidad alcanza el 84%, duplicando prácticamente tasa de desempleo entre los hombres con discapacidad, datos que a su vez recoge el Ministerio en su página web: cfr. INSTITUTO DE LAS MUJERES, *Mujeres con discapacidad*, en www.inmujeres.gob.es, 19 abril 2022.

²¹ Éstas y otras cuestiones se analizan en CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*

²² El art. 1 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, todavía vigente, sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores discapacitados, reconoce el derecho del trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente parcial, a ser

las situaciones de IPT, ni siquiera en los supuestos en los que en la empresa en cuestión existiera una vacante compatible con la nueva capacidad profesional del trabajador al que se le ha reconocido una situación de IPT. Como es sabido, la situación de IPT inhabilita al trabajador para desarrollar las funciones básicas de su profesión habitual, pero no otras distintas. Por lo tanto, este trabajador podrá encontrar una nueva actividad, profesional que pueda realizar, bien por cuenta ajena, bien por cuenta propia, a pesar de las limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que sufre.

Ahora bien, la IPT no siempre determina automáticamente la extinción del contrato de trabajo, pues a través de la negociación colectiva o acuerdo individual se podrían establecer alternativas en beneficio del trabajador afectado. A pesar de su loable finalidad, en la práctica resultan excepcionales los convenios colectivos que asumen el compromiso de reclasificación de aquellos trabajadores que, por edad, enfermedad o cualquier otra razón, hayan sufrido una merma de su capacidad física o psíquica. Se trataría éste de un supuesto en el que, por voluntad acorde de las partes, no se produciría la extinción del contrato de trabajo por IPT, sino una novación de su objeto, pasando el trabajador a ocupar otro puesto de trabajo y a desarrollar funciones acordes con la capacidad laboral residual que conserve, conservando la prestación de IPT que tuviera reconocida, pero sin tener que pasar el trance de buscar en el mercado, con las dificultades que ello supone, un nuevo puesto de trabajo compatible con su estado, porque ha podido encontrarlo en su entorno más cercano: la empresa en la que prestaba servicios.

Debe tenerse en cuenta también que, en caso de reclasificación profesional por cualquier causa, la retribución, en principio, corresponderá al trabajador, se fijará atendiendo a las nuevas funciones realizadas. Por este motivo, ciertos convenios colectivos que incluyen un compromiso de segunda actividad optan también por incluir un compromiso complementario en virtud del cual, el paso a una segunda actividad, llevaría aparejado también el mantenimiento del salario que el trabajador viniera percibiendo, de ser éste superior²³. Ahora bien, si hoy en día no son demasiado frecuentes los compromisos convencionales de segunda actividad, los pactos de conservación del salario, puede decirse que se

reubicado en un puesto de trabajo adecuado con su capacidad residual, pero esta protección no se ha hecho extensiva ni a la IPT, ni a la ineptitud sobrevenida.

²³ En cualquier caso, no dejan de ser estos compromisos excepcionalísimos, pues son muy pocos los convenios colectivos que cada año se suscriben en nuestro país que incorporan una cláusula de estas características. *Cfr.*, al respecto, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*

convierten en medidas excepcionalísimas.

3. El contrato fijo discontinuo: ¿un aliado para el empleo femenino?

Es cierto que la elevadísima temporalidad era uno de los vicios de los que adolecía el mercado de trabajo español. Algo estaba fallando cuando más del 90% de los contratos que cada año se concertaban en nuestro país tenía una duración limitada en el tiempo. A su vez, si lo que se trataba es de valorar el grado de temporalidad por géneros, se apreciaba, como se ha adelantado, que las mujeres eran las más perjudicadas: aunque solo estaban concertando 4 de cada 10 contratos de trabajo firmados en nuestro país²⁴, en cambio, suscribían 6 de cada 10 contratos temporales y también, 6 de cada 10 contratos a tiempo parcial. Se demostraba así que la precariedad laboral era más intensa sobre el colectivo de trabajadores de sexo femenino: únicamente un 3% del total de los contratos indefinidos y a jornada completa que se celebran cada año, afectan a trabajadoras²⁵.

Con el fin de poner freno a esta triste realidad, el RD-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral promulgó una serie de estrategias destinadas a limitar la contratación laboral temporal y potenciar el trabajo fijo discontinuo: reducción de las modalidades de contratación temporal, redefinición de las causas que les dan origen e intensificación de las sanciones derivadas de la falta temporalidad son solo algunas de ellas. Junto a ellas, se perfila y perfecciona una figura ya conocida en nuestro ordenamiento jurídico: el contrato fijo discontinuo, intentando extraer de él todo su potencial. A unos meses del cierre del año, las estadísticas mensuales sobre contratación laboral arrojan resultados muy exitosos, por lo que parece que, por fin, gracias a una estrategia combinada, se ha logrado moderar la utilización abusiva y/o excesiva, de la contratación laboral temporal en España. Pero estas medidas destinadas a frenar la temporalidad de la que adolece el mercado de trabajo español tienen también una gran influencia en cuestiones de género: moderada la temporalidad, se moderan también las principales

²⁴ Cada año las estadísticas de contratación laboral y empleo se ocupaban de recordar que la igualdad de géneros no se ha completado: las mujeres siguen presentando un porcentaje de ocupación laboral muy inferior al masculino. Al respecto, *cf.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA, *op. cit.*

²⁵ Sobre el grado de temporalidad del mercado laboral y sobre su incidencia sobre la contratación femenina, véase el análisis que cada año realiza la Memoria sobre la situación socio-económica del país del Consejo Económico y Social.

causas que desencadenan la brecha de género en salarios y en pensiones que hasta ahora registraba nuestro modelo de relaciones laborales. Y es que el contrato fijo discontinuo, aunque no pone fin del todo a las interrupciones en la carrera de cotización, al menos sí atempera bastante las que provocaba, sin duda, la contratación temporal, de la que resultaban más afectadas, por motivos variados, aunque intrínsecamente vinculados a situaciones de conciliación, las mujeres en comparación con los hombres. Y es que el trabajador tendrá al menos una mínima estabilidad laboral, sabiendo que la empresa necesitará de nuevo sus servicios en la siguiente campaña, al mismo tiempo que se han reformulado las reglas de acceso al subsidio por desempleo para facilitar la cobertura económica de los periodos de inactividad (y con ello, su consideración como tiempo cotizado a efectos del futuro devengo de aquellas prestaciones que, como la IP o la jubilación, exigen un prolongado periodo de carencia). En definitiva, la revitalización del contrato fijo discontinuo tiene una clara influencia sobre la atemperación de la brecha de género, la reducción de la precariedad laboral femenina e indirectamente, la minoración de las diferencias de oportunidades que en la práctica existen a la hora de acceder a determinadas prestaciones (como es el caso de la IP que ahora nos ocupa), entre hombres y mujeres, que en la práctica se veían agravadas por la alta temporalidad que lastraba con especial intensidad el empleo femenino.

A la vista de estos datos, puede anticiparse que la mayor estabilidad en el empleo en general contribuirá a medio plazo a equilibrar la diferencia entre géneros que actualmente se registra en el número de beneficiarios de las prestaciones que exigen un periodo de carencia más amplio: esto es, IP y jubilación. Otra cosa diferente será asegurar que las bases de cotización que determinan la base reguladora de éstas son también equivalentes, pues en ello influyen otra serie de factores de diferente índole. En cualquier caso, la revitalización que en los últimos meses ha experimentado el contrato fijo discontinuo, a corto plazo, puede servir para unificar las vidas laborales de mujeres y hombres en muchos sectores, repercutiendo muy positivamente en carreras de cotización que hasta ahora eran intermitentes e inciertas, pero que a partir de ahora gozarán (al menos) de una relativa continuidad en el empleo.

4. Un nuevo reto para la igualdad de género: compatibilidad entre incapacidades permanentes

Mucho más conectado con la cuestión que se acaba de abordar de lo que a

primera vista podría parecer, existe otro problema que puede, posiblemente sin pretenderlo, intensificar la desigualdad entre géneros en el acceso a las prestaciones por IP.

Tradicionalmente, en virtud de lo dispuesto hoy en el art. 163 LGSS (y antes en el art. 122 LGSS 1994), se admite en nuestro sistema de Seguridad Social la compatibilidad entre prestaciones causadas en distintos regímenes y por diferentes causas, pero no entre prestaciones generadas en el mismo régimen, aunque provengan de causas diferentes. Ahora bien, recientemente una sentencia del TJUE obliga a España a replantearse la regla vigente, y lo hace, curiosamente, apoyándose en cuestiones de género²⁶, consiguiendo visibilizar situaciones de discriminación que antes pasaban totalmente desapercibidas.

Si los dos grandes regímenes de Seguridad Social que actualmente quedan vigentes son sin duda el RGSS y el RETA, se aprecia también que los eventuales supuestos de compatibilidad entre prestaciones de IPT causadas en regímenes diferentes se están reconociendo por tanto entre prestaciones generadas una en el RETA y la otra en el RGSS. Ahora bien, aunque este dato en principio podría parecer un hecho neutro, totalmente desconectado de cuestiones relativas al género de los potenciales beneficiarios, esto no es así. Realizando un análisis detallado de la cuestión se puede fácilmente comprobar que la presencia femenina en el RETA es en realidad, muy pequeña, lo que demuestra que este régimen se encuentra actualmente profundamente masculinizado²⁷. Es difícil explicar cuáles son los motivos que llevan a las mujeres a ser más reacias que los hombres a la hora de emprender una actividad profesional por cuenta propia. Posiblemente la respuesta a estas cuestiones supere los contornos del Derecho del Trabajo y pase a situarse más bien en un plano económico y psicológico. Y es que quizá sean las personas de sexo femenino las que con más frecuencia temen invertir sus ahorros y esfuerzos en la puesta en marcha de un nuevo negocio, sospechando que, posteriormente, sus obligaciones familiares y personales no les van a permitir dedicar el

²⁶ Interesantísima sentencia que comentan, entre otros, J.L. MONEREO PÉREZ, B.M. LÓPEZ INSUA, *Compatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente, discriminación indirecta por razón de género y viabilidad financiera del sistema de Seguridad Social: tres avatares en conflicto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2022, as. C-625/20: KM e Instituto Nacional de la Seguridad Social*, en *La Ley Unión Europea*, 2022, n. 106, y A. PRECHAL, *Normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen legal de seguridad social: TJ, Sala Segunda, S 30 Jun. 2022. Asunto C-625/20: KM e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, en *La Ley Unión Europea*, n. 106, 2022.

²⁷ Cfr. los datos de los últimos años reflejados en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *op. cit.*

tiempo y esfuerzo que toda actividad profesional requiere para tener una implantación y un desarrollo exitoso, al mismo tiempo que encuentran más dificultades a la hora de financiar el coste inicial que sin duda todo lanzamiento de una actividad profesional representa.

Apoyándose en estos datos, y a la vista de la normativa española, el Juzgado de lo Social n. 26 de Barcelona formula al TJUE una petición de decisión prejudicial, con el fin de determinar si la normativa nacional controvertida establece una discriminación indirecta por razón de sexo y género, teniendo en cuenta que las mujeres tienen menos probabilidades que los hombres de compatibilizar las prestaciones de estos dos regímenes²⁸.

En el caso que ahora valora la STJUE 30 junio 2022²⁹, la trabajadora en cuestión fue declarada en el año 1999 en situación de IPT para su profesión habitual de auxiliar administrativa, «derivada de una enfermedad común relacionada con un infarto cerebral», y se le concedió una pensión con arreglo al RGSS. Dieciocho años más tarde, cuando la trabajadora prestaba sus servicios como subalterna de casal, sufrió un accidente no laboral que le provocó la ruptura de un fémur, y fue nuevamente declarada en situación de IPT para su profesión habitual.

A la vista de la situación, el TJUE realiza la siguiente reflexión ¿cuándo va a poder la mujer compatibilizar dos prestaciones de IPT si su presencia en el trabajo por cuenta propia es un día tan residual? Entiende el TJUE que «el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE [...] se opone a una normativa nacional que [...] sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, [...] respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo»³⁰. Y es que aunque los argumentos sostenidos por el Gobierno de la nación y por el INSS justifican esta postura en la necesidad de «preservar la viabilidad del sistema de Seguridad Social»³¹, entiende el TJUE que «las consideraciones de índole presupuestaria no puedan justificar una discriminación en perjuicio de uno de los sexos»³²,

²⁸ El órgano jurisdiccional remitente señala que, del total de los trabajadores afiliados al Régimen General de la Seguridad Social, el 48,09% son mujeres, porcentaje que desciende al 36,15% en el caso del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

²⁹ Asunto C-625/20, *KM c. Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.

³⁰ *Ibidem*, apartado 68.

³¹ *Ibidem*, apartado 59.

³² *Ibidem*, apartado 60.

apreciando también que «las consecuencias presupuestarias de la acumulación de varias pensiones de IPT no parecen ser muy diferentes en función de que se conceda dicha acumulación para pensiones obtenidas en virtud de un mismo régimen o en virtud de distintos regímenes, tanto más cuanto que, como en el caso de autos, el trabajador afectado adquirió el derecho a sus dos pensiones considerando distintos períodos cotizados»³³, de forma que «de lo anterior se deduce que, sin perjuicio de que el tribunal remitente compruebe este extremo, la normativa nacional controvertida en el litigio principal no se aplica de manera coherente y sistemática, de modo que no puede considerarse adecuada para alcanzar el objetivo invocado»³⁴.

Ahora bien, como se puede apreciar el TJUE no determina directamente la compatibilidad entre prestaciones causadas en un mismo régimen, ni obliga tampoco a reformular el art. 163 LGSS con el fin de impedir cualquier forma de compatibilidad entre prestaciones, aunque hayan sido generadas en regímenes distintos, sino que será ésta una decisión de política legislativa que en breve deberá abordar el ordenamiento jurídico español.

Y es que, si el legislador español opta por ampliar los supuestos de compatibilidad entre prestaciones, ¿tendrá que hacerlo de forma generalizada o solo para supuestos de IPT? ¿Habrá discriminación indirecta en otras formas de incompatibilidad entre prestaciones públicas que todavía estemos pasando por alto? Y es que, si fuera aquel el caso, obviamente se va a optar por la eliminación total de cualquier forma de compatibilidad (incluso entre prestaciones causadas en regímenes diferentes si con ello se pretende salvaguardar la igualdad de género) antes que abrir una puerta que podría suponer un ingente gasto en las ya mermadas arcas de la Seguridad Social. En cualquier caso, habrá que esperar a conocer cuál es la posición que finalmente toma nuestro legislador al respecto, una vez que el TJUE le ha conminado a reformular el tratamiento jurídico de la cuestión.

5. La influencia del teletrabajo en la IPT

En España, el 56% de cerca del millón de pensionistas de IP que existen es perceptor de una prestación por IPT. Si intentamos buscar, estadísticamente, un rasgo que las agrupe, puede decirse que el

³³ *Ibidem*, apartado 64.

³⁴ *Ibidem*, apartado 65.

reconocimiento de este tipo de prestación es más frecuente en trabajos poco cualificados, estacionales y que requieran esfuerzo físico en su desempeño.

Estos datos obligan a reflexionar sobre varios aspectos: en primer lugar, en una sociedad profundamente tecnologizada ¿realmente el esfuerzo físico es ya exigible en tantas prestaciones como antes? La digitalización de la empresa y de los puestos de trabajos, aparentemente, podría cambiar estos porcentajes, llegando incluso a reducir sustancialmente el número de beneficiarios potenciales de IPT. En segundo lugar, pero íntimamente conectado con la cuestión anterior, contar con una formación tecnológica básica, puede conseguir que un beneficiario de IPT, independientemente de su edad o profesión anterior, se incorpore de nuevo al mercado de trabajo, encontrando con rapidez una segunda actividad compatible con su estado. Se trata de reflexiones que podrían tener gran trascendencia económica para nuestro sistema de Seguridad Social: reduciendo el número de sujetos en situación de IPT o al menos, consiguiendo minorar el número de personas que a su vez perciben una IPT cualificada (al presuponerse que, por motivos de edad o formación, difícilmente encontrarán ya una segunda actividad compatible con su estado)³⁵ se logra a su vez reducir de forma significativa el gasto en pensiones. Pese a todo, parece que todavía nuestro legislador no es del todo consciente de las ventajas que en este sentido reportaría el teletrabajo.

Pese a todo, aunque en plena crisis sanitaria se promulgara el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre (posteriormente convalidado por la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia), destinado a regular el trabajo a distancia en nuestro país, y con el que, a pesar de lo que en un principio se esperaba, no se ha previsto el teletrabajo como modalidad preferente exigible a las empresas ni para hacer frente a los problemas de conciliación de sus empleados, ni como forma de colaboración en la reducción de la emisión de gases de efecto invernadero³⁶, ni siquiera tampoco, para garantizar el cumplimiento de las medidas de distanciamiento recomendadas en épocas de pandemia. Tampoco se ha configurado el teletrabajo como una estrategia destinada a potenciar el

³⁵ Art. 196.2 LGSS y art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

³⁶ Si la reducción del consumo energético contribuye a frenar el cambio climático, no se puede negar que las empresas desempeñan un importantísimo papel en la reducción tanto del consumo energético directo como del indirecto. Sin duda, el legislador podría haber dado un paso muy importante que hubiera incentivado a las empresas a reducir la contaminación vinculada al transporte: potenciar el teletrabajo, pero no lo hace ni con la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, ni con la Ley 10/2021.

empleo de las personas con discapacidad ni a reducir el gasto público en pensiones. Y es que no se puede olvidar que el teletrabajo puede ser la herramienta perfecta para evitar declaraciones de incapacidad temporal (IT) e IPT adaptando, cuando sea posible, la forma de prestación de servicios e incluso, para potenciar la prolongación de la vida activa de los sujetos invitándolos a retrasar el momento de su jubilación. Y si es así, ¿por qué no estimular el teletrabajo en aquellas empresas y actividades en las que sea posible implantarlo, total o parcialmente, sin detrimento de la calidad del producto o servicio ofertado? ¿No ha sido la Ley 10/2021 poco ambiciosa en ese sentido? Y es que, pese a todas sus utilidades, como se puede comprobar, la regulación actual del trabajo a distancia se plantea en abstracto, todavía con muchas lagunas e inconcreciones en su régimen jurídico³⁷, sustentándolo siempre sobre el acuerdo de las partes, sin hacer referencia a la causas personales o sociales que puedan motivar la necesidad de empresas o trabajadores de recurrir a esta forma de prestación de servicios.

En definitiva, huelga decir que reduciendo los desplazamientos con finalidad laboral de las personas se consigue al mismo tiempo mejorar varios índices muy relevantes a efectos económicos: no solo se reducen las emisiones contaminantes sino que se reducen significativamente las posibilidades de sufrir un accidente de trabajo (teniendo en cuenta que, en muchas profesiones, los accidentes *in itinere* constituyen el factor más importante de siniestralidad laboral), y también, al mismo tiempo, se avanza considerablemente hacia la mejora de las oportunidades de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras³⁸. Pero no solo eso, también los teletrabajadores tendrán menos probabilidades estadísticas de encontrarse en una situación desencadenante de IP (al no ser el esfuerzo físico un factor determinante en la prestación de servicios), al mismo tiempo que, por la misma razón, el teletrabajo podría ser una interesantísima fuente de segundas actividades perfectamente compatibles con el nuevo estado de muchos trabajadores

³⁷ F.J. FERNÁNDEZ ORRICO, *Trabajo a distancia. Cuestiones pendientes y propuestas de mejora: el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, n. 58.

³⁸ Y es, si bien resulta obvio que el teletrabajo en sí mismo no es la solución perfecta a los problemas de conciliación que se registran hoy en día en el mercado de trabajo español (que, en la práctica, están lastrando la carrera profesional de las mujeres y desencadenando la brecha de género), no se puede negar que, sin duda, el ahorro de tiempo en desplazamiento que implica el teletrabajo y la flexibilidad en la distribución de la carga de trabajo que, en muchos casos permite (art. 13, Ley 10/2021), son importantes factores que ayudan a mejorar la calidad de vida de las personas trabajadoras, mejorando el tiempo de calidad que se dedica a padres e hijos.

previamente declarados en situación de IPT para su profesión habitual. Teniendo en cuenta que, en una sociedad profundamente digitalizada, el avance tecnológico que experimentan las empresas es constante y prácticamente generalizado, puede intuirse que, cada vez serán más los puestos de trabajo que se desarrollarán a través de terminales informáticas, muchas veces incluso, sin necesidad de encontrarse físicamente el sujeto en dependencias empresariales y sin requerirle una especialización demasiado intensa para desarrollar el trabajo. Pese a todo, parece que el legislador todavía no se ha dado cuenta de la importancia práctica de este dato. Y este hecho, por sí solo, puede tener una gran influencia sobre las situaciones de IPT. Aunque, en caso de declaración de IP se proclame la preferencia absoluta del sujeto para ocupar las posibles vacantes que existan en la última empresa en la que hubiese trabajado en el caso de recuperación (el art. 2 del RD 1451/1983), ¿por qué no se ha previsto, en el mismo momento en que se produce la declaración de IPT, preferencia legal alguna a la hora de ocupar posibles vacantes, en la misma empresa de los puestos de trabajo que pudieran existir que fueran compatibles con el nuevo estado del invalido, a pesar de que sería una estupenda alternativa a la pérdida del empleo? Esta ausencia convierte entonces a la posibilidad de mantenimiento del empleo en una decisión discrecional del propio empresario. Quizá ha llegado el momento de replantearse este hecho. Pero no solo eso, ¿por qué no ha articulado también el art. 2 del RD 1451/1983 una preferencia absoluta a la hora de ocupar posibles vacantes compatibles con su nuevo estado respecto a un trabajador que, desde una situación de GI o IPA, no se recupere totalmente o casi totalmente (como es el caso actualmente regulado), pero sí mejore sustancialmente, y consiga reducir su incapacidad al grado de IPT³⁹? ¿No resulta ya desfasado pensar que, en una empresa cada vez más tecnologizada, no existan puestos de

³⁹ Literalmente el citado precepto solo contempla que: «1. Los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por haberseles reconocido una incapacidad permanente total o absoluta y después de haber recibido prestaciones de recuperación profesional hubieran recobrado su plena capacidad laboral, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional. 2. Los trabajadores que hubieran cesado en la Empresa por haberseles reconocido una invalidez permanente [IPT, IPA o GI] y después de haber recibido las prestaciones de recuperación profesional continuarán afectos de una incapacidad permanente parcial, tendrán preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa en que trabajaron en la primera vacante que se produzca y que resulte adecuada a su capacidad laboral. 3. Las readmisiones que lleven a efecto las Empresas, en los supuestos previstos en este artículo, darán derecho a reducciones del 50 por 100 de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes durante un período de dos años».

trabajo que sí pueden resultar perfectamente compatibles con cierto tipo de lesiones en los que se podría fácilmente recolocar al sujeto, evitándole tener que enfrentarse a la dificultad de buscar un nuevo puesto compatible con su estado?

Y no solo eso. La tecnologización de la sociedad nos hará, a corto plazo, tener que enfrentarnos a nuevos retos, por el momento, de difícil respuesta, como por ejemplo ¿qué ocurre si, con el paso del tiempo, y sin que haya mejorado el estado del sujeto declarado en situación de IPT, lo que cambia es la forma de ejercer su oficio, de tal modo que, la prestación que antes desarrollaba y para la que fue declarado incapaz, una vez revisados sus procedimientos de trabajo y modernizados los sistemas productivos, ahora sí podría considerarse totalmente compatible con las limitaciones que sufre? En otras palabras ¿qué ocurría, por ejemplo, si el trabajador inicialmente declarado en situación de IPT, pese a no haber experimentado mejoría alguna en su estado, llegado cierto momento, sí pudiera volver a ser capaz de seguir desarrollando las funciones propias de la que fue su profesión habitual? Adviértase que no se trata éste de un supuesto improbable ni hipotético, sino que va a ser cada vez más frecuente, pues funciones tradicionalmente artesanales están ahora digitalizadas y automatizadas hasta tal punto, que su desempeño apenas requiere ya esfuerzo físico alguno, y éste hecho en la práctica suscitara el problema planteado. Entonces ¿cabría proceder a la revisión del grado de incapacidad, no por cambio en el estado físico, psíquico o sensorial del beneficiario sino a raíz de la evolución que ha experimentado, gracias a los avances tecnológicos, la forma de desarrollar la que era su profesión habitual⁴⁰? Y es que puede ocurrir que durante el periodo de tiempo transcurrido desde la declaración inicial de IPT, las condiciones físicas que exigiera en aquel momento la prestación de servicios hayan cambiado hasta tal punto, que hubieran permitido ahora reconocer la plena compatibilidad entre la lesión que el sujeto sufre y el trabajo que realizaba. Se trata de cuestión que, sin duda, por el importante ahorro que pueden conllevar para las arcas de la Seguridad Social, sería conveniente replantear. Y es que, ante esta situación, cuando se estime posible, aunque incierta o a largo plazo, la evolución de la forma de trabajar en cierta profesión u oficio, ¿ha llegado el momento de crear una nueva causa de suspensión de la relación laboral del sujeto declarado en situación de IPT,

⁴⁰ Se ha abogado por una transformación del concepto de “profesión habitual”, ya por sí ambiguo, con el fin de ir equiparándolo progresivamente al concepto de grupo profesional. En este sentido, J.M. VICENTE PARDO, *La profesión habitual: una referencia a modificar en la valoración de la incapacidad laboral*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, 2015, n. 238, p. 74.

de forma similar a la que actualmente se contempla en el art. 48.2 ET, aunque por el momento referida únicamente a la condición del trabajador? Ahora bien, lo que no se puede negar es que, si separar el concepto de “profesión habitual” del de “puesto de trabajo” ya resultaba en sí misma una ardua labor, en una sociedad digitalizada, diferenciar los cometidos laborales esenciales de la concreta categoría desempeñada por el trabajador, de las funciones básicas propias de la profesión desarrollada, puede ser ya una labor de titanes. Y es que los constantes cambios en las formas y procedimientos de trabajo que, atendiendo al estado de la técnica, se producen en cada momento, complicarán sin duda, en los próximos años, la correcta delimitación del grado de incapacidad que sufre el sujeto.

6. Jubilación e IP

A la vista de la regulación actual de la prestación por IPT no se puede dejar de destacar la que por el momento constituye una de sus principales lagunas: en muchos casos, decidir emprender una nueva actividad productiva compatible con el estado del incapacitado, no siempre produce el efecto beneficioso que en un principio parece atribuírsele. Y es que en muchos casos, la capacidad residual del sujeto declarado en situación de IPT sólo le permite encontrar un puesto de trabajo con una retribución muy inferior a la que hasta ese momento tuviera (pues puede ocurrir incluso que en éste sólo desarrolle funciones no cualificadas o a tiempo parcial). Y este hecho, aunque poco comentado por nuestra doctrina, en la práctica presenta una incidencia importantísima en el cálculo de la futura pensión de jubilación a la que pudiera acceder el sujeto.

De esta forma, desde el momento en el que la base reguladora de la pensión de jubilación se calcula tomando como referencia la cotización media de los últimos 216 meses (en 2015), puede ocurrir que la sucesión en el tiempo de una nueva actividad profesional, compatible con la situación de IPT, genere el efecto de reducir muy significativamente la base de cotización media que el sujeto en cuestión pudiera acreditar antes de ser declarado en situación de IPT.

En síntesis, aunque a lo largo de la vida activa del sujeto la posibilidad de compatibilizar la prestación por IPT con el desarrollo de una nueva actividad profesional permite incrementar los ingresos mensuales del concreto trabajador (pues seguirá percibiendo la prestación por IPT aunque encuentre una nueva actividad compatible con su estado), estos beneficios en cambio desaparecen cuando el sujeto accede a la situación

de jubilación. Y es que, como es sabido, en ese momento la base reguladora de la pensión de jubilación se calculará tomando como media las cotizaciones efectuadas en los últimos veinte años de la vida actividad del trabajador⁴¹, años que, si la declaración de IPT no fue demasiado tardía, pueden estar integrados en exclusiva o prácticamente exclusiva por las nuevas cotizaciones efectuadas en virtud de esta segunda actividad, lo que sin duda desencadena importantísimas consecuencias prácticas, que muchas veces el interesado no toma conciencia hasta que, por edad, pretende abandonar la vida activa.

En estos casos, si el sujeto en cuestión no optó en su momento por suscribir un convenio especial con la Seguridad Social con el fin de mantener su base de cotización, llegado el momento el importe de la pensión de jubilación se minorará sustancialmente en relación con lo que le hubiera correspondido no sólo de continuar con su actividad habitual si no hubiera sufrido la causa detonante de la IPT, sino incluso, en algunos casos – y esto es lo verdaderamente paradójico –, si hubiera optado por no realizar actividad profesional de ninguna clase.

Las dificultades que acceso al empleo que se presuponen a los trabajadores de más edad, hacen que se le reconozca el derecho a percibir una prestación de cuantía incrementada (en este caso hasta alcanzar un 75% de la base reguladora de la prestación), percepción que conservará, aunque esta vez bajo la denominación de pensión de jubilación, al alcanzarla edad legal de jubilación.

Es precisamente el hecho de que en muchas ocasiones la pensión de jubilación derivada de una prestación por IPT cualificada tenga una cuantía más elevada que la que le hubiera correspondido al sujeto de haber acreditado una nueva base reguladora (esta vez de inferior cuantía) en atención a la nueva actividad realizada, lo que en muchas ocasiones bien desincentiva cualquier intento de reincorporación al mercado de trabajo por parte de los trabajadores de más edad, bien los tienta a participar en la economía sumergida, con los inconvenientes que ambas posibilidades sin duda generan.

Debe admitirse que ninguna explicación tiene que, en pleno siglo XXI, el hecho de que un sujeto voluntariamente decida compatibilizar su situación de IPT con un trabajo productivo, con el esfuerzo que ello implica, en lugar de ser premiado en el momento de acceder a la pensión de

⁴¹ Según la tabla progresiva incluida en la DF 12ª de la Ley 27/2011, de 1º de agosto. Tras este incremento progresivo, las bases de cotización a tener en cuenta pasaran de ser las de los últimos 180 (divididas entre 2010) meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, hasta los 300 meses (divididas entre 350).

jubilación, se utilice como un factor de minoración de la cuantía final de la pensión de jubilación que el sujeto tendrá derecho a percibir en el momento de querer poner fin a su vida activa.

A estos efectos, no se puede negar por el momento la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social con el fin de mantener la base de cotización que el sujeto tuviera antes de la declaración de IPT – y con ello, asegurar que la pensión de jubilación que en su momento percibirá no sufrirá una minoración sustancial –, es en realidad una alternativa mucho más teórica que práctica (pues se trata de una posibilidad apenas utilizada por los posibles beneficiarios que huyen, en la medida de lo posible, de cualquier compromiso que implique asumir nuevas obligaciones económicas). Y es precisamente esta circunstancia la que a su vez provoca que, conforme el sujeto va alcanzando una edad más avanzada, intensifique sus solicitudes de revisión del grado de la incapacidad reconocida, buscando que la yuxtaposición de la merma funcional ya tenida en cuenta a la hora de reconocer la IPT, unida a los padecimientos propios de la edad, provoquen la declaración final bien de IPT cualificada, bien de IPA, con el fin de beneficiarse de la forma de cálculo de estas prestaciones (mucho más favorable para el beneficiario) a la hora de cumplir la edad legal de jubilación en lugar de proceder al cálculo de la pensión de jubilación tomando en consideración las nuevas bases de cotización del sujeto a la que la situación de IPT en principio obligaría.

Por ese motivo, partiendo de una interpretación *pro operario*, nuestros jueces y tribunales reconocen la compatibilidad entre la prestación de IPT y la jubilación parcial, entendiendo que, si la IPT fue en su momento compatible con el trabajo realizado, el sujeto en cuestión, realmente, sigue en activo todavía, aunque sea “parcialmente”. Mucho más difícil es anticipar la respuesta que en su caso se ofrecerá cuando un perceptor de prestación por IPT quiera en su momento acceder al envejecimiento activo y compatibilizar la segunda actividad que realizaba, compatible con su estado, con el acceso a la pensión de jubilación, haciendo uso de una de las posibilidades excepcionales de compatibilidad que reconoce el legislador. Y es que parece que si respecto a la jubilación parcial, la jurisprudencia es comprensiva, la misma argumentación serviría perfectamente para amparar la compatibilidad entre jubilación e IPT en el resto de los casos en los que el ordenamiento jurídico permite compatibilizar lícitamente la jubilación y el trabajo, teniendo en cuenta que el sujeto en cuestión, de una u otra manera, sigue siendo un trabajador activo, aunque en unas condiciones muy especiales.

Cabe insistir en que no nos referimos aquí a la posibilidad de acceder a la

IP desde la actividad que el sujeto en cuestión estuviese compatibilizando con la jubilación parcial o con la jubilación flexible (reguladas respectivamente en los arts. 214 y 215 LGSS, puesto que se trata de un supuesto expresamente prohibido por el legislador al regular estas modalidades de envejecimiento activo en el todavía vigente art. 14.2.c del RD 1131/2002, de 31 de octubre)⁴², sino a la situación inversa: que un sujeto que fuera beneficiario de una pensión por IP, que haya encontrado una segunda actividad compatible con su estado, y que, con el paso del tiempo, opte por acogerse a la posibilidad de compatibilizar pensión y trabajo que permite, excepcionalmente, el art. 214.2 LGSS. Y es que, ¿el hecho de percibir el 50% de su pensión de jubilación le impide acceder a otras prestaciones causadas en el mismo régimen, como sería la IPT? O, por el contrario, si la prestación fue compatible con el trabajo que desempeñaba ¿por qué apreciar incompatibilidad si el trabajo en cuestión se sigue desarrollando de igual modo? Parece que llegado el omento nuestros jueces y tribunales podrían decantarse por una respuesta de corte similar a la que actualmente se ofrece ante las reclamaciones de compatibilidad en los casos de jubilación parcial, pero por el momento no existen pronunciamientos firmes que poder tomar como punto de referencia.

7. Compatibilidad entre IPT e ingreso mínimo vital

La Ley 19/2021, de 20 de diciembre, como en su momento hiciera el RD-Ley 20/2020, de 29 de mayo, establece el ingreso mínimo vital (comúnmente conocido en España por su apócope, IMV). Como reconoce la propia exposición de motivos España se encuentra entre los países de la Unión Europea con una distribución de la renta entre hogares más desigual. Ante esta situación, el IMV nace con el objetivo principal de garantizar unas condiciones materiales mínimas que eviten la pérdida de oportunidades educativas y laborales que desencadena la pobreza extrema. El objetivo es garantizar, a nivel nacional, unos ingresos mínimos iguales para todos los ciudadanos independientemente de cuál sea su lugar de residencia, presupuesto que hasta ahora no se cumplía al quedar la prevención de la pobreza extrema únicamente a las CCAA a través de sus

⁴² Literalmente, el citado precepto dispone que la jubilación parcial será incompatible «Con la pensión de incapacidad permanente total para el trabajo que se preste en virtud del contrato *que dio lugar a la jubilación parcial*», pero no impide técnicamente, compatibilizar la jubilación parcial con la percepción de una prestación por IPT en su momento declarada compatible con el trabajo que desarrollaba el ahora pensionista.

rentas mínimas garantizadas⁴³.

Se concibe como una nueva prestación no contributiva⁴⁴ que tiene la particularidad de concederse de forma individual o por unidad de convivencia según los ingresos o el patrimonio disponible cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la cobertura de sus necesidades básicas. De esta forma, la norma contempla un importe máximo del IMV, aunque el importe concreto que se perciba en cada caso que se calculará de forma personalizada atendiendo tanto a las características concretas de la unidad de convivencia (art. 10 del RD-Ley 20/2020 y Anexo I de la citada norma), como al importe real de los ingresos y patrimonio con los que cuente la citada unidad familiar.

No habiendo alcanzado la edad legal de jubilación, la prestación por IP (en cualquiera de sus grados) es teóricamente compatible con el IMV aunque si se tratará de un solicitante individual, superará el límite de ingresos (teniendo en cuenta que la cuantía mínima de la pensión contributiva por IPT es superior a los ingresos máximos que puede tener un solo solicitante de IMV)⁴⁵. Por el contrario, para unidades de convivencia, no existe impedimento para que un beneficiario de IPT perciba el IMV (actúe o no como solicitante formal de la prestación) cuando no existan otras rentas que hagan que los ingresos de la unidad de convivencia superen los límites legales.

Prácticamente en los mismos términos, se tiene que apreciar

⁴³ C. OCHANDO CLARAMUNT, J.F. ALBERT MORENO, *El ingreso mínimo vital: la renta garantizada de un Estado del bienestar incompleto*, en *Labos*, 2020, n. 3, p. 153, señalan que «una de las principales causas de los niveles elevados de desigualdad es nuestro régimen de Estado del bienestar basado en un fuerte pilar contributivo, que protege relativamente bien las contingencias derivadas del empleo, pero desprotege a los más necesitados o que han quedado desigualmente descolgados de la protección contributiva del sistema público».

⁴⁴ L. LÓPEZ CUMBRE, *El ingreso mínimo vital como nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social*, en *www.ga-p.com*, 3 junio 2020.

⁴⁵ RD 65/2022, de 25 de enero, sobre actualización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2022. Evidentemente, ningún beneficiario de una pensión contributiva tendrá derecho al ingreso mínimo porque la prestación es mayor. La pensión mínima de jubilación para menores de 65 años es de 604,40 euros al mes, la de viudedad 517,80 y en el caso de incapacidad permanente oscila entre 1.025,30 y 503,90 euros. Todos estos supuestos superan los 462 euros del IMV previstos para un único adulto. Ahora bien, téngase en cuenta que, si éstos son los únicos ingresos de la unidad familiar, la pensión sí podrá ser compatible con el IMV. Cfr. M.B. GARCÍA GIL, *Compatibilidades del IMV*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, M.B. GARCÍA GIL (dirs.), *Ingreso Mínimo Vital*, Aranzadi, 2021.

compatibilidad entre el IMV y la IP no contributiva. La pensión de invalidez no contributiva está regulada principalmente en el art. 363 ss. LGSS y el RD 357/1991, de 15 de marzo, y consiste, en 2022, en una prestación mensual 402,80 euros en 14 pagas. Para un beneficiario individual, el importe del IMV será exactamente coincidente con el importe anual de las prestaciones no contributivas, aunque en esta ocasión, dividido entre 12 y no entre 14 (491,36, por 12 pagas).

En cualquier caso, aunque para un solicitante individual que a su vez fuera beneficiario de una prestación no contributiva por IP no existirá carencia de rentas en los términos previstos por el legislador, y por lo tanto, no podrá acceder al IMV, sí pueden concurrir los requisitos de acceso en el caso de unidades de convivencia, cuando la suma de las rentas de la unidad familiar no alcancen los límites marcados por el legislado al configurar el IMV.

Adviértase que, a diferencia de lo que ocurre respecto a la jubilación no contributiva, si el beneficiario deseara ser solicitante además de IMV, como titular de una unidad de convivencia, el colectivo de los perceptores de IP no contributiva no queda fuera del IMV por edad (porque la IP no contributiva comprende entre los 18 y la edad legal de jubilación). En cambio, los pensionistas de jubilación no contributiva, aunque podrán integrarse en una unidad de convivencia, y sus ingresos serán tenidos en cuenta para calcular los ingresos totales del hogar familiar, no podrán ser titulares, por motivos de edad, del IMV, sino que tendrá que ser otro de los miembros de dicha unidad el que curse la solicitud. Recuérdese que uno de los requisitos de acceso al IMV es tener una edad comprendida entre los 23 y la edad legal de jubilación).

El objetivo es sin duda mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, siendo consciente de que, aunque un hogar familiar cuenta con una fuente de ingresos, ésta, dependiendo del número de convivientes y de la situación económica de cada uno de ellos, puede no ser suficiente para llegar a cubrir las necesidades básicas del hogar familiar, situación de necesidad que intenta solventar la nueva prestación denominada IMV.

8. Conclusiones

- Resulta paradójico que, estando vigente un ordenamiento laboral estructurado sobre la conservación del empleo, que además concurre con un sistema de Seguridad Social en permanente crisis, no exista todavía una obligación legal que potencie, en los casos en los que fuera posible, el cambio de puesto a otro compatible con el nuevo estado del

sujeto, ni siquiera, cuando la situación de IPT deriva de contingencias profesionales. Y es que no basta la reserva de puesto ante mejorías inciertas, ni el derecho preferente a ocupar las posibles vacantes en caso de recuperación completa, sino que la realidad, en su día a día, demuestra que existen otras muchas necesidades de las personas afectadas por un grado de IPT que todavía no han quedado resueltas. Y es que muchas veces, la hipotética compatibilidad de la IPT con un nuevo empleo, no deja de ser nada más que eso, una mera hipótesis, un futuro incierto, un *desideratum* normativo con poca aplicabilidad práctica, que avoca al sujeto a una considerable reducción de sus ingresos en lo que le resta de vida activa, o bien, a una espiral de continua litigiosidad, buscando la revisión de su grado (con el fin de acceder a la IPA), o a la petición del incremento que conlleva el reconocimiento de una prestación por IPT cualificada, con el coste que en ambos casos, estas situaciones representarían al sistema.

- En relación con estas cuestiones no puede dejar de destacarse que la preferencia absoluta a la hora de ocupar las posibles vacantes que se produzcan en la empresa que, legalmente tendrían los sujetos en situación de IPT o IPA que se recuperen totalmente (o al menos, que se sitúen por mejoría en IP parcial), no deja de ser una posibilidad más teórica que práctica. Y es que, cabe intuir que son tan pocos los episodios de recuperación a estos niveles que se producen al año, que ni tan siquiera los reflejan las estadísticas. Pero no solo eso, no se puede dejar de advertir que se trata de un derecho con serias dificultades prácticas de materialización, lo que lo convierten en derecho más simbólico que práctico: y es que el sujeto en cuestión, ya recuperado, pretende reincorporarse a la última empresa en la que hubiera prestado servicios y esta es una PYME ¿se ha calculado cuánto tipo de media debería esperar un trabajador, si la empresa dispone de muy poco personal, y por lo tanto, de previsiblemente muy reducidas vacantes futuras, para poder volver a acceder al puesto de trabajo que tuviese en el pasado?
- Partiendo de que la compatibilidad con el trabajo es la razón de ser que inspira el reconocimiento del grado de IPT (y por ese motivo, entre otras cosas, el porcentaje de IPT cualificadas que al año se reconocen es tan escaso, porque se reservan para supuestos excepcionales), ¿existen datos desglosados por género que indiquen qué porcentaje de mujeres y qué porcentaje de hombres encuentran un nuevo empleo compatible con su estado? ¿Y de la retribución media que percibirán por ello? Se trata de datos fundamentales para valorar si las dificultades a las que hombres y mujeres se enfrentan a la hora de encontrar un

nuevo empleo compatible con su estado después de haber sido declarados en situación de IPT, son realmente comparable. Y es que se ha hablado durante años de la mayor dificultad que encuentran las mujeres que sufren un grado de discapacidad para incorporarse al mercado de trabajo en comparación con los varones discapacitados, y si esto es así ¿puede decirse que la situación realmente es diferente cuando en lugar de discapacidad hablamos de IPT para la profesión habitual?

- A la vista de esta situación, queda siempre pendiente de respuesta una duda importante: ¿todos los beneficiarios de esta prestación son totalmente conscientes de que la compatibilidad entre IPT y trabajo desaparece al alcanzarse la jubilación? Y es que, debido a la regla general que determina la incompatibilidad entre prestaciones causadas en el mismo régimen a la que antes se ha hecho referencia, salvo que se causen en regímenes diferentes⁴⁶, solo se podrá percibir una prestación del sistema, con la minoración significativa de ingresos que ello representa. Se trata de una situación que puede llegar a coartar la iniciativa laboral del sujeto y a potenciar la litigiosidad entre los potenciales beneficiarios que siempre van a buscar una revisión cualificada de la prestación reconocida⁴⁷. Este problema se solventaría

⁴⁶ Adviértase que, desde hace más de una década, se está reconociendo judicialmente otra forma de compatibilidad entre pensiones bastante particular: se trataría de la que se produciría en el caso de que se haya generado una eventual concurrencia entre dos “particulares” pensiones de jubilación: una de ellas generada en un régimen de Seguridad Social y otra proveniente de una previa prestación de IP causada en otro régimen diferente pero que, al cumplir el beneficiario la edad legal de jubilación, haya pasado a considerarse, de forma sobrevenida, pensión de jubilación. Eso sí, debe insistirse en que esta situación sólo podrá tener lugar en el supuesto de que las cotizaciones utilizadas para generar la pensión en uno de los regímenes no se hayan tenido en ningún momento en cuenta para calcular la pensión de incapacidad permanente causada en el otro (entre otras, *cf.* las ya clásicas STSJ Asturias 8 marzo 2013 y STSJ Asturias 10 mayo 2006 (rec. 4521/2004) y la llamativa STSJ País Vasco 16 junio 2015 (rec. 927/2015)). Su principal ventaja radica en que, siempre que no se supere la cuantía máxima de las pensiones, permitirá que el sujeto en cuestión cuente simultáneamente con dos vías de ingresos: los que genera su pensión de jubilación y también los que le sigue reportando la que venía siendo una prestación por IPT ahora convertida (también) en pensión de jubilación.

⁴⁷ De hecho, persiguiendo una finalidad claramente *pro operario*, al mismo tiempo que se intenta reducir la litigiosidad en este ámbito, jurisprudencialmente se reconoce la posibilidad de conceder el citado complemento de oficio, sin necesidad de petición expreso por parte del trabajador. Al respecto, M.J. ROMERO RÓDENAS, [Incapacidad permanente total cualificada: cuando se reconoce judicialmente la IPT de mayores de 55 años, salvo que quien reclama lo haya descartado expresamente. lo congruente es reconocer el derecho a percibir el complemento. STS-SOC núm. 132/2020, de 12 de febrero, en Revista de Jurisprudencia Laboral, 2020, n. 4.](#)

de una forma muy sencilla: hacer que la prestación de IPT comprendiera en su cuantía el abono de las cotizaciones correspondientes a la parte proporcional de ingresos que el trabajador obtiene por esta causa. Se trataría de ofrecer una respuesta similar a la que actualmente se ofrece respecto a las prestaciones por desempleo (que incluye en su devengo no sólo una fuente de ingresos tendentes a servir como medio de vida a las personas sin empleo, sino también el abono de la cuota de cotización correspondiente a la Seguridad Social de sus beneficiarios). De aceptarse esta propuesta, se conseguirían no sólo elevar los ingresos de la Seguridad Social, y de mejorar la protección de la situación de jubilación de estos sujetos que, como se ha expuesto, siguiendo la regulación actual, queda bastante insuficiente. Ahora bien, no deja de ser una propuesta polémica: y es que asumir ese coste implica, bien rebajar el importe de la prestación por IPT, ya en sí mismo reducido, bien incrementar el gasto público, y ninguna de las opciones será bien recibida por todos.

- Pese a la prohibición general de compatibilizar dos pensiones causadas en el mismo régimen, jurisprudencialmente⁴⁸, y persiguiendo siempre una finalidad *pro operario*, se ha permitido conservar la prestación por IPT al sujeto que, con el paso del tiempo, accede a la jubilación parcial en la actividad que en su momento encontró compatible con su capacidad laboral residual (art. 215 LGSS), pero ¿podrá decirse lo mismo en los casos de jubilación flexible (art. 214 LGSS)? Aunque la razón de ser entre ambas situaciones es idéntica, en cualquier caso, ante la ausencia por el momento de pronunciamientos jurisprudenciales que introduzcan un poco de luz al respecto, será esta una de las muchas cuestiones pendientes que respuesta que todavía afectan a la IPT. Se trata de una cuestión mucho más importante de lo que a primera vista puede parecer: ante un incierto futuro del sistema de pensiones, cabe prever que las situaciones en las que el sujeto opte por compatibilizar trabajo y pensión irán aumentando a medida que se reduzca el importe medio de la citada prestación.
- Ha de admitirse que, en pleno siglo XXI, estando la sociedad cada vez más concienciada con los temas de igualdad, cada vez son menos los episodios de discriminación directa por razón de género a los que nos enfrentamos, pero en cambio, la discriminación indirecta no es para nada infrecuente. El problema es que, a veces, hay que tener un ojo muy entrenado para reconocer fenómenos de discriminación que se muestran maquillados, disimulados bajo una apariencia de neutralidad

⁴⁸ Véase, por todas, la STS 28 octubre 2014 (rec. 1600/2013).

en la aplicación de la ley. Y esto es precisamente lo que ocurre en la configuración de la prestación por IPT. Existen resquicios discriminatorios en su régimen jurídico que hay que detectar y erradicar, y nuestra jurisprudencia más reciente empieza a darse cuenta de ello. Esto es precisamente lo que estaba ocurriendo con el tema de la incompatibilidad entre prestaciones causadas en el mismo régimen de Seguridad Social sobre el que muy recientemente se ha pronunciado el TJUE, poniendo de manifiesto la discriminación velada que, y sin que fuéramos en absoluto conscientes de ello, hasta ahora existía en nuestro sistema de Seguridad Social, aunque sin cerrar totalmente la solución a la cuestión controvertida, ya en sí misma compleja.

- En esta misma línea, la práctica demuestra también que, muchas veces, se invisibilizan las patologías exclusiva o principalmente femeninas, haciendo pasar inadvertida la gravedad de sus síntomas, y por tanto, minusvalorando la enorme incidencia que sus síntomas pueden llegar a desencadenar en el desempeño del trabajo. Solo en casos extremos, y de forma muy excepcional, nuestros jueces y tribunales empiezan a reconocer sus efectos limitativos sobre la capacidad laboral de la persona que las sufre, reconociendo incluso la IPT por estos motivos. Éste es el motivo que está llevando, a un sector jurisprudencial, a realizar una interpretación con perspectiva de género de los preceptos aplicables y, de esta forma, considerar derivada de accidente y no de enfermedad, las patologías que sufren determinadas trabajadoras, con el fin de que el hecho de no reunir el periodo de carencia, que les sería exigible de tratarse de una enfermedad común, no perjudique el acceso a cobertura social por parte de las afectadas. No se trata éste en absoluto de un tema baladí. No solo por el potencial número de personas afectadas, sino también por el tipo de responsabilidad que, sin que seamos conscientes de ello, pueden estar eludiendo las empresas: aunque pocas veces se preste atención a este dato, parte de estas enfermedades femeninas limitativas de la capacidad laboral de la persona que las sufre, tiene un trasfondo psicosomático, y están desencadenadas por el estrés laboral, de forma que una correcta evaluación y prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo podría haberlas evitado⁴⁹. Obviando su condición de patología

⁴⁹ Éstos y otros temas los analizan con detenimiento M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Riesgos psicosociales desde una perspectiva de género: su prevención en los lugares de trabajo*, en G. RUIZ-RICO RUIZ, B. RODRÍGUEZ RUIZ (coords.), *Género, derecho y tutela jurisdiccional: visiones desde España y América Latina*, Tirant lo Blanch, 2022, y M.C. GRAU PINEDA, *El sesgo de género de los riesgos psicosociales: análisis y propuestas de regulación jurídica*, en M.I. RAMOS QUINTANA (dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Aranzadi, 2017.

incapacitante solo por el hecho de que las afectadas sean mujeres, está frustrando el éxito de las estrategias preventivas que pudieran implantarse en la empresa.

- Por último, no se puede dejar de destacar que resulta curioso que la esperada Ley 10/2021 haya sido finalmente tan poco ambiciosa. En un momento en el que parecía que la sociedad del siglo XXI iba a dar el gran salto a la digitalización, en realidad, las cosas no se han desarrollado de la manera esperada. Y es que la citada ley no plantea el teletrabajo como forma de evitar contagios en tiempo de pandemia, ni como estrategia de conciliación de la vida personal y laboral, ni tan siquiera como una fórmula de contribuir a prevenir el cambio climático, reduciendo así la contaminación asociada a los transportes y desplazamientos. Tampoco se ha pensado en que el teletrabajo, correctamente utilizado, puede ayudar a reducir la siniestralidad laboral (entre otras cosas, porque ayudaría a reducir de forma muy significativa los accidentes *in itinere*). Pero no solo eso. Respecto al tema que ocupa estas líneas, el legislador no ha tomado conciencia todavía del valor que el trabajo a distancia puede llegar a tener como estrategia de ahorro del gasto público en pensiones: y es que, además de reducir las posibilidades de sufrir una contingencia profesional, no se puede negar tampoco que, aunque obedezca a contingencias comunes, a menor desgaste físico, menores serán también las probabilidades de que un sujeto se encuentre en el futuro ante una situación de IT o, incluso, de IPT para realizar su profesión habitual. Al mismo tiempo que la comodidad del trabajo puede hacer que el trabajador en cuestión se plantee seriamente retrasar en el tiempo el momento de su jubilación. En un momento de crisis económica en el que nuestro sistema de Seguridad Social se enfrenta a un futuro incierto, se trataba ésta de una magnífica oportunidad para reducir gastos que el legislador no ha sabido aprovechar.

9. Bibliografía

ANCHUNDIA-REYES L.D., BARCIA-GUERRERO G.A. (2016), *Algunas apreciaciones sobre las enfermedades autoinmunes*, en *Dominio de las Ciencias*, n. especial 3, pp. 3-14

BLASCO LAHOZ J.F. (2022), *Prestaciones por incapacidad. Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente, Invalidez del SOVI e Invalidez no contributiva*, Tirant lo Blanch

CAVAS MARTÍNEZ F. (2021), *La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo*, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n. 29, pp. 27-54

- CAVAS MARTÍNEZ F. (2021), *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Aranzadi
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL ESPAÑA (2022), *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2021*
- FERNÁNDEZ LAVIADA A., FUENTES FUENTES M.M. (dirs.) (2021), [Emprendimiento de mujeres en España. Análisis con datos GEM 2020](#), Observatorio del Emprendimiento de España
- FERNÁNDEZ ORRICO F.J. (2021), *Trabajo a distancia. Cuestiones pendientes y propuestas de mejora: el RD-Ley 28/2020, de 22 de septiembre*, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 58, pp. 1-45
- GARCÍA GIL M.B. (2021), *Compatibilidades del IMV*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, M.B. GARCÍA GIL (dirs.), *Ingreso Mínimo Vital*, Aranzadi
- GARCÍA JIMÉNEZ M. (2022), *Riesgos psicosociales desde una perspectiva de género: su prevención en los lugares de trabajo*, en G. RUIZ-RICO RUIZ, B. RODRÍGUEZ RUIZ (coords.), *Género, derecho y tutela jurisdiccional: visiones desde España y América Latina*, Tirant lo Blanch
- GÓMEZ GARCILLÁN C.L. (2016), [La incapacidad permanente y su impacto en el sistema español de Seguridad Social](#), en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, supl. extra., pp. 61-68
- GRAU PINEDA M.C. (2017), *El sesgo de género de los riesgos psicosociales: análisis y propuestas de regulación jurídica*, en M.I. RAMOS QUINTANA (dir.), *Riesgos Psicosociales y Organización de la Empresa*, Aranzadi
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ P.J. (2019), *La brecha salarial de género en la Región de Murcia*, Consejo Económico y Social Murcia
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2022), [Mujeres con discapacidad](#), en www.inmujeres.gob.es, 19 abril
- INSTITUTO DE LAS MUJERES (2022), [Mujeres en Cifras – Empleo y Prestaciones Sociales – Pensiones no contributivas](#), en www.inmujeres.gob.es, 18 octubre
- INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (2022), [Pensiones contributivas del Sistema de la Seguridad Social en vigor a 1 de noviembre de 2022](#)
- LÓPEZ ANIORTE M.C., RUBIO FERNÁNDEZ E.M. (dirs.) (2019), *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre mujeres y hombres*, Laborum
- LÓPEZ CUMBRE L. (2020), [El ingreso mínimo vital como nueva prestación no contributiva de la Seguridad Social](#), en www.ga-p.com, 3 junio, pp. 1-8
- LÓPEZ INSUA B.M. (2021), *La compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente absoluta*, en A.V. SEMPERE NAVARRO (dir.), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*, BOE

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL. (2022), [Economía Social – Autónomos. Datos estadísticos. Personas físicas trabajadoras por cuenta propia afiliadas a la Seguridad Social](#), en www.mites.gob.es, 22 septiembre

MOLINA NAVARRETE C. (2022), *La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacidad laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre, y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre*, en CEF Gestión, n. 281, pp. 109-124

MONEREO PÉREZ J.L., LÓPEZ INSUA B.M. (2022), *Compatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente, discriminación indirecta por razón de género y viabilidad financiera del sistema de Seguridad Social: tres avatares en conflicto. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 2022, as. C-625/20: KM e Instituto Nacional de la Seguridad Social*, en La Ley Unión Europea, n. 106, pp. 1-19

MORAGUES MARTÍNEZ J.M. (2022), *Fibromialgia: ¿cuándo causa derecho a una prestación de incapacidad permanente?*, en *Economist & Jurist*, n. 262, pp. 72-79

OCHANDO CLARAMUNT C., ALBERT MORENO J.F. (2020), [El ingreso mínimo vital: la renta garantizada de un Estado del bienestar incompleto](#), en *Labos*, n. 3, pp. 152-171

POYATOS I MATAS G. (2020), [Nueva sentencia con enfoque de género en el ejercicio del derecho a cuidar y trabajar. A propósito de la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Canarias de 27 Agosto 2019 \(rec. 533/2019\)](#), en *iQual*, n. 3, pp. 148-154

PRECHAL A. (2022), *Normativa nacional que establece la incompatibilidad de dos o más pensiones de incapacidad permanente total reconocidas en virtud del mismo régimen legal de seguridad social: TJ, Sala Segunda, S 30 Jun. 2022. Asunto C-625/20: KM e Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*, en La Ley Unión Europea, n. 106, pp. 1-3

ROALES PANIAGUA E. (2019), [El trabajo de igual valor y la transparencia social como elementos clave en la eliminación de la brecha salarial entre mujeres y hombres](#), en *Noticias CIELO*, n. 4, pp. 1-4

RODRÍGUEZ ESCANCIANO S. (2019), *Cerrando la brecha salarial: la apuesta por la igualdad retributiva por razón de género*, en S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, M.R. MARTÍNEZ BARROSO (dirs.), *La empleabilidad y calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva*, Sepin

ROMERO RÓDENAS M.J. (2020), [Incapacidad permanente absoluta como consecuencia de las graves lesiones sufridas en el parto: consideración de accidente no laboral y no enfermedad común. Interpretación con perspectiva de género](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 7, pp. 1-9

ROMERO RÓDENAS M.J. (2020), [Incapacidad permanente total cualificada: cuando se reconoce judicialmente la IPT de mayores de 55 años, salvo que quien reclama lo haya descartado expresamente, lo congruente es reconocer el derecho a percibir el complemento. STS-SOC núm. 132/2020, de 12 de febrero](#), en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 4, pp. 1-7

7

ROMERO RÓDENAS M.J. (2019), *Compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, al no ser perjudicial o inadecuado al estado del trabajador*. STS-SOC núm. 233/2019, de 20 de marzo, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, n. 4, pp. 1-8

SANZ PÉREZ Á.L. (2021), *La igualdad en las relaciones laborales. La discriminación «indirecta» por razón de sexo*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 1

SEGURIDAD SOCIAL (2022), *Pensionistas*, en www.seg-social.es, 30 noviembre

SEMPERE NAVARRO A.V. (2021), *La 'perspectiva de género' llega a la jurisprudencia*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 975, p. 8

TORRES LIMA A.M., RODRÍGUEZ TORRES A.Y. (2015), *Epigenética y enfermedades autoinmunes sistémicas*, en *Revista Cubana de Reumatología*, n. 3, pp. 216-221

VICENTE PARDO J.M. (2015), *La profesión habitual: una referencia a modificar en la valoración de la incapacidad laboral*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, n. 238, pp. 68-77

Prestaciones por incapacidad permanente y compatibilidad con el trabajo: ¿es precisa una reformulación legal en el marco de la sostenibilidad del sistema de pensiones?

Lourdes MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE*

RESUMEN: El reconocimiento de la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y rentas del trabajo es uno de los mecanismos para garantizar la integración laboral de las personas en situación de incapacidad permanente. En la actualidad se regula un régimen de compatibilidad casi pleno, que permite a los beneficiarios de pensiones por incapacidad permanente cobrar pensión reconocida conforme a las normas de Seguridad Social y la retribución por el trabajo prestado. Teniendo en cuenta la situación financiera actual del sistema de Seguridad Social, el vigente régimen de compatibilidad plantea un interesante debate acerca de la necesidad de su revisión para garantizar la sostenibilidad del sistema.

Palabras clave: Pensiones, seguridad social, incapacidad permanente, compatibilidad, trabajo, financiación, sostenibilidad.

SUMARIO: 1. Incapacidad y discapacidad en el ámbito de la Seguridad Social. 2. La protección de la incapacidad en el ámbito de la Seguridad Social. 2.1. La incapacidad en el nivel contributivo. 2.1.1. La noción de incapacidad permanente. 2.1.2. Los grados de incapacidad. 2.1.3. El alcance de la protección. 2.2. La invalidez no contributiva. 3. El régimen jurídico de la compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad permanente y el trabajo. 3.1. El régimen de compatibilidad en el nivel contributivo. 3.1.1. Incapacidad permanente parcial. 3.1.2. Incapacidad permanente total. 3.1.3. Incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. 3.2. El régimen de compatibilidad en el nivel no contributivo. 4. Reflexiones sobre un nuevo sistema de compatibilidad en el marco de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social. 4.1. La articulación del derecho al trabajo de las personas con incapacidad. 4.2. Sobre la necesidad de revisar el régimen de compatibilidad vigente. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

* Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos (España).

Permanent Disability Benefits and Compatibility with Work: Is a Legal Reformulation Necessary Within the Framework of the Sustainability of the Pension System?

ABSTRACT: The recognition of compatibility between a permanent disability pension and income from work is one of the mechanisms for guaranteeing the integration into the labour market of people who are permanently disabled. At present, an almost full compatibility regime is regulated, which allows beneficiaries of permanent incapacity pensions to receive a pension recognized under social security rules and remuneration for work performed. Given the current financial situation of the social security system, the actual compatibility legal regime raises an interesting debate about the need for its revision to ensure the sustainability of the system.

Key Words: Pensions, social security, permanent incapacity, compatibility, work, financing, sustainability.

1. Incapacidad y discapacidad en el ámbito de la Seguridad Social

Incapacidad y discapacidad refieren a situaciones radicalmente distintas. La discapacidad supone una limitación o un impedimento a la participación plena y efectiva en la sociedad de las personas con deficiencias, en igualdad de condiciones con las demás. La incapacidad es la situación en la que se encuentran quienes han desempeñado una actividad productiva y deben cesar – temporal o definitivamente – en su prestación de servicios como consecuencia de una alteración en su estado de salud¹. En ocasiones se alude indistintamente a ambas situaciones y su protección se entrelaza a lo largo de las previsiones normativas de Seguridad Social.

En el nivel contributivo, la incapacidad permanente es «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral» (art. 193.1 LGSS). En este nivel no se incluye ninguna referencia a la discapacidad; al contrario, la incapacidad para trabajar se refiere a quien, teniendo plena capacidad para el trabajo, y después de haber recibido el tratamiento médico prescrito, presenta reducciones de su capacidad física, psíquica o sensorial, que pueden determinarse de forma objetiva y que disminuyen o anulan su capacidad para el trabajo.

Nótese que en la configuración legal de la incapacidad contributiva, se parte de la premisa de que la persona trabajadora tenía plena capacidad para su prestación de servicios y que a causa de un accidente o de una enfermedad, ha visto reducida o anulada su capacidad para el trabajo. Como regla general, la Seguridad Social excluye de su ámbito protector de carácter contributivo, las lesiones que tuviera el sujeto, anteriores a su afiliación y alta, lo que determina que esas lesiones preexistentes a la afiliación no van a ser objeto de protección, salvo «cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o

¹ Véanse las consideraciones sobre ambos conceptos en A. GARCÍA SABATER, *El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2019, n. 221; Á. ARIAS DOMÍNGUEZ, *De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del art. 1.2 de la Ley 5/2003*, en *Aranzadi Social*, 2008, n. 3. STS 29 noviembre 2018 (rec. 3382/2016, 1826/2017, 239/2018). También STS 19 febrero 2020 (rec. 2927/2017).

anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación» (art. 193.1 LGSS).

La previsión del art. 193.1 LGSS denota la postura del legislador en cuanto a que las lesiones previas que tuviera la persona trabajadora no puedan servir para el reconocimiento de una incapacidad permanente. Inicialmente los tribunales consideraban que las lesiones preexistentes a la afiliación solo podrían dar lugar a una declaración de incapacidad permanente cuando hubieran sido objeto de una agravación trascendente durante la prestación de servicios². Sin embargo, ahora se aprecia una tendencia clara a favor de la protección del trabajador, que pasa por la consideración de que las reducciones anatómicas o funcionales que deben tenerse en cuenta son todas las que afectan al trabajador cuando solicita la pensión³.

Las STS 10 julio 2018⁴, 23 enero 2020⁵, 25 septiembre 2020⁶ y 9 febrero 2021⁷ son muestra de esta tendencia y consideran, atendiendo al régimen legal en materia de incapacidad permanente de la LGSS, «que las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador antes de su afiliación al sistema no puede ser consideradas para causar la protección de aquella contingencia y, por ende, no pueden ser las que determinen grado alguno de invalidez. Esta regla general presenta una matización en el sentido de que se permite calificar la invalidez a las personas con discapacidad que, con posterioridad a la afiliación hayan visto agravadas aquellas dolencias previas». De esta forma, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, se puede examinar si la situación del trabajador está incurso en alguno de los grados de incapacidad que reconoce la LGSS. En particular, en relación con la gran invalidez «no cabe excluir de la calificación de la gran invalidez las circunstancias de algunas personas que, por diversos factores, hayan podido adquirir determinadas habilidades adaptativas para realizar alguno de aquellos actos o, incluso, trabajos no perjudiciales para su situación».

En particular, para la citada STS 23 enero 2020, el hecho de prestar servicios con una determinada patología no excluye que eventualmente se

² STS 27 julio 1992 (rec. 1762/1991) y STS 26 enero 1999 (rec. 5066/1997). Véase A.V. SEMPERE NAVARRO, *Enfermedad preexistente a la declaración de riesgos en seguro de Incapacidad Permanente*, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2019, n. 1.

³ STS 28 noviembre 2006 (rec. 4126/2005); STS 26 septiembre 2007 (rec. 2492/2006); STS 21 febrero 2008 (rec. 64/2007); STS 14 diciembre 2010 (rec. 1419/2010).

⁴ Rec. 3779/2016.

⁵ Rec. 2454/2017.

⁶ Rec. 4716/2018.

⁷ Rec. 3847/2018.

pueda declarar la existencia de una incapacidad permanente, pues «no se trata de si una enfermedad congénita permite o no acceder al grado de incapacidad permanente que corresponda, sino de fijar si el mero hecho de estar trabajando con un determinado cuadro de dolencias impide acceder a la invalidez, aunque este no se haya alterado».

De cualquier forma, debe tenerse en cuenta que las personas con discapacidad pueden desempeñar una actividad laboral para la que están plenamente capacitadas. De hecho, la incapacidad es la situación producida por una lesión o una enfermedad que impide el trabajo, mientras que la discapacidad supone la existencia de una deficiencia física, psíquica o sensorial que no tiene necesariamente que impedir la prestación normal de servicios. Y la tendencia actual es la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo bien a través de enclaves laborales, de centros especiales de empleo, mediante cuotas de reserva de plazas en las administraciones públicas o en una empresa con una relación laboral suscrita con el empresario. A pesar de las innegables diferencias que existen entre incapacidad y la discapacidad, estamos ante situaciones que han experimentado una cierta aproximación gracias a la labor de doctrina y tribunales. Aparentemente la diferencia entre ambas es muy clara, pero en la práctica ambos conceptos se entrecruzan de forma que, en muchas ocasiones, la protección prevista para la discapacidad se extiende asimismo a las situaciones de incapacidad⁸.

En el caso de la identificación de la incapacidad permanente contributiva, la referencia a la discapacidad lo es solo a los efectos de una posible revisión del grado reconocido. En la definición de la invalidez de la LGSS, no se incluye una referencia expresa a la discapacidad, solo se prevé que su concepto engloba «las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen» y que el «grado de discapacidad o de la enfermedad crónica padecida, a efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez no contributiva, se determinará mediante la aplicación de un baremo, aprobado por el Gobierno, en el que serán objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la persona presuntamente con discapacidad, como los factores sociales complementarios» (art. 367.1 LGSS).

En otro orden de consideraciones, y en el marco específico de la protección de discapacidad, la Ley General de Derechos de las Personas

⁸ Sobre esta cuestión, M.T. VELASCO PORTERO, [Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad](#), en [Temas Laborales](#), 2015, n. 131.

con Discapacidad y de su Inclusión Social (LGD)⁹ define la discapacidad como la «situación que resulta de la interacción entre personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 2). Persona con discapacidad es «aquella que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4 LGD). Como se ha indicado con anterioridad, si bien la discapacidad puede ser un factor determinante para reconocer un grado de incapacidad permanente, nada impide que quien la sufre pueda prestar sus servicios con normalidad. Así lo considera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia 11 abril 2013¹⁰, al prever que dos trabajadoras con dolencias dorsolumbares (que no generaron una incapacidad para trabajar), podían considerarse discapacitadas.

Y es que si bien el concepto de incapacitado, en su definición contenida en la LGSS, parece haber permanecido invariable, el concepto de discapacidad está en permanente evolución. Así lo reconoce el preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuando indica que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

2. La protección de la incapacidad en el ámbito de la Seguridad Social

Desde su reconocimiento como situación protegida por la Seguridad Social, la incapacidad permanente – invalidez en su denominación originaria – ha sido, por su propio objeto, una de las prestaciones más importantes del sistema de Seguridad Social. Sus características principales se concretan en ser una prestación que cubre la ausencia de rentas por motivo de la pérdida de la capacidad para trabajar. El riesgo protegido es,

⁹ RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

¹⁰ Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, *HK Danmark, en representación de Jette Ring c. Dansk almennyttigt Boligselskab (C-335/11)* y *HK Danmark, en representación de Lone Skouboe Werge c. Dansk Arbejdsgiverforening, en representación de Pro Display A/S (C-337/11)*.

además, un «evento futuro, incierto y dañoso por la reducción o eliminación total de la capacidad de trabajo»¹¹, lo que excluiría, en principio, como se ha dicho, la protección de patologías preexistentes a la afiliación.

Este principio presenta una importante excepción en el nivel no contributivo de la Seguridad Social, pues el derecho a la protección de carácter no contributivo no exige que haya una formalización previa mediante la constitución de una relación jurídica con la Seguridad Social. En consecuencia, tampoco puede exigirse que las lesiones objeto de protección se hayan producido después de una fecha determinada, sino que la protección obedece a la existencia de unas lesiones, normalmente congénitas, que reducen la capacidad general al menos en un 65%.

2.1. La incapacidad en el nivel contributivo

2.1.1. La noción de incapacidad permanente

El alcance y del contenido de la protección de la incapacidad en el nivel contributivo no están exentos de interrogantes que generan una cierta inseguridad jurídica¹². En efecto, la propia identificación de la situación protegida obliga al intérprete a cuestionarse el sentido de los elementos que integran su definición y realizar una importante labor interpretativa. Con acierto manifestaba Desdentado que «los juristas nos acercamos a la protección de la incapacidad permanente con una inquietante sensación de inseguridad; sentimos que se nos escapa el “hecho” de la incapacidad, aunque, con mayor o menor soltura, podamos dominar su régimen jurídico. Pero ¿qué es el Derecho sin los hechos?»¹³.

Y es que, los elementos que conforman el concepto de incapacidad permanente no están exentos de interrogantes. Desde el nivel de gravedad

¹¹ J.I. GARCÍA NINET, *La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos*, en *Tribuna Social*, 1991, n. 10, p. 32.

¹² Destaca M. RODRÍGUEZ JUVENCEL, *La incapacidad para el trabajo*, Bosch, 1993, pp. 173-174, que «el concepto de invalidez permanente, tal como aparece en la norma que lo regula, es un concepto jurídico indeterminado, siendo esto precisamente lo que va a permitir su aplicación práctica a cada caso particular, tanto que, de lo contrario sería inútil determinar situaciones de invalidez reguladas de forma rígida, pues tal previsión iría en contra de la dinámica propia de la realidad, pues cada caso es distinto a los demás, con proyecciones y alcances diferentes».

¹³ A. DESDENTADO BONETE, *Prólogo* a P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales, la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi, 2006.

de las reducciones anatómicas o funcionales, pasando por la posibilidad de su determinación objetiva, para, finalmente, su previsiblemente permanencia en el tiempo, son elementos que, de uno u otro modo, van a obligar tanto al intérprete como al juzgador a analizar las circunstancias de cada caso para determinar si concurren los elementos propios de la incapacidad permanente¹⁴. No es objeto de este estudio la identificación del concepto de incapacidad permanente mediante el análisis de sus elementos, sin perjuicio de poner de manifiesto, como ha hecho alguna autora, que una de las dificultades de la incapacidad permanente radica «en la interpretación de cada uno de los elementos jurídicos que integran el concepto de incapacidad permanente», por lo que «una vez considerada la situación como incapacidad permanente, debe procederse, necesariamente a la configuración y fijación del grado legal en que se manifiesta»¹⁵.

Baste, por tanto, tener presente que en el nivel contributivo se considera incapacidad permanente «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral», sin que obste a tal calificación «la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo».

Como se verá, el carácter profesional que preside nuestro sistema de Seguridad Social hace que la calificación del grado de incapacidad sea el resultado de la conexión entre las secuelas del trabajador y su capacidad resultante. Además, las limitaciones que afectan al trabajador deben también ponerse en relación con su actividad profesional, normalmente con la profesión que desarrollaba habitualmente, ya que de la consideración conjunta de las limitaciones y la actividad habitual resultará uno u otro grado de incapacidad¹⁶ y, por tanto, una protección de diferente intensidad. Al tiempo, la consideración de cómo afectan determinadas lesiones a la capacidad para desarrollar la profesión habitual va a suponer que las mismas lesiones puedan, o no, ser incapacitantes o puedan dar lugar al reconocimiento de distintos grados de incapacidad, lo que obliga a analizar caso a caso el carácter incapacitante de las lesiones

¹⁴ Véase un detallado análisis del concepto de incapacidad permanente en R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, *Concepto jurídico y grados de incapacidad permanente*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *op. cit.*, Aranzadi, 2006, p. 75 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 76.

¹⁶ Cfr. J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, p. 86.

sufridas.

2.1.2. Los grados de incapacidad

En el nivel contributivo el alcance de la protección por incapacidad permanente se vincula al efecto que puedan tener las reducciones anatómicas o funcionales sobre la capacidad para el trabajo habitual. Así lo prevé la LGSS cuando indica que «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 de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente» (art. 194.2.2º)

La incapacidad protegida en el nivel contributivo no es simple la reducción o anulación de la capacidad. Al contrario, el art. 194 LGSS clasifica la incapacidad permanente en distintos grados que van a tomar en consideración el «porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente», a ello se añade que el grado de incapacidad que se reconozca deberá haberse fijado «en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca».

En esos términos, el art. 194.1 LGSS enumera distintos grados de incapacidad permanente:

- a. incapacidad permanente parcial;
- b. incapacidad permanente total;
- c. incapacidad permanente absoluta;
- d. gran invalidez.

Téngase en cuenta, no obstante, que la DT 26ª LGSS prevé que hasta se produzca el desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 194 LGSS, será de aplicación la redacción contenida en la referida Disposición Transitoria y, por tanto, los grados de incapacidad permanente se identificarán de la siguiente forma.

Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual: es aquella incapacidad que no alcanza el grado de total, pero que determina una disminución de la capacidad no inferior al 33% en el rendimiento normal del trabajador para su profesión habitual, sin impedirle realizar las tareas fundamentales de la misma. Procede la declaración de incapacidad permanente parcial cuando las lesiones que ha sufrido el trabajador, aunque no entrañen una disminución del rendimiento en el trabajo, impliquen mayor dificultad,

mayor riesgo o mayor penosidad en su realización.

Incapacidad permanente total para la profesión habitual: es la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Como en diversas ocasiones ha señalado el Tribunal Supremo, la LGSS vincula «la incapacidad permanente total a la imposibilidad del trabajador para desarrollar las tareas fundamentales de la profesión concreta que realizaba; recibiendo una prestación de la Seguridad Social que compensa esa imposibilidad y los trastornos que ocasiona en su vida laboral, desde el momento en que ya no está en condiciones de realizar las labores básicas de la misma»¹⁷. Además, la protección por incapacidad permanente total no solo alcanza a la persona trabajadora que no puede desempeñar su actividad habitual, sino también a quien no puede hacerlo con un mínimo de profesionalidad o a quien no puede mantener el rendimiento, la eficacia o la dedicación propias de una relación laboral, siempre que mantenga una capacidad laboral real para dedicarse a otra profesión distinta de la habitual¹⁸.

Incapacidad permanente absoluta: inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio, por lo que podría pensarse que el trabajador ha perdido toda capacidad para el desempeño de cualquier actividad propia de una relación laboral con un mínimo de diligencia, profesionalidad y manteniendo la exigencia debida por las tareas realizadas en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena.

Gran invalidez: es la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. A diferencia de los otros grados de incapacidad, la declaración de gran invalidez no solo tiene en cuenta la capacidad del trabajador para prestar servicios, sino también su aptitud general para realizar los actos de la vida cotidiana.

Debe tenerse en cuenta que la gran invalidez constituye una condición personal del inválido, pues lo que define esta situación es la necesidad de ayuda de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida, y no la incapacidad para realizar cualquier trabajo. Se trata, por tanto, de un grado de incapacidad que tiene carácter autónomo, en el sentido de que puede reconocerse bien inicialmente, bien como consecuencia del

¹⁷ STS 28 enero 2002 (rec. 1651/2001); STS 28 julio 2003 (rec. 3669/2002); STS 2 marzo 2004 (rec. 1175/2003).

¹⁸ Véase en este sentido J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *op. cit.*, p. 85.

agravamiento del estado de quien fue declarado incapaz permanente¹⁹. Además, en otro orden de consideraciones, conforme a la DA 9ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia, «quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley».

2.1.3. El alcance de la protección

La declaración de uno u otro grado de incapacidad permanente supone el reconocimiento de una protección de distinto alcance y contenido.

Así, la incapacidad permanente parcial se protege con una cantidad a tanto alzado de veinticuatro mensualidades de la base reguladora correspondiente.

La incapacidad permanente total se protege con una pensión cuya cuantía es del 55% de la base reguladora que corresponda (art. 196.3 LGSS en relación con el art. 12.1 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre). Esta pensión puede ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años. Su cuantía depende de la edad del beneficiario en el momento del hecho causante. Alcanza un máximo de 84 mensualidades de la pensión con menos de 54 años y un mínimo de 12 mensualidades a los 59 años (art. 196.2 LGSS en relación con el art. 12.2 del Decreto 3158/1966).

Por otro lado, la cuantía de la pensión por incapacidad permanente total puede incrementarse en un porcentaje de un 20% adicional en virtud de la denominada incapacidad permanente total cualificada, que se produce cuando por su edad, falta de preparación general o de especialización, o por las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presume la dificultad de obtener un empleo en actividad distinta a la habitual (art. 196.2 LGSS). El incremento en la cuantía de la pensión se justifica, a juicio de la STC 137/1997, en la mayor dificultad del declarado incapaz de obtener ingresos adicionales derivados del trabajo como consecuencia de la concurrencia de factores personales y sociolaborales

¹⁹ Véase en este sentido E. LÓPEZ AHUMADA, *Incapacidad Permanente*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO (dir.), *Derecho de la Seguridad Social. Teoría y Práctica*, Juruá, 2017, p. 159.

adicionales.

La pensión por incapacidad permanente absoluta asciende al 100% de la base reguladora (art. 196.3 LGSS en relación con el art. 12.4 del Decreto 3158/1966).

En fin, en caso de que se reconozca al trabajador la condición de gran inválido, el importe de la pensión se incrementará con un complemento, destinado a remunerar a la persona que le atienda. Así, al importe de la pensión que le corresponda por incapacidad permanente se incrementa con complemento cuya cuantía es el resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el Régimen General en el momento del hecho causante, cualquiera que sea el régimen en el que se reconozca la pensión, y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. El complemento no podrá, en ningún caso, tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida – sin el complemento – por el trabajador (art. 196.4 LGSS).

2.2. La invalidez no contributiva

En la invalidez no contributiva se parte de un planteamiento radicalmente distinto al analizado en el nivel contributivo. La propia definición de invalidez del art. 367 LGSS así lo manifiesta al prever que «podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen. El grado de discapacidad o de la enfermedad crónica padecida, a efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez no contributiva, se determinará mediante la aplicación de un baremo, aprobado por el Gobierno, en el que serán objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la persona presuntamente con discapacidad, como los factores sociales complementarios».

El legislador parte de una premisa diferente al establecer los elementos determinantes de la invalidez no contributiva. Si en el nivel contributivo carecen de relevancia cualesquiera circunstancias adicionales de naturaleza subjetiva y de tipo económico o social, en el nivel no contributivo son precisamente esas circunstancias, las determinantes para declarar la invalidez. Así lo expresa el art. 367 LGSS al hacer referencia a las deficiencias de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen.

Varios son los aspectos que destacar de la regulación legal. En primer lugar, son objeto de protección las deficiencias de la persona, congénitas o sobrevenidas siempre que alteren la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las sufren. Ninguna se exige que las lesiones incapacitantes sean posteriores a la afiliación del trabajador, ni a que provoquen una alteración en su capacidad laboral, sino que estamos ante una protección que atiende a las necesidades de la persona como tal y no como trabajador.

Tampoco se presta atención a la capacidad residual para el trabajo. Al contrario, el art. 367 LGSS prevé que la declaración de invalidez resulta de la aplicación de un baremo – aprobado por el Gobierno –, en el que se habrán de valorar los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la persona y los factores sociales complementarios. En efecto, la formulación legal es muy clara al respecto, tanto que no admite otra interpretación, ni tampoco la aplicación de condicionante alguno para la concesión de la pensión no contributiva. De hecho, se llega a afirmar que «habida cuenta del concepto, muchos de los problemas que se plantean con la incapacidad permanente de carácter contributivo (dificultades para la protección de las lesiones congénitas o anteriores a la afiliación/alta, etc.) no son importables a esta sede»²⁰. Lo que permite el acceso a la pensión – sin perjuicio de los requisitos generales de acceso a la protección no contributiva, como son la edad, residencia y renta – es que las lesiones que ocasionan la minusvalía se determinen conforme a los baremos contenidos en los anexos I y II del RD 1971/1999. En relación con lo anterior debe señalarse que no todas las lesiones que afecten a un sujeto se tendrán en cuenta para declarar la invalidez en el nivel no contributivo, sino solo las contenidas en el baremo referido, así como otras circunstancias que pueden ocasionar un grado adicional de minusvalía, como las circunstancias sociales y laborales que le rodean, o su nivel educativo o cultural.

Como es sabido, la protección de la invalidez no contributiva no se estructura en diferentes grados, que darán derecho a prestaciones diferentes, sino que se reconoce el derecho a pensión en la cuantía prevista la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, conforme a las reglas de cálculo previstas en el art. 363 LGSS, siempre que concurren los requisitos que condicionan el derecho a la protección (art. 364 LGSS).

²⁰ A.I. PÉREZ CAMPOS, *Incapacidad Permanente*, en AA.VV., *Factbook Seguridad Social*, Aranzadi, 2004, p. 507.

3. El régimen jurídico de la compatibilidad entre las prestaciones por incapacidad permanente y el trabajo

La articulación del régimen de compatibilidad/incompatibilidad entre pensiones por incapacidad permanente y trabajo es una cuestión que plantea importantes interrogantes.

En buena lógica, y si se tiene en cuenta que el objeto de las prestaciones por incapacidad es compensar económicamente a quien no puede trabajar como consecuencia de la reducción o anulación de su capacidad laboral, por lógica habría que concluir que hay incompatibilidad entre pensión y trabajo por cuenta propia o ajena.

Sin embargo, la realidad es muy distinta. La propia LGSS al regular cómo se articula el cobro de una pensión por incapacidad permanente y el trabajo, parte de una premisa de compatibilidad para luego establecer su régimen jurídico.

En efecto, frente a la disyuntiva compatibilidad/incompatibilidad en relación con la incapacidad permanente, el legislador se decanta claramente por la primera opción y la incluye en la propia denominación del precepto que regula este aspecto.

Como se verá a continuación, cada grado de incapacidad permanente, y también la invalidez no contributiva, tiene su propio régimen de compatibilidad y han sido fundamentalmente jueces y tribunales quienes han identificado el alcance de la compatibilidad entre pensión y trabajo.

3.1. El régimen de compatibilidad en el nivel contributivo

En el nivel contributivo se parte de la premisa de compatibilidad entre la prestación que corresponda – indemnización o pensión – por incapacidad permanente y el trabajo que preste el beneficiario²¹. Sin embargo, esa previsión general de compatibilidad encuentra límites importantes que se relacionan con el grado de incapacidad reconocido, con la capacidad residual para el trabajo y con el trabajo que se vaya a desarrollar.

²¹ Una visión panorámica del régimen de compatibilidad entre prestaciones de Seguridad Social en J.F. BLASCO LAHOZ, *La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones*, en *Revista de Información Laboral*, 2017, n. 10.

3.1.1. Incapacidad permanente parcial

El reconocimiento de la incapacidad permanente parcial supone la constatación de que se ha producido una reducción de la capacidad para el trabajo, que no impide el desempeño de las tareas fundamentales de la profesión habitual. Al consistir la protección en una indemnización, no hay problemas de compatibilidad entre esta y el trabajo en la misma o en distinta actividad.

3.1.2. Incapacidad permanente total

Prevé el art. 198.1 LGSS que «en caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

Probablemente, el régimen de compatibilidad de la incapacidad permanente total con el trabajo es uno de aspectos del sistema de compatibilidad pensión/trabajo que más modificaciones ha experimentado. Así se pone de manifiesto tras una somera revisión de las distintas redacciones del precepto de la LGSS que regula el régimen de compatibilidad.

En su redacción previa a la reforma operada por la Ley 27/2011, de 1º de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, el art. 141.1 LGSS disponía que «en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente».

La Ley 27/2011 modificó la redacción del art. 141.1 LGSS para prever que «en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

En su nueva redacción, el art. 141.1 LGSS eliminaba cualquier referencia a la profesión habitual a fin de, como indicaba el preámbulo de la Ley 27/2011, clarificar «la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que

se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad legislador».

Tampoco ahora el art. 198.1 LGSS incluye referencia alguna a la profesión habitual, pero debe tenerse en cuenta que la DT 26ª LGSS, prevé que en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario previsto en el art. 194 LGSS, los grados de incapacidad permanente parcial y de incapacidad permanente total se entienden referidos a la profesión habitual por lo que el análisis del régimen de compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el trabajo, pasa por la previa identificación de qué se entiende por profesión habitual.

El concepto de profesión habitual

Uno de los conceptos que más interrogantes suscita en el ámbito de la Seguridad Social es el de “profesión habitual”. Y no se trata de una cuestión baladí, puesto que ese concepto se convierte en el elemento clave para la resolución de dos cuestiones:

- la posibilidad de declarar una incapacidad permanente total;
- determinar el régimen de compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo.

Ni las normas legales o reglamentarias, ni los tribunales han identificado de forma indubitada el concepto de profesión habitual²². Tampoco hay una identificación clara del concepto en las normas de Seguridad Social. El

²² Crítica P. RIVAS VALLEJO, [El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), 2020, n. 10, p. 9, que «la inaplicada reforma de los grados de incapacidad permanente conduce a situaciones de indefinición como la que motiva la necesidad de continuar interpretando el concepto de profesión habitual, que debiera sustituirse por una definición más precisa que no atienda a una idea tan estática y con tan escasa correspondencia con la realidad del mercado laboral actual». Con un planteamiento similar, destaca A. ÁLVAREZ MORENO, [Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual. Situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión](#), en [Medicina y Seguridad del Trabajo](#), 2016, n. extra, que «buscar una solución plenamente satisfactoria es imposible. Aunque se configuren nuevos parámetros para determinar la profesión habitual siempre habrá que atender a las particularidades que se derivan de las diferentes formas de organización del trabajo que afectan al nivel de exigencia para su desempeño. Una misma profesión, incluso una concreta función, exige distintos requerimientos en función de los distintos escenarios en los que se lleve a cabo».

art. 194.2 LGSS, en su redacción vigente contenida en la DT 26ª LGSS, identifica la profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, con «la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo». En caso de enfermedad, común o profesional, la profesión habitual es «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».

El art. 11.2 de la Orden 15 abril 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, identifica la profesión habitual en caso de accidente, de trabajo o no laboral, con «la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo». En caso de enfermedad, común o profesional, profesión habitual es «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 laboral transitoria de la que se derive la invalidez».

A partir de esas definiciones se han mantenido diferentes posturas sobre la noción de “profesión habitual”²³. Una primera postura es la representada por la identificación de profesión habitual y categoría profesional, lo que implica que el trabajador declarado incapaz permanente total estaría incapacitado para todas las actividades comprendidas en su categoría profesional, aun cuando no las desempeñase todas²⁴. En línea con esta acepción, puede considerarse que la profesión habitual es tanto el conjunto de tareas que se prestan normalmente, como las que resulten del acuerdo de movilidad funcional con el empresario. En este caso estaríamos ante una noción de profesión habitual excesivamente amplia, de la que resultaría un régimen de incompatibilidad tan estricto, que impediría que el beneficiario de la pensión realizara tareas que poco o nada tendrían que ver con aquellas en las que se declaró la incapacidad.

Frente a ese planteamiento, un avance importante en la identificación de la profesión habitual se produjo a raíz de diversas sentencias del Tribunal Supremo que mantenían un concepto de profesión habitual vinculado a las tareas fundamentales de la profesión desempeñada, y no a las comprendidas en un puesto concreto o en una categoría profesional²⁵. La principal ventaja de ese concepto era que se eliminaban las tareas

²³ Véase una detallada exposición de estas en G. FABREGAT MONFORT, *La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente*, en *Aranzadi Social*, 2005, n. 5.

²⁴ R. ROQUETA BUJ, *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social, 2000, p. 35.

²⁵ Véase STS 28 enero 2002, cit.; STS 12 febrero 2003 (rec. 861/2002); STS 28 julio 2003, cit.

comprendidas en una categoría, o en un grupo profesional, que no eran desempeñadas por la persona trabajadora. De esa forma no se producía una limitación de las funciones que podía realizar el pensionista de incapacidad permanente total. En esta línea interpretativa, algunas sentencias acuden a la clasificación nacional de ocupaciones²⁶ para identificar la actividad de la persona declarada incapaz permanente total²⁷. Como sintetiza la STS 10 octubre 2011²⁸, el concepto de profesión habitual se caracteriza porque su noción no se define en función «del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional» por lo que «a efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la *profesión* [...] pues a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran esa *profesión habitual*, no sólo a las que se puedan desempeñar como segunda actividad»²⁹. Ello, obliga a tener en cuenta la totalidad de funciones de su profesión habitual y no solo las que se desempeñaban en el momento de sufrir el accidente³⁰, pues como ha puesto de manifiesto el Alto Tribunal, «la profesión habitual no es identificable con el grupo profesional», ni con «el concreto puesto de trabajo», ni con la «categoría profesional»³¹. En suma, la doctrina jurisprudencial ha determinado que la profesión habitual no puede identificarse con la categoría profesional del trabajador, ni tampoco con su puesto de trabajo, lo que lleva a afirmar que «nos hallamos ante un vacío, pues no existe una definición de lo que cabe entender por profesión habitual, máxime si se tiene en cuenta que el concepto de profesión no forma parte de los elementos que generalmente integran el sistema de clasificación profesional de los convenios colectivos»³². Este vacío se acrecienta si tenemos en cuenta que en el

²⁶ RD 1591/2010, de 26 de noviembre, por el que se aprueba la Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011.

²⁷ Véanse STSJ Cantabria 30 junio 2004 (rec. 1531/2003) y STSJ Castilla y León 10 enero 2007 (rec. 2134/2006).

²⁸ Rec. 4611/2010.

²⁹ También STS 10 octubre 2011, cit., y STS 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

³⁰ STS 26 abril 2017 (rec. 3050/2015) y STS 11 marzo 2020 (rec. 3777/2017).

³¹ Cfr. STS 28 febrero 2005 (rec. 1591/2004), STS 26 octubre 2016, cit., y STS 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007). Doctrina plenamente válida aun cuando pueda ser objeto de revisión cuando entre en vigor el art. 194.2 LGSS 2015: *vid.* STS 23 septiembre 2020 (rec. 2800/2018).

³² R. POQUET CATALÁ, *La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la*

momento del hecho causante, la persona trabajadora podría estar desempeñando tareas diferentes de las que realizaba de forma habitual. Y es que, la realidad es, como acertadamente puso de manifiesto la STSJ Castilla y León 10 enero 2007³³, que «en el mercado de trabajo actual la temporalidad, la presencia masiva de subcontratas y las exigencias de polivalencia han hecho muy frecuentes los cambios profesionales y la itinerancia entre distintas profesiones o cualificaciones durante una parte importante de la vida profesional de un colectivo significativo de trabajadores, especialmente los jóvenes y los desempleados»³⁴.

Esta inseguridad jurídica sobre qué debe considerarse profesión habitual a los efectos del reconocimiento de pensiones por incapacidad permanente total, podría reducirse acudiendo a distintos recursos. Así, por ejemplo, incluir su identificación en los convenios colectivos, o acudir a la Clasificación Nacional de Ocupaciones o al sistema de Clasificación Nacional de Actividades Económicas³⁵.

Por otra parte, si la incapacidad permanente total fue causada por una enfermedad – común o profesional – prevé el art. 194 LGSS – según redacción de la DT 26ª LGSS – que es profesión habitual «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». A la espera de que se produzca el desarrollo reglamentario a que se refiere el precepto, puede acudirse al art. 11.2 de la Orden 15 abril 1969, que identifica la profesión habitual para la incapacidad derivada de enfermedad profesional como «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 laboral transitoria de la que se derive la invalidez».

La compatibilidad entre pensión y trabajo

Prevé el art. 198.1 LGSS que la pensión vitalicia por incapacidad permanente total «será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total». Asimismo, el art. 24.3 de la Orden 15 abril 1969 recoge

incapacidad permanente, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2015, n 3.

³³ Rec. 2134/2006, cit.

³⁴ Comentada por M.P. RIVAS VALLEJO, *La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo*, en *Aranzadi Social*, 2007, n. 1.

³⁵ *Idem*.

la compatibilidad entre esta pensión y «la percepción de un salario, en la misma empresa o en otra distinta».

A la vista de la redacción del art. 198.1 LGSS queda fuera de duda que solo hay compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente total y trabajo por cuenta propia o ajena cuando las funciones que desempeñe la persona trabajadora no sean las propias de su profesión habitual y para las que se reconoció la incapacidad³⁶.

En efecto, teniendo en cuenta que la finalidad de la pensión por incapacidad permanente total no es otra que la de suplir la falta de rentas de trabajo por la pérdida del empleo, el trabajador puede compatibilizar el ejercicio de una actividad distinta de la habitual, para la que esté capacitado, pero no un trabajo remunerado en la profesión – habitual – para la que se declaró incapacidad³⁷. En estos términos, como reconoce el Tribunal Supremo, la pensión por incapacidad permanente total es compatible con el trabajo en nueva y distinta profesión realizado por el beneficiario en la misma o distinta empresa, por cuenta ajena o por cuenta propia³⁸.

Se establece así un régimen de compatibilidad plena, siempre que los servicios que preste el incapaz permanente total se desempeñen en una profesión distinta a la habitual. Ello lleva de nuevo a la necesidad de delimitar la noción de profesión habitual, tanto mediante la identificación de las tareas que integran esa noción, como de las funciones de la nueva actividad, de forma que pueda constatar que se trata de una profesión distinta a la habitual y compatible, por tanto, con la pensión³⁹.

En otro orden de consideraciones, debe tenerse en cuenta que el trabajo compatible con la pensión puede generar una nueva pensión por incapacidad permanente, lo que ocurrirá si la persona trabajadora sufre un

³⁶ Véase, entre muchas otras, STS 26 noviembre 2004 (rec. 4266/2003), STS 19 noviembre 2004 (rec. 1133/2004), STS 29 octubre 2004 (rec. 5644/2003), STS 28 julio 2003, cit., STS 10 octubre 2005 (rec. 3111/2004) y STS 20 septiembre 2005 (rec. 3115/2004).

³⁷ R. ROQUETA BUJ, *El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, n. 29, pp. 112-113. STS 28 enero 2002, cit., STS 26 abril 2017, cit., y STS 29 octubre 2019 (rec. 2296/2017).

³⁸ STS 28 julio 2003, cit.; STS 15 octubre 2004 (rec. 5809/2003); STS 26 noviembre 2004, cit.; STS 19 abril 2005 (rec. 841/2004); STS 20 marzo 2006 (rec. 3550/2004); STS 12 enero 2007 (rec. 4045/2005); STS 13 junio 2007 (rec. 1416/2006).

³⁹ Cfr. L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, *Incapacidad permanente*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, F.J. FERNÁNDEZ ORRICO (dirs.), *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Aranzadi, 2012, pp. 141-142.

accidente o una enfermedad que determine su paso a esa situación⁴⁰. En relación con este tema, la STJUE 30 junio 2022⁴¹ responde a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social 26 de Barcelona. Se cuestionaba si se adapta a los arts. 4 de la Directiva 79/7/CEE y 5 de la Directiva 2006/54/CEE, la norma española sobre compatibilidad de prestaciones que impide compatibilizar dos prestaciones de incapacidad permanente total reconocidas en el mismo régimen, mientras que sí reconoce su compatibilidad en caso de ser reconocidas en diferentes regímenes, aunque en todo caso se hayan ganado en base a cotizaciones independientes, atendida la composición de sexos de los distintos regímenes de la Seguridad Social española. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el art. 4, § 1, de la Directiva 79/7/CEE se opone a una normativa nacional que impide a los trabajadores afiliados a la seguridad social 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, siempre que dicha normativa sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, especialmente en la medida en que permita disfrutar de dicha acumulación a una proporción significativamente mayor de trabajadores, determinada sobre la base de todos los trabajadores sujetos a la referida normativa respecto de la proporción correspondiente de trabajadoras, y que esa misma normativa no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Por otro lado, debe recordarse que, a pesar de la previsión de compatibilidad contenida en el art. 198.1 LGSS, la Administración de la Seguridad puede instar la revisión de la incapacidad reconocida. En efecto, el art. 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de incapacidad permanente en la Seguridad Social, prevé que «los pensionistas de

⁴⁰ E incluso una pensión de jubilación parcial. Véase en este sentido P. PALOMINO SAURINA, *Compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con pensión de jubilación parcial causada en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud de trabajo distinto. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014*, en *Revista de Información Laboral*, 2015, n. 5, p. 167: «para el TS, la articulación que se efectúa entre las prestaciones de incapacidad permanente total y de jubilación parcial es coherente con el encaje de las mismas dentro del conjunto del sistema de la Seguridad Social y de su función de la sustitución de rentas. La pensión de incapacidad permanente total equivale a un 55% de la correspondiente base reguladora [...]. Por ello, si el trabajador decide jubilarse parcialmente en el trabajo compatible con la incapacidad permanente total, puede percibir la renta de sustitución por la parte de salario que deja de percibir».

⁴¹ Asunto C-625/20, *KM contra Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)*.

incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta y gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, deberán comunicar tal circunstancia a la Entidad gestora competente». En coherencia con esta previsión, el art. 18 de la Orden 18 enero 1996 regula la revisión de la incapacidad reconocida cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. Sin perjuicio de la posibilidad de revisión que se reconoce a la Administración de la Seguridad Social, no debe olvidarse que la entidad gestora no puede suspender el abono de la pensión, aun cuando considere que el beneficiario podría estar incurriendo en incompatibilidad.

En efecto, conforme a una consolidada línea interpretativa mantenida por el Tribunal Supremo, la posibilidad de acordar la suspensión debe estar prevista en una norma, sin que quepa extender esta posibilidad a otros supuestos para los que no se hubiera establecido. En palabras del Tribunal Supremo, «la Orden de 1996 lo que permite al INSS es suspender la prestación por medio de un procedimiento de revisión cuando el trabajo discutido se refiere al beneficiario de una prestación por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez y las actividades pueden exceder del o previsto en aquel apartado del art. 141, pero no contempla en modo alguno que dicha entidad gestora pueda acordar una suspensión de prestaciones respecto del beneficiario de una prestación de incapacidad permanente total»⁴².

El régimen de compatibilidad entre pensión y segunda actividad

El paso a segunda actividad propio de determinados funcionarios⁴³, se produce cuando el funcionario no puede prestar los servicios operativos del cuerpo, o se ve afectado por limitaciones tales que le impiden la prestación de servicios con la seguridad exigida debido a un accidente, al transcurso del tiempo o a otras circunstancias sobrevenidas. La situación administrativa de “segunda actividad” se caracteriza porque la persona trabajadora mantiene la situación de servicio activo, pero con unas

⁴² STS 3 mayo 2005 (rec. 1113/2004). Véase con detalle sobre esta posibilidad R.P. RON LATAS, *¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el trabajo, suspendiendo su percibo?*, en *Aranzadi Social*, 2006, n. 3. También G. RODRÍGUEZ INIESTA, *Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n 184; C. GALA DURÁN, [La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011](#), en *Temas Laborales*, 2013, n. 122, p. 99.

⁴³ Pertenecientes a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado o de las comunidades autónomas, así como guardas forestales y funcionarios penitenciarios.

funciones que no son las que desempeñaba con anterioridad a producirse su paso a esa situación.

La segunda actividad supone así, el desempeño de tareas, que también son necesarias para la viabilidad de los servicios pero que tienen una carga de exigencias físicas y psíquicas ostensiblemente menor.

Para resolver si el salario de segunda actividad y la pensión por incapacidad permanente total resulta compatibles, hay que partir de la premisa de que el grado de total se determina teniendo en cuenta las funciones propias del trabajo desempeñado por la persona trabajadora, o el que puede desempeñar dentro de la movilidad funcional⁴⁴. Grado de incapacidad que, como indica el Tribunal Supremo, no se establece ni en función de la categoría profesional de la persona trabajadora⁴⁵, ni de su grupo profesional⁴⁶. Al contrario, la determinación del grado de incapacidad atiende «al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o pueda realizarse»⁴⁷.

En particular, la sentencia 23 septiembre 2020⁴⁸ resuelve las dudas planteadas acerca de la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el desempeño de servicio en segunda actividad. Y lo hace sobre la premisa de «la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad». Para el Alto Tribunal, hay compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que el trabajador sí tenga habilidad o capacidad física, pero no hay compatibilidad «con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo desmesurado, o con rendimiento anormalmente bajo, o con una y otra cosa a la vez) de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez».

Una vez sentada esa premisa, la sentencia analiza la naturaleza jurídica de la segunda actividad, y constata que se halla integrada en el servicio activo de la profesión del trabajador declarado incapaz permanente total (Cuerpo de la Policía local). Pues la segunda actividad solo se diferencia del ordinario servicio activo en las funciones específicas a desempeñar, de menor exigencia psico-física. Por ello, a juicio del Tribunal, «la lógica más elemental se opone a que pueda percibir pensión por incapacidad para ser Policía local quien mantiene esa condición profesional, realiza los cometidos propios de ella – en primera o segunda actividad – y por tal

⁴⁴ STS 10 octubre 2011, cit., STS 3 mayo 2012 (rec. 1809/2011) y STS 2 julio 2012 (rec. 3256/2011).

⁴⁵ STS 26 octubre 2016, cit.

⁴⁶ STS 28 febrero 2005, cit.

⁴⁷ STS 23 septiembre 2020, cit.

⁴⁸ Rec. 2800/2018, cit.

actividad recibe la correspondiente retribución».

No obsta a la interpretación que mantiene el Tribunal Supremo la modificación operada por la Ley 27/2011 y hoy incorporada al art. 198.1 LGSS, que permite compatibilizar pensión y trabajo, y percibir ambos emolumentos, «siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

En efecto, una interpretación sistemática y fundada en una lectura finalista de la norma lleva a la Sala a concluir que el art. 198.1 LGSS solo puede interpretarse considerando que la incapacidad permanente total se refiere «a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con segunda actividad».

También la STS 11 marzo 2020⁴⁹, al analizar si la calificación de la situación de incapacidad permanente exigía tener en cuenta las tareas de la profesión habitual o las que efectivamente se desarrollaban, consideró que habían de tomarse en consideración la totalidad de las tareas de la profesión habitual. En palabras del Tribunal «a efectos de la calificación de incapacidad permanente hay que tener en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la profesión y que en el caso de los policías locales el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual».

Esta misma interpretación es la que propugna la Administración de la Seguridad Social. El criterio de gestión 13/2017, de 2 de agosto⁵⁰, se pronuncia sobre la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con la situación de “segunda actividad” y considera, haciendo suya la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia 26 abril 2017⁵¹, que el «concepto – inalterado – de IPT se encuentra conectado a los cometidos de la profesión y no a las concretas funciones ejercidas, siendo inadmisibles la coexistencia de dos conceptos de incapacidad permanente: uno de aplicación general y otro a efectos de su compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados

⁴⁹ Rec. 3777/2017, cit.

⁵⁰ Dictado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica. Criterio ampliado por el Criterio de gestión 15/2018, sobre incompatibilidad entre la pensión para la profesión habitual y la situación de “segunda actividad” establecida en la normativa reguladora de la relación de servicios de determinados funcionarios públicos.

⁵¹ Rec. 3050/2015, cit.

colectivos, pues ello constituiría un privilegio injustificable para quienes, en razón de la segunda actividad, tienen garantizado en caso de IPT un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones».

Incapacidad permanente total cualificada y trabajo

La incapacidad permanente total cualificada no es un grado más de incapacidad, sino una mejora de la cuantía de la pensión para quienes han sido declarados en situación de incapacidad permanente total, siempre que tengan cincuenta y cinco o más años y respecto de los que se presume, por su falta de preparación general o especializada y las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual (art. 196.2 LGSS).

Aun cuando no se trate de un grado más de incapacidad, el art. 198.2 LGSS incluye una regla específica sobre la compatibilidad entre el trabajo y el incremento del 20% – sobre el 55% del grado de total – establecido para la incapacidad permanente cualificada.

En este sentido, el art. 198.2 LGSS prevé que podrá determinarse la incompatibilidad de la percepción del 20% adicional con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social. *Sensu contrario* podría entenderse que, si el trabajo por cuenta ajena o propia no determina la inclusión del beneficiario en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, podrían compatibilizarse trabajo y cobro del porcentaje adicional previsto para esta situación. No obstante, habrá que esperar a lo que pudiera regularse en la norma reglamentaria correspondiente, aunque en buena lógica, si el porcentaje adicional del 20% tiene por objeto compensar la mayor dificultad de encontrar nueva ocupación, podría entenderse que en ningún caso cabría declarar la compatibilidad, ni siquiera cuando el trabajo no determine la inclusión del sujeto en alguno de los regímenes de la Seguridad Social⁵².

⁵² Sí resulta compatible, en cambio, con la pensión de jubilación reconocida en otro Estado de la Unión Europea. Como indica la STS 9 diciembre 2020 (rec. 1513/2018) «la percepción del 20% de complemento sobre la pensión de IPTC es compatible con la pensión de jubilación abonada por Alemania. El artículo 53.3.a) del Reglamento UE 883/2004, sobre Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social regula la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza (como son las de IP y jubilación) y establece que a esos fines solo es posible tener en cuenta las prestaciones adquiridas en otro Estado miembro cuando la legislación nacional establezca que se tengan en cuenta las prestaciones o los ingresos adquiridos en el extranjero. Nuestro legislador no ha

3.1.3. Incapacidad permanente absoluta y gran invalidez

El art. 198.2 LGSS contiene dos previsiones en relación con la compatibilidad en el percibo de las pensiones por incapacidad permanente absoluta y por gran invalidez y el trabajo.

La primera de ellas afecta a todos los pensionistas de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez; la segunda, regula la situación de quienes siendo pensionistas de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez cumplan la edad de acceso a la pensión de jubilación.

La compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con el trabajo: planteamiento general

Con una redacción que ha permanecido invariable en las últimas reformas normativas, el art 198.2 LGSS prevé que «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»⁵³. Conforme a esta previsión, se admite la compatibilidad de la pensión con las actividades lucrativas que desarrolle el pensionista con la única limitación de que el trabajo no modifique la capacidad de trabajo del inválido a efectos de su revisión.

Debe concurrir, por tanto, una doble condición para que haya compatibilidad entre trabajo y pensión: que el trabajo que realiza sea compatible con el estado del incapacitado y que no represente un cambio en su capacidad, que dé lugar a una revisión del grado de incapacidad reconocido.

La regulación legal de la compatibilidad entre incapacidad permanente absoluta y gran invalidez y trabajo por cuenta propia o ajena, ha dado lugar a diferentes interpretaciones doctrinales que han tratado de identificar si las funciones compatibles con el estado del incapaz son solo aquellas actividades livianas o de carácter residual o, por el contrario, ante

aprobado hasta la fecha una previsión semejante. La claridad de la norma en cuestión (similar al precedente artículo 46.bis.3.a del Reglamento 1408/1971), su especificidad (va referida a los supuestos de previsiones sobre compatibilidad o “acumulación”) y la doctrina de la STJUE Blanco Marqués (aunque allí se trata de pensión abonada por Suiza) abocan a esa conclusión».

⁵³ La misma redacción se contenía en el art. 141.2 LGSS y en el art. 24.4 de la Orden 15 abril 1969.

la indefinición de la norma, se puede considerar que la pensión es compatible con el desempeño de cualquier actividad⁵⁴.

En una primera etapa, se venía defendiendo que la regulación del art. 198.2 LGSS solo preveía la compatibilidad entre la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con trabajos de carácter esporádico, marginal o de poca entidad que no exigieran la realización de grandes esfuerzos⁵⁵. Se imponía así una tesis restrictiva que consideraba incompatible la percepción de pensiones que, por definición, compensan la ausencia total de capacidad para trabajar, con trabajos que exigen el mantenimiento de un determinado nivel de concentración, de esfuerzo, de rendimiento, etc.

Conforme a este planteamiento restrictivo, se establecía un régimen de compatibilidad que impedía que los pensionistas de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez pudieran realizar actividades que no fueran esporádicas o marginales⁵⁶. En esta línea, también consideraba el INSS que los beneficiarios de esas pensiones no podían realizar ninguna actividad que implicara el desempeño de servicios que no tuvieran carácter ocasional o marginal. De cualquier forma, el desempeño de tales actividades debía comunicarse a la entidad gestora que podía suspender el pago de la pensión, proceder a la revisión del grado de invalidez y, en su caso, obligar al sujeto a reintegrar la pensión indebidamente percibida, si consideraba que se trataba de actividades que iban más allá de tareas livianas, ocasionales o marginales.

Frente a esa tesis restrictiva, se impone una interpretación más amplia del régimen de compatibilidad entre las pensiones por incapacidad

⁵⁴ Véanse las diferentes posturas en J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *op. cit.*, p. 101 ss.

⁵⁵ Véanse en este sentido STS 19 diciembre 1988, STS 26 diciembre 1988 y STS 26 enero 1989. También un importante sector doctrinal ha venido defendiendo esta tesis: *cf.* R. ROQUETA BUJ, *La incapacidad permanente*, cit., p. 238. F. LÓPEZ TARRUELLA, C. VIQUEIRA PÉREZ, *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Civitas, 1991, p. 41, consideran que «la actividad compatible que no represente un cambio en su capacidad será aquella que no suponga el ejercicio de una profesión u oficio».

⁵⁶ En esta línea, la STS 20 diciembre 1985 (citada por la STS 20 marzo 2019, rec. 2648/2017) recogía que «el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser mínima significación y relieve porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que de mantenerse un criterio amplio [...] el resultado sería, como acaba de anticiparse, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo».

permanente absoluta y gran invalidez, y las rentas del trabajo⁵⁷. Conforme a la literalidad del art. 198.2 LGSS debe considerarse que, si las actividades que desempeña el pensionista no alteran o agravan su estado ni su capacidad a efectos de revisión, no puede preverse una incompatibilidad general entre pensión y trabajo lucrativo⁵⁸. Esa es, precisamente, la intención del legislador. La redacción del art. 198.2 LGSS pone de manifiesto el deseo de garantizar la posibilidad de empleo de los declarados en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, sin más condicionante que el previsto expresamente en el propio precepto. Así, lo recoge también una consolidada doctrina jurisprudencial de la que es buena muestra la STS 20 marzo 2019⁵⁹. La sentencia, reproduciendo pronunciamientos anteriores, antepone el derecho al trabajo recogido en el art. 35 CE a cualquier otra consideración. Y ello, sobre la premisa de que su ejercicio constituye un elemento claramente beneficioso para dicho colectivo. Considera el Tribunal Supremo en esa línea que «la literalidad del precepto – art. 141.2 LGSS /94 – apunta a la compatibilidad trabajo/pensión [“las pensiones ... no impedirán ... aquellas actividades... compatibles”], al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible *ex. art. 35 ET*, siendo de destacar que la remisión que al Reglamento se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la IPT. [...] La opción interpretativa contraria llevaría a hacer 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)».

Incluso se admite la compatibilidad cuando el pensionista vuelve a prestar los mismos servicios en los que se declaró la incapacidad, aun cuando se

⁵⁷ En este sentido *vid.* R. RODRÍGUEZ IZQUIERDO, *Régimen jurídico de las prestaciones por Incapacidad Permanente*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.I. GARCÍA NINET (dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares, 2004, pp. 498 ss.

⁵⁸ La STS 20 marzo 2019, cit., considera que «la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA [...] la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario [consecuencia impuesta [...] por la lógica del sistema] privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo – psicofísico – por parte del inválido». En particular en relación con los trabajos que pueden realizar los grandes inválidos, la STS 20 enero 2008 indicaba que «la pensión de gran invalidez es compatible con cualquier actividad productiva que pueda desarrollar el interesado y no sólo con actividades productivas marginales o que generalmente están fuera del mercado de trabajo».

⁵⁹ Rec. 2648/2017, cit.

trata de una posibilidad que no deja de resultar curiosa. Afirma al respecto el Tribunal Supremo que si se trata de las mismas lesiones que determinaron la primera declaración de incapacidad permanente y no han sufrido modificación, no procede que el INSS revise el estado del incapaz para extinguir el derecho a la pensión⁶⁰.

Aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado de forma expresa sobre el alcance del derecho al trabajo de los incapaces permanentes absolutos y de los grandes inválidos, en alguna ocasión ha manifestado su reticencia a que puedan desarrollar cualquier actividad laboral. En esos términos, la STC 205/2011, de 15 de diciembre⁶¹, califica de singularidad «la situación de una persona que compatibiliza el trabajo por cuenta propia o ajena con la percepción de una pensión pública que tiene como finalidad esencial la cobertura económica de situaciones de disminución o anulación de la capacidad laboral».

En fin, estamos antes soluciones – interpretación restrictiva vs. interpretación más flexible – que no terminan de contentar a todos⁶², lo que pone de manifiesto la imperiosa necesidad, apuntada por el Tribunal Supremo, de que esta materia sea regulada por el legislador con mayor claridad y precisión⁶³. Por otro lado, hay quienes ponen de manifiesto el doble rasero que se utiliza para justificar la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo, manifestando que en el examen de compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el trabajo, el Tribunal Supremo atiende a los intereses de la Seguridad Social, que antepone al derecho al trabajo mediante un juicio estricto de compatibilidad entre la pensión y el trabajo que se desarrolla. En cambio, en el análisis de la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente absoluta y por gran invalidez, prevalece el derecho al trabajo frente a los intereses de la Seguridad Social⁶⁴.

Doctrina autorizada defiende otras alternativas a esa compatibilidad casi ilimitada:

- compatibilizar la pensión sólo en el importe correspondiente a la IPT,

⁶⁰ STS 23 abril 2009 (rec. 2512/2008).

⁶¹ Sentencia comentada por S. OLARTE ENCABO, *El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de incapacidad permanente*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 116.

⁶² Véase F. MORENO DE VEGA Y LOMO, *¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 4; A. VICENTE PALACIO, *Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez y compatibilidad con trabajo no marginal o residual. ¿Es todavía la capacidad profesional el criterio que determina la calificación de la Incapacidad Permanente en el nivel contributivo de prestaciones? (A propósito de la STS de 14 de octubre de 2009)*, en *Tribuna Social*, 2010, n. 233.

⁶³ STS 30 enero 2008 (rec. 480/2007).

⁶⁴ C. GALA DURÁN, *op. cit.*

recuperando su integridad cuando se cese en el desarrollo de la actividad productiva;

- aplicar al diferencial entre la incapacidad permanente total y la absoluta el mismo régimen que al complemento por invalidez permanente total cualificada⁶⁵.

Debe recordarse, no obstante, que no hay una compatibilidad incondicionada. El art. 198.2 LGSS incluye dos límites: que el trabajo resulte compatible con el estado del incapacitado, y que ese trabajo no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. El control de que se no se produzcan situaciones de incompatibilidad corresponde a la Administración de la Seguridad Social. El art. 2 del RD 1071/1984 regula la obligación de los pensionistas de incapacidad permanente – total, absoluta y gran invalidez – «que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia», de comunicar esa circunstancia a la Entidad gestora. Previéndose que el incumplimiento de esa obligación determinará la imposición de las sanciones previstas en la LISOS, así como el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas que, en su caso, corresponda⁶⁶.

La compatibilidad de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con el trabajo a partir del cumplimiento de la edad de jubilación

El art. 198.3 LGSS incluye una previsión específica sobre el régimen de compatibilidad entre pensiones por incapacidad permanente y trabajo de beneficiarios que hayan cumplido la edad de acceso a la pensión de jubilación. Conforme al precepto referido «el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1»⁶⁷.

⁶⁵ A.V. SEMPERE NAVARRO, *Compatibilidad de la pensión de gran invalidez*, *Comentario a la STS-SOC 30 enero 2008, rec. 480/2007 (RJ 2008, 1984)*, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 2008, n. 12.

⁶⁶ Además, el art. 18 de la Orden 18 enero 1996, al regular la revisión de la incapacidad por ejercer trabajos por cuenta propia o ajena, prevé que podrá producirse la suspensión de la pensión «cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social».

⁶⁷ Téngase en cuenta que a raíz de la reforma operada por la Ley 27/2011 ya no hay una

Esta previsión tiene su origen en el [Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo](#) de 2011, donde se formula una recomendación que viene a matizar el régimen de compatibilidad casi plena. Así, se establece que «en todo caso, al alcanzar el pensionista de incapacidad la edad de jubilación el régimen de compatibilidad de su pensión deberá regirse por los mismos criterios de compatibilidad que, con carácter ordinario, se puedan establecer para la pensión de jubilación» (recomendación 18). El origen de esta disposición se encuentra en las críticas que se formulaban al hecho de que «las pensiones de jubilación resultan ser incompatibles con realización de una actividad [...]. Sin embargo, cuando se trata de incapacitados, sean grandes inválidos o absolutos incluso después de los 65 años se les permite por la legislación actual seguir compatibilizando la percepción íntegra de la pensión con el trabajo a tiempo completo. No parece que socialmente sea ésta la situación más acertada y convincente, sino que el tratamiento para estos supuestos debe discurrir por los mismos cauces que las pensiones de jubilación».

El planteamiento plasmado en el Pacto de Toledo es claro. En primer lugar, se defiende con contundencia la compatibilidad entre pensión por incapacidad permanente y trabajo ya que se trata de una de las medidas que pueden resultar más eficaces para favorecer el acceso de los incapaces permanentes al mercado de trabajo, pero, al mismo tiempo, esa medida protectora del empleo pierde su razón de ser una vez que ya se ha cumplido la edad que permite el acceso a la pensión de jubilación. En tal caso, resultan de aplicación las previsiones en cuanto a incompatibilidad previstas en el art. 213 LGSS.

En fin, téngase en cuenta que las recomendaciones contenidas en el citado [Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo](#) se referían en general a la incapacidad permanente, pero el régimen de incompatibilidad del art. 198.3 LGSS solo afecta a los grados de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, los beneficiarios de pensión por incapacidad permanente total pueden compatibilizar su pensión con las rentas derivadas del trabajo sin limitación por razón de edad.

3.2. El régimen de compatibilidad en el nivel no contributivo

Teniendo en cuenta que el objeto de la protección en el nivel no

única edad de jubilación, sino que esta depende de los años de cotización acreditados por el beneficiario. Será necesario que el causante de la pensión tenga 67 años, o 65 cuando acredite 38 años y medio cotizados a la Seguridad Social.

contributivo es atender a quienes se encuentran en situación de necesidad y carezcan de los recursos suficientes para subsistir, lo razonable sería establecer la incompatibilidad entre la pensión por invalidez y el trabajo que preste el beneficiario de la pensión y que le genere unos ingresos económicos que, por definición, serían incompatibles con el espíritu de la protección de carácter no contributivo⁶⁸.

Sin embargo, tanto el art. 363 LGSS – beneficiarios –, como el art. 366 LGSS – compatibilidad de las pensiones – incluyen previsiones para que los ingresos derivados del trabajo no serán un impedimento para el mantenimiento de la pensión no contributiva.

El art. 363 LGSS dispone que los beneficiarios a quienes se hubiera suspendido la pensión por trabajar por cuenta ajena, establecerse por cuenta propia o acogerse a programas de renta activa de inserción, «recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción». Para comprobar si se cumple el requisito de carencia de rentas establece que «no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa».

El art. 366 LGSS tampoco recoge una regla de incompatibilidad absoluta entre la pensión de invalidez no contributiva y los ingresos del beneficiario. Al contrario, se prevé que «en el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del indicador público de renta de efectos múltiples, excluidas las pagas extraordinarias y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento». Si excediera de esa cuantía, se producirá una minoración del importe de la pensión en la cuantía precisa para no sobrepasar ese límite.

En similares términos a los previstos en el art. 198.3 LGSS, también el art

⁶⁸ Véanse sobre el régimen de incompatibilidad en el nivel no contributivo las consideraciones de J.F. BLASCO LAHOZ, *La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad social como instrumento para su desarrollo*, en *Revista de Información Laboral*, 2018, n. 11.

366 LGSS dispone que «las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva 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».

4. Reflexiones sobre un nuevo sistema de compatibilidad en el marco de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social

4.1. La articulación del derecho al trabajo de las personas con incapacidad

En los últimos años los poderes públicos han adoptado diversas iniciativas para garantizar la integración laboral del colectivo personas incapaces – o con una discapacidad reconocida –, con el fin de evitar su exclusión social. Sin duda, el establecimiento de medidas que garanticen el acceso al trabajo de este colectivo es una de las vías más eficaces para conseguir una plena integración en la sociedad⁶⁹. Existen en la actualidad mecanismos diversos que fomentan, garantizan y hacen efectivo el derecho al trabajo de ese colectivo, con independencia de que sean perceptores de una prestación de Seguridad Social⁷⁰.

La Constitución reconoce el derecho al trabajo en el art. 35.1 y prevé que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo». Este reconocimiento general del derecho al trabajo se complementa con la previsión del art. 49 CE, conforme al cual «los poderes públicos realizarán una política 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

⁶⁹ Véanse sobre la dicotomía trabajo/discapacidad las consideraciones de A. O'REILLY, *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, OIT, 2007, p. 4, donde recuerda que, como se prevé en la Recomendación R071 de 1944 sobre la organización del empleo, «cualquiera que sea el origen de su invalidez, deberían disponer de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales y de colocación en un empleo útil [...]. Las personas con discapacidades deberían, siempre que fuera posible, recibir formación junto con otros trabajadores, en las mismas condiciones y con la misma remuneración».

⁷⁰ Cfr. J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, *El derecho a la protección de las personas con minusvalías*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, 2002.

especialmente para el disfrute de los derechos que se otorgan a todos los ciudadanos»⁷¹.

Por su parte, el art. 4.2.c ET completa esa regulación al incluir como derechos de los trabajadores el de no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo «por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate».

En el ámbito de la Seguridad Social el reconocimiento del derecho a trabajar, y a mantener la pensión reconocida, de los declarados incapaces permanentes no constituye una novedad. La preocupación por la integración social de los incapacitados se ha convertido en una constante en las distintas recomendaciones emitidas en el seno de las Comisiones de Control y Seguimiento del Pacto de Toledo. En la primera versión de estas recomendaciones, se partía de la premisa de que el sistema de Seguridad Social es un instrumento de política social que debe contribuir a la plena inclusión de las personas con discapacidad, por lo que se consideraba necesario flexibilizar el régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obliga a elegir entre pensión o trabajo. Concluyéndose que la Seguridad Social no debía expulsar a nadie del mercado de trabajo, sino potenciar mecanismos de incorporación atención inclusiva que facilitasen la plena autonomía de las personas con discapacidad.

Sobre este planteamiento general, las distintas comisiones han venido destacando, como recomendación adicional, «la necesidad de seguir avanzando en este sentido [...] [por lo que se] recomienda, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución, prestar una atención especial a los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales para el disfrute de sus derechos en la materia, evitando cualquier tipo de discriminación y fomentando su plena integración laboral y social [...] en el desarrollo de las distintas políticas públicas, y en especial de aquellas vinculadas al sistema de protección social, se evalúe su impacto sobre las personas discapacitadas»⁷².

El informe del año 2011 daba un paso más en esta materia para garantizar que el sistema de Seguridad Social contribuiría en mayor medida a la plena inclusión de las personas con discapacidad. Y para ello recomendaba

⁷¹ Véanse las interesantes reflexiones sobre el alcance del art. 49 CE en D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *Discapacidad y empleo en España: una perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social*, en *esta Revista*, 2021, n. 3, pp. 142-145.

⁷² *Pacto de Toledo. Aprobación del Informe de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados el 30-09-03*, p. 8, que fue el origen de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

intensificar los niveles de protección y promover que el Sistema de Seguridad Social «no comporte trabas para la activación y, por tanto, el acceso al empleo de calidad de las personas con discapacidad, y que, al mismo tiempo, estimule, compatibilizándolas en su caso, el tránsito de medidas pasivas a medidas activas». Así, se consideraba necesaria la flexibilización del régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente, para moderar la incompatibilidad existente que obligaba a elegir entre pensión o trabajo a fin de evitar que los beneficiarios de pensión debieran optar por la pensión, permaneciendo inactivos, cuando podrían desarrollar una actividad laboral acorde con sus circunstancias⁷³.

En el último informe emitido en el seno de la comisión de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, el 19 de noviembre de 2020, se refuerza la necesidad de que el sistema de Seguridad Social contribuya «a que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos de ciudadanía y, de esta forma, garantizar su plena inclusión y participación sociales», por lo que se valoran de forma positiva «la articulación de medidas que refuerzan la cobertura social de las personas con discapacidad como, en particular, la flexibilización de los umbrales de compatibilidad entre actividad lucrativa y pensiones no contributivas de incapacidad».

También la doctrina del Tribunal Supremo, como se ha visto, se ha hecho eco de esta realidad y defiende, prácticamente sin fisuras, el derecho al trabajo de las personas con discapacidad con independencia de su condición de beneficiarias de una pensión por incapacidad permanente, permitiéndoles, por tanto, compatibilizar el percibo de pensión y salario. Y es que, en línea con lo anterior, y como ha puesto de manifiesto un importante sector doctrinal, «la titularidad del derecho al trabajo, en tanto que inherente a la naturaleza humana y reconocido como valor cívico por el art. 35.1 CE, no permite excluir a quien se hallare en la citada situación. De acuerdo a la misma, el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS, 2 RD 1071/1984 y 18.4 Orden 18-1-1996»⁷⁴.

La garantía del derecho al trabajo de los pensionistas por incapacidad permanente se manifiesta también de otras formas. Señaladamente la previsión de reserva de empleo cuando se haya declarado a la persona trabajadora en situación de incapacidad permanente. En este sentido, si bien el art. 49.1.e ET prevé la extinción del contrato de trabajo por gran

⁷³ *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*, cit.

⁷⁴ J.R. MERCADER UGUINA (dir.), *op. cit.*, p. 104.

invalidez o invalidez permanente total o absoluta, el propio precepto introduce una importante excepción y es que, si bien la pérdida o la disminución de la capacidad justifica la extinción del contrato de trabajo, solo se va a admitir la extinción automática de la relación laboral cuando las resoluciones administrativas que declaran la incapacidad permanente en los grados antes indicados han alcanzado firmeza. De cualquier forma, y como reconoce el Tribunal Supremo, se trata de un supuesto de extinción del contrato que no opera automáticamente, pues «las partes pueden acordar un cambio en el contrato, variando el tipo de servicios a prestar por el trabajador inválido, de tal forma que haya de desempeñar labores para las que sí conserva aptitud psicofísica, e incluso puede suceder que el empresario esté obligado a esa modificación contractual en virtud de lo dispuesto en convenio o pacto colectivo e, incluso, por acuerdo previo entre ellos»⁷⁵.

Por otro lado, el art. 48.2 ET prevé una excepción a la regla general de extinción del contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o de gran invalidez. En los términos previstos por el referido artículo, «en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, 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 período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente». Conforme a la previsión legal, la extinción del contrato en virtud de resolución firme de declaración de incapacidad permanente queda sin efecto si el órgano calificador de la incapacidad prevé que es posible una revisión por mejoría del estado del incapaz, en este caso la previsión de extinción del vínculo laboral se sustituye por la de suspensión de este durante el plazo de dos años desde la resolución que declara la incapacidad permanente.

4.2. Sobre la necesidad de revisar el régimen de compatibilidad vigente

Sin cuestionar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, hace

⁷⁵ STSJ País Vasco 21 noviembre 2000 (rec. 2365/2000) con cita de la STS 12 julio 1988.

tiempo que se viene poniendo de manifiesto la necesidad de introducir elementos de racionalización en el sistema de Seguridad Social para garantizar el sostenimiento del sistema, su pervivencia y la protección de generaciones futuras.

Como se ha constatado, el Tribunal Supremo aboga por la plena compatibilidad entre la pensión reconocida por cualquier grado de incapacidad permanente y el trabajo del beneficiario, incluso el grado de incapacidad permanente absoluta⁷⁶. Sin embargo, esta previsión de compatibilidad plena, sin más limitaciones que las legalmente previstas que, además, son objeto de interpretación restrictiva por los tribunales, plantea algunas dudas a la luz de la situación actual del sistema de Seguridad Social. En efecto, sobre la premisa de la necesidad de introducir elementos de racionalidad en el sistema de protección social, quizá habría que cuestionarse si el establecimiento de un sistema de compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente para el trabajo con el trabajo del beneficiario es coherente con los fines perseguidos con esa protección que, precisamente, compensa la pérdida de rentas del trabajo debido a esa incapacidad para trabajar⁷⁷.

Conforme a ese planteamiento, y como acertadamente se ha apuntado, no se trata de negar el derecho al trabajo de las personas con una incapacidad reconocida, derecho constitucional irrenunciable y merecedor de todas las garantías en su ejercicio y de protección en caso de vulneración del mismo⁷⁸, sino de articular un sistema que, en el marco de la racionalización del sistema de protección social y de su sostenibilidad, establezca mecanismos que prevean suspensiones de la pensión mientras el beneficiario presta sus servicios por cuenta propia o ajena, sin que ello suponga que se prohíba el derecho de estos sujetos al trabajo, sino sencillamente que «el inválido obtenga ingresos simultáneos, de semejante entidad, por causas contradictorias y que se niegan entre sí: pensión

⁷⁶ STS 14 julio 2010 (rec. 3531/2009). Pues a juicio del tribunal, cualquier otra interpretación supondría un agravio comparativo entre el trabajador con una incapacidad permanente total frente al incapaz permanente absoluto o al gran inválido.

⁷⁷ En este sentido, S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias*, en J. AGUSTÍ JULIÀ, J. FARGAS FERNÁNDEZ (coords.), *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Bomarzo, 2010, p. 194. En similares términos J.C. ÁLVAREZ CORTÉS, E. ALONSO RUSSI, *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 106, p. 254 ss.; C. GALA DURÁN, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁸ Aun cuando algún autor considere que «recorrir a una presunta vulneración del derecho cívico al trabajo cuando no se permite trabajar a quien está permanentemente incapacitado con carácter absoluto para la práctica profesional, es una opción que hay que valorar con la suficiente cautela» (F. MORENO DE VEGA Y LOMO, *op. cit.*, p. 28).

porque no puede desarrollar un trabajo productivo de ningún tipo, y salario porque sí puede hacerlo»⁷⁹.

Desde la vertiente de la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social la regulación de un régimen estricto de compatibilidad/trabajo que impida la percepción simultánea de la pensión pública y las rentas derivadas del trabajo, puede suponer un ahorro importante para las cuentas del sistema, así como contribuir a reducir la nómina de pensiones, sin que se afecte el derecho a la protección de los beneficiarios porque, o bien percibirán la pensión de Seguridad Social o bien las rentas del trabajo, pero no ambos al tiempo.

Sin embargo, no puede dejar de advertirse de las consecuencias desfavorables que podría acarrear el establecimiento de un régimen estricto de incompatibilidad pensión/trabajo. Así:

- puede ser un elemento disuasorio para que quienes han sido declarados incapaces permanentes retornen al mercado de trabajo, buscando de forma activa una nueva ocupación adaptada a su capacidad laboral, ya que perderían la pensión que venían recibiendo;
- además, puede producirse una reducción de los ingresos por cuotas que recibiría el sistema, provenientes de las rentas del trabajo de los incapaces permanentes.

En efecto, analizado el problema de forma global, lo cierto es que un régimen estricto de incompatibilidad desincentiva el trabajo, «con un doble efecto negativo para el sistema público de protección: ausencia en la obtención de nuevas cotizaciones; se mantiene un coste en forma de pensión que podría ser objeto de revisión a la baja, suprimiéndose su abono en todo o en parte»⁸⁰.

Por otro lado, debe tenerse presente que la actual situación demográfica y económica no es nada halagüeña para las políticas de protección social. En efecto, desde hace tiempo asistimos a un descenso progresivo del número de cotizantes como consecuencia tanto de la coyuntura económica, de los accesos a la jubilación a edades más tempranas, del aumento del número de pensionistas o del incremento de la duración de las pensiones por el incremento de la esperanza de vida⁸¹. A ello se une la disminución de la tasa de natalidad, que está por debajo del umbral preciso para que se garantice la reposición demográfica. Los datos son reveladores de esta realidad; el gasto total en pensiones según datos del

⁷⁹ S. GONZÁLEZ ORTEGA, *op. cit.*, p. 193.

⁸⁰ A.V. SEMPERE NAVARRO, *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, en *Aranzadi Social*, 2013, n. 9.

⁸¹ Que de media se sitúa en 83,06 años, 80,24 años los hombres y 85,83 las mujeres (INE, [Proyecciones de Población 2022-2072](#), Nota de prensa, 13 octubre 2022).

mes de octubre de 2022 ascendió a 10.997 M€, habiendo experimentado un incremento interanual del 4,5%. El número de pensiones se sitúa en 9.959.123 millones⁸², y las cuentas de la Seguridad Social muestran un saldo negativo de 6.449,93 M€ a 31 de diciembre de 2022⁸³. Y no puede olvidarse que el sostenimiento del sistema de reparto se basa en el relevo generacional, por lo que si este no está garantizado la viabilidad del sistema puede verse comprometida.

Sin duda son necesarias medidas muy meditadas que tengan en cuenta el marco actual en lo que a situación económica y social se refiere, y que ponderen debidamente las ventajas y los inconvenientes del mantenimiento de un sistema de compatibilidad plena entre pensiones por incapacidad permanente y trabajo. El análisis de la conveniencia de modificar el régimen de compatibilidades vigente debe tener en cuenta tanto el derecho constitucional al trabajo de los trabajadores con una incapacidad y su especial protección, como las situaciones anteriormente descritas.

Teniendo presentes ambos aspectos no faltan propuestas al respecto. En particular, y en relación con la incapacidad permanente, se propone:

- la introducción de factores de corrección en la incapacidad permanente total para limitar la compatibilidad plena, previendo, por ejemplo, reducciones de la cuantía de la pensión teniendo en cuenta los ingresos de los beneficiarios de pensión;
- la previsión de revisiones de oficio de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez cuando se trabaje por cuenta propia o ajena⁸⁴.

5. Conclusiones

El régimen actual de compatibilidad entre pensiones por incapacidad permanente y rentas del trabajo debería ser replanteado a la luz de la situación actual del sistema de Seguridad Social. En efecto, un régimen de compatibilidad plena como el vigente, suscita cuestiones que merecen una especial atención.

⁸² Fuente: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [El gasto en pensiones contributivas se sitúa en el 11,8% del PIB](#), en [revista.seg-social.es](#), 25 octubre 2022.

⁸³ Fuente: MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES, [La Seguridad Social reduce el déficit en 400 millones con respecto al año pasado](#), en [revista.seg-social.es](#), 27 diciembre 2018.

⁸⁴ Cfr. A.V. SEMPERE NAVARRO, *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, cit.

En primer lugar, la necesidad de reformular el concepto de profesión habitual, dotándolo de seguridad jurídica y aclarando qué actividades concretas abarca. Incluso se podría potenciar que los interlocutores sociales aborden en la negociación colectiva la identificación del concepto de profesión habitual.

En segundo lugar, la incongruencia que puede suponer que una persona trabajadora en situación de incapacidad permanente pueda desarrollar la misma actividad – y las mismas funciones – que reconocerse la incapacidad y que esta situación no esté afecta de incompatibilidad alguna. De esta posibilidad, que se reconoce en los grados de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, puede resultar que el beneficiario pueda compatibilizar la pensión máxima con el salario que haya acordado con la empresa, rompiendo de esta forma el principio en el que se basa la protección por incapacidad permanente, cual es proveer al trabajador de las rentas que pierde como consecuencia de la declaración de incapacidad permanente.

En fin, el reconocimiento de la plena compatibilidad puede cuestionarse desde varias vertientes. A la anteriormente señalada se une la que propugna la defensa de la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, de forma que se permita realizar ajustes en el importe de la pensión de quienes teniendo derecho al 100% de su base reguladora, compatibilicen la pensión con un trabajo por cuenta propia o ajena. Sin perjuicio de que si pierden el trabajo, recuperen la totalidad de la pensión.

De esta forma se trata de racionalizar la protección de la incapacidad permanente sin desincentivar el trabajo de los pensionistas por esta contingencia, pero siendo respetuosos con el sistema de Seguridad Social, evitando que se generen costes adicionales.

6. Bibliografía

ÁLVAREZ CORTÉS J.C., ALONSO RUSSI E. (2010), *Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena*, en *Temas Laborales*, n. 106, pp. 245-259

ÁLVAREZ MORENO A. (2016), *Problemas derivados de la indeterminación legal de la profesión habitual. Situaciones de compatibilidad no deseadas y propuestas de revisión*, en *Medicina y Seguridad del Trabajo*, n. extra., pp. 69-76

ARIAS DOMÍNGUEZ Á. (2008), *De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del art. 1.2 de la Ley 5/2003*, en *Aranzadi Social*, n 3, pp. 37-44

- BLASCO LAHOZ J.F. (2018), *La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad social como instrumento para su desarrollo*, en *Revista de Información Laboral*, n. 11, pp. 35-71
- BLASCO LAHOZ J.F. (2017), *La convergencia en el derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social. La compatibilidad e incompatibilidad de las prestaciones*, en *Revista de Información Laboral*, n. 10, pp. 59-101
- DESDENTADO BONETE A. (2006), *Prólogo* a P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales, la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi
- FABREGAT MONFORT G. (2005), *La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente*, en *Aranzadi Social*, n. 5, pp. 1049-1072
- GALA DURÁN C. (2013), [La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011](#), en [Temas Laborales](#), n. 122, pp. 79-123
- GARCÍA NINET J.I. (1991), *La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos*, en *Tribuna Social*, n. 10, pp. 31-36
- GARCÍA SABATER A. (2019), *El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 221, pp. 171-188
- GONZÁLEZ ORTEGA S. (2010), *Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias*, en J. AGUSTÍ JULIÀ, J. FARGAS FERNÁNDEZ (coords.), *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*, Bomarzo
- GUTIÉRREZ COLOMINAS D. (2021), [Discapacidad y empleo en España: una perspectiva histórica sobre su evolución normativa a la luz del modelo social](#), en [Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo](#), n. 3, pp. 138-161
- INE (2022), [Proyecciones de Población 2022-2072](#), Nota de prensa, 13 octubre
- LÓPEZ AHUMADA E. (2017), *Incapacidad Permanente*, en E.M. BLÁZQUEZ AGUDO (dir.), *Derecho de la Seguridad Social. Teoría y Práctica*, Juruá
- LÓPEZ TARRUELLA F., VIQUEIRA PÉREZ C. (1991), *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Civitas
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE L. (2012), *Incapacidad permanente*, en A.V. SEMPERE NAVARRO, F.J. FERNÁNDEZ ORRICO (dirs.), *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Aranzadi
- MERCADER UGUINA J.R. (dir.) (2012), [Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma](#), Ministerio de Empleo y Seguridad Social

- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2022), [El gasto en pensiones contributivas se sitúa en el 11,8% del PIB](#), en [revista.seg-social.es](#), 25 octubre
- MINISTERIO DE INCLUSIÓN, SEGURIDAD SOCIAL Y MIGRACIONES (2018), [La Seguridad Social reduce el déficit en 400 millones con respecto al año pasado](#), en [revista.seg-social.es](#), 27 diciembre
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN (2011), [Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo](#)
- MONEREO PÉREZ J.L., MOLINA NAVARRETE C. (2002), *El derecho a la protección de las personas con minusvalías*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, M.N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares
- MORENO DE VEGA Y LOMO F. (2013), *¿Compatibilidad entra pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?*, en *Aranzadi Social*, n. 4, pp. 25-38
- O'REILLY A. (2007), [El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades](#), OIT
- OLARTE ENCABO S. (2012), [El principio de igualdad en la revisión de las pensiones de incapacidad permanente](#), en [Temas Laborales](#), n. 116, pp. 229-242
- PALOMINO SAURINA P. (2015), *Compatibilidad de pensión de incapacidad permanente total con pensión de jubilación parcial causada en el Régimen General de la Seguridad Social en virtud de trabajo distinto. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2014*, en *Revista de Información Laboral*, n. 5, pp. 157-168
- PÉREZ CAMPOS A.I. (2004), *Incapacidad Permanente*, en AA.VV., *Factbook Seguridad Social*, Aranzadi
- POQUET CATALÁ R. (2015), *La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n 3, pp. 55-73
- RIVAS VALLEJO P. (2020), [El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato por incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo](#), en [Revista de Jurisprudencia Laboral](#), n. 10, pp. 1-10
- RIVAS VALLEJO M.P. (2007), *La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo*, en *Aranzadi Social*, n. 1, pp. 3270-3277
- RODRÍGUEZ INIESTA G. (2016), *Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente*, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n 184, pp. 179-212
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO R. (2006), *Concepto jurídico y grados de incapacidad permanente*, en P. RIVAS VALLEJO (dir.), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales, la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Aranzadi

RODRÍGUEZ IZQUIERDO R. (2004), *Régimen jurídico de las prestaciones por Incapacidad Permanente*, en J.L. MONEREO PÉREZ, J.I. GARCÍA NINET (dirs.), *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Comares

RODRÍGUEZ JOUVENCEL M. (1993), *La incapacidad para el trabajo*, Bosch

RON LATAS R.P. (2006), *¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el trabajo, suspendiendo su percibo?*, en *Aranzadi Social*, n. 3, pp. 2951-2956

ROQUETA BUJ R. (2001), *El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente*, en [Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n. 29](#), pp. 111-132

ROQUETA BUJ R. (2000), *La incapacidad permanente*, Consejo Económico y Social

SEMPERE NAVARRO A.V. (2019), *Enfermedad preexistente a la declaración de riesgos en seguro de Incapacidad Permanente*, en [Revista de Jurisprudencia Laboral, n. 1](#), pp. 1-8

SEMPERE NAVARRO A.V. (2013), *El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo*, en *Aranzadi Social*, n. 9, pp. 15-32

SEMPERE NAVARRO A.V. (2008), *Compatibilidad de la pensión de gran invalidez. Comentario a la STS-SOC 30 enero 2008, rec. 480/2007 (RJ 2008, 1984)*, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 12, pp. 29-41

VELASCO PORTERO M.T. (2015), *Reconsideración sobre la equiparación entre enfermedad y discapacidad*, en *Temas Laborales, n. 131*, pp. 231-241

VICENTE PALACIO A. (2010), *Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez y compatibilidad con trabajo no marginal o residual. ¿Es todavía la capacidad profesional el criterio que determina la calificación de la Incapacidad Permanente en el nivel contributivo de prestaciones? (A propósito de la STS de 14 de octubre de 2009)*, en *Tribuna Social*, n. 233, pp. 45-51

Reseñas Bibliográficas



Derecho y poder. Aportes para una teoría crítica del derecho del trabajo

*Una reseña por Mariel Payo Esper**

Guillermo Pérez Crespo

Derecho y poder. Aportes para una teoría crítica del derecho del trabajo

Imago Mundi, 2022

ISBN: 9789507933929

El punto de partida de esta reciente obra es la convicción de la importancia política que reviste la reflexión sobre el derecho del trabajo en el marco de la crisis del mismo como disciplina jurídica. Guillermo Pérez Crespo ensaya un concepto del derecho del trabajo, revisa su construcción histórica en tanto *praxis* y *plexo normativo*, y devela los argumentos filosóficos y sociológicos a partir de los cuales la doctrina jurídica encubre el conflicto social. Lejos de leer el derecho como emanado de la voluntad divina o un mandato moral trascendente, lo recupera en su carácter de expresión de relaciones sociales y, a partir de ello, reflexiona sobre la pérdida de sus rasgos protectorios. Este proceso, tiene lugar en un contexto signado por cambios en las relaciones sociales, la emergencia de nuevas tecnologías, globalización y otros condicionamientos impuestos por el capital que implican el paso del Estado social de derecho a la *flexiseguridad*.

El libro comienza con un breve recorrido histórico de la construcción normativa desde las civilizaciones antiguas hasta la actualidad. Las discusiones sobre el vínculo entre justicia y derecho comienzan en las

* Licenciada en Sociología, Universidad Nacional de La Plata (Argentina); Doctora en Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires (Argentina); Profesora de Historia Social General "A", Universidad Nacional de La Plata (Argentina), de Sociología de las Organizaciones, Universidad Nacional Arturo Jauretche (Argentina), y de Análisis de los Procesos y Organización del Trabajo, Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo (Argentina).

sociedades primitivas y terminan en el surgimiento del capitalismo. El resultado son las cuatro características que hacen a la esencia del derecho moderno: la identificación del derecho con la moral dominante y luego con el Estado como fuentes de legitimación, la necesidad de institucionalizarlo como relación de poder que, al tiempo que perpetúa relaciones sociales desiguales, otorga legitimidad a las normas que resuelven los conflictos, la coerción como fuerza de sustento y, por último, el requerimiento de consenso. La Ley logra el consenso convenciendo de su necesidad en tanto regla de conducta y aparece como lo “justo” y no “arbitrario”. Se trata de una regla racional que elabora, a su paso, ficciones discursivas sobre su naturaleza justa y legítima.

En el capítulo II, titulado *El debate sobre el derecho en la era del capitalismo*, el autor comienza a esbozar su visión de lo jurídico como espacio de expresión de las relaciones sociales y del derecho del trabajo como *derecho de resistencia*, diferenciándose de las clásicas posiciones iusnaturalista, positivista y garantista constitucional. La pretensión de un derecho por sobre las relaciones sociales y no como producto de ellas mismas tiene como resultado la búsqueda de una construcción jurídica fundante y objetiva por sobre las circunstancias del tiempo y lugar que no permiten comprender la transformación jurídica del derecho del trabajo en Occidente luego de la Segunda Guerra Mundial. Es entonces cuando el derecho positivo que nació con la modernidad es re-conceptualizado y ampliado a través de las modernas garantías constitucionales que, consagradas en normas y tratados internacionales integran los *derechos sociales*. La existencia misma de estos nuevos derechos no depende de principios trascendentes ni de garantías constitucionales previas: han sido construidos por las relaciones sociales de su época.

En los capítulos III, IV y V de esta obra es donde se hallan los aportes más significativos. El derecho laboral pretende regular las relaciones sociales alrededor del proceso de producción, apropiación de plusvalía y conflicto social, lo cual hace de la inestabilidad permanente su característica central. La velocidad de sus modificaciones también suele presentar un grado de aceleración diferente al de las demás ramas del derecho¹. Ahora bien, si el aparato legal en sí no tiene un fundamento moral objetivo por afuera de la construcción social en la que se integra, y no representa los valores e intereses del conjunto de la sociedad sino los dominantes, habilita a su vez un plano subalterno y contradictorios cuestionamientos y reivindicaciones

¹ Es muy común que se dé el caso de ordenamientos jurídicos laborales que sufren sucesivas modificaciones generales y profundas conforme los cambios políticos en muy corto período de tiempo.

de los menos favorecidos. Si el derecho como *construcción normativa* se da en un lugar y tiempo determinado, y en el marco de relaciones sociales determinadas, la lucha por el derecho se da al mismo tiempo y en el mismo contexto social. Al derecho impuesto desde la institucionalidad estatal se le opone otro, construido desde los trabajadores.

El concepto de derecho del trabajo² se construyó alrededor de la diferenciación entre contrato de trabajo y contrato de compraventa, en un proceso para nada lineal. Este “nuevo derecho” se configuró no por acción de legisladores sino de la propia clase trabajadora a través del diseño e imposición de instituciones jurídicas nuevas a medida que las fue necesitando; por ejemplo sindicatos y acciones gremiales directas aparecieron mucho antes de ser reglamentadas constitucionalmente. Este derecho inestable, con características de *contra legem*, como plexo normativo tutelar del trabajador y de sus intereses nace y se defiende permanentemente en la acción colectiva. De igual modo, se pierde por deficiencias en esta, o debilidad en la relación de fuerza con el capital. Esta pugna se observa en los intentos empresarios de transformar el derecho del trabajo en *derecho del contrato de trabajo*, lo que ha derivado, en las últimas décadas en *derecho del empleo* de carácter individual.

En el capítulo VI, se aborda en profundidad la idea del derecho del trabajo como *resistencia*. Partiendo de que todo conflicto social se traduce en algún momento en pugna jurídica, esta disciplina fue cambiando su fisonomía y siendo derecho aun antes de encontrarse reconocido por la ley; se creó al margen o en contra de las reglas vigentes, presionando sobre las mismas. Se construye el derecho de resistencia a partir de la sumatoria de luchas sociales que confluyen, a lo largo de décadas, en la sanción de las leyes que regulan la jornada de trabajo, el despido arbitrario, y otras tantas instituciones y normativas tutelares. Al mismo, se observa en los lugares de trabajo, la aparición de toda una batería de disposiciones y normas no necesariamente reglamentadas en las cuales los trabajadores ganan derechos y cuya aplicación se garantiza en la praxis cotidiana. En la actualidad, el autor señala que hay una fuerte disputa entre un discurso que hace pie en la lógica del mercado, la competitividad necesaria para el crecimiento económico y la seguridad jurídica, y otro que se fundamenta en la defensa

² Las primeras leyes laborales de la transición capitalista, reconoce el autor, fueron impulsadas por los sectores patronales para impedir migración de mano de obra calificada o penalizar el abandono del puesto laboral, entre otras cosas. El viraje posterior que el derecho del trabajo tendrá esta, nuevamente, emparentado con el robustecimiento de los espacios de decisión y acción colectiva de los trabajadores. El derecho del trabajo es un instrumento de dominación, una herramienta de resistencia y también un espacio de confrontación.

de los derechos humanos y sociales fundamentales. Esta disputa se traduce de manera pendular en disposiciones favorables al capital y conquistas laborales colectivas.

En la tercera parte de la obra, el autor se ocupa de las relaciones entre los cambios en los procesos de organización del trabajo y el derecho. El análisis parte de los discursos de la organización científica del trabajo con sus expresiones ya clásicas: taylorista y fordista, que a partir de políticas de corte keynesiano lograron configurar una versión del derecho del trabajo de carácter protectorio o tutelar que, como contrapartida, no cuestionaría el sistema social en el que se inserta, y termina en el trabajo de la economía de plataformas y sus eufemismos precarizadores. Lo que tuvo lugar en occidente entre la primer post guerra y la década de los 70 fue un proceso de construcción del derecho del trabajo en consonancia con una serie de acuerdos entre el capital y el trabajo que pierden vigencia con la enorme transformación de las relaciones sociales capitalistas que asomaron de la mano de las nuevas tecnologías a manos del capital. El derecho laboral protectorio, a nivel global³ pierde vigencia porque desaparecen las relaciones sociales que le dieron vida.

Es en este marco de creciente precarización y refinados sistemas de control cuando la antinomia que señalamos más arriba, que enfrenta al derecho del trabajo como construcción colectiva con el derecho de contrato individualizante, opone al discurso protectorio las necesidades del capital. Se generan de este modo múltiples alternativas⁴ que en realidad no son adaptaciones a las nuevas formas de trabajo sino el desmantelamiento liso y llano de los mecanismos tutelares con la excusa de la preservación de la empleabilidad, a garantizarse flexibilizando cada vez más los ya flexibles mercados de trabajo a través de la doctrina de la *flexiseguridad*. En este proceso se difumina la empresa como espacio de relaciones laborales y se degrada la figura de contrato de trabajo, con la concomitante invisibilización de la parte patronal en el ámbito de la explotación. La tercerización y las estrategias internacionales del capital que socavan la

³ Uno de los capítulos más extensos del libro es el VIII; en el, Pérez Crespo repasa la experiencia de la *flexiseguridad* en Europa, con las reformas del Estatuto de los trabajadores en el Estado Español en 1984, la ley comúnmente conocida como “Fornero” de 2012 en Italia, el ajuste flexible que se inició en 2016 bajo el gobierno de Hollande en Francia entre otros. Para América Latina menciona procesos como la Reforma laboral de 2012 en México, las disposiciones hondureñas de 2010 y 2011 que establecen la existencia de “ciudades modelo” donde no rige el control estatal y la reforma laboral sancionada en 2017-2018 con la restauración conservadora en Brasil.

⁴ Estas alternativas encuentran su base ideológica en lo que se conoce como la teoría del Análisis Económico del Derecho (AED) que es desarrollada por el autor en el cap. VIII del libro.

soberanía de los estados son las protagonistas en este conjunto de transformaciones sociales.

En un mundo que nos prometía cada vez menos horas de trabajo y mayor abundancia encontramos las más descarnadas formas de precarización, una progresiva cancelación del tiempo de esparcimiento sobre la base de la desaparición de la distinción del tiempo de ocio y el tiempo de trabajo y la institucionalización de altos niveles de desempleo. En este contexto, Pérez Crespo se pregunta: ¿Qué tipo de derecho laboral es necesario? La respuesta es, siempre, un derecho colectivo, que construya redes desde abajo que atraviesen las ya debilitadas fronteras estatales. Un derecho laboral encerrado en una visión del contrato individual no puede enfrentar eficazmente las políticas globalizadas del capital. El derecho es, desde este punto de vista, un territorio de batalla como lo son los derechos humanos o las cuestiones ambientales.

Esta obra, como se observa, despliega un conjunto contundente de ideas que nos permiten entender el derecho laboral como *de resistencia*, poner en contexto la antinomia derecho del trabajo/derecho de contrato y la consecuente pérdida de muchas de las características protectoras del derecho laboral. Hace tiempo los análisis del mundo del trabajo vienen hablando de la *flexiseguridad*, pero escasean este tipo de reflexiones en torno a las estructuras legales, lo que hace de esta obra un aporte significativo para el análisis de las transformaciones en el mundo del trabajo de los últimos años a través del prisma del derecho. Por otro lado, más allá de su valor académico, la preocupación por esbozar una propuesta de recuperación del derecho laboral como territorio de disputa y lo accesible de su lenguaje, lo vuelven una herramienta útil y formativa para activistas sindicales y lectores que no poseen conocimiento específico del lenguaje legal.

Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho

*Una reseña por Juan Raso Delgue**

Fernando H. Llano Alonso (dir.)
Joaquín Garrido Martín (coord.)
Ramón Valdivia Jiménez (coord.)
Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho
Ediciones Laborum, 2022
ISBN: 9788419145215

A comienzo del siglo XXI probablemente hubiera sorprendido un libro que conectara los avances de la Inteligencia Artificial (IA) con la Filosofía del Derecho. Hoy – con las experiencias tecnológicas a la vista – entendemos cuanto es necesaria una construcción del pensamiento que nos permita aprehender realidades que cuestionan nuestra tradicional visión del mundo, impactan en nuestra vida cotidiana, planteando el dilema de entender si la IA nos abre hacia un mundo mejor o pondrá en crisis las expectativas humanas entorno a ese futuro tan cercano, aunque nunca tan imprevisible como ahora.

Fernando H. Llano Alonso, Catedrático de Filosofía del Derecho y Vice Decano de la Universidad de Sevilla, ha emprendido – junto con sus colaboradores Joaquín Garrido Martín y Ramón Valdivia Jiménez – la labor de dirigir un importante libro, de espesor académico y “físico” (557 páginas), que reúne además de reflexiones personales sobre el tema, la colaboración de prestigiosos jusfilósofos de España e Italia, que abordan de modo interdisciplinario y con adecuados conocimientos sobre las nuevas tecnologías, muchos de los temas que hoy inquietan en el mundo laboral y en la sociedad en general.

La obra – como destaca en la *Introducción* su Director – se estructura en cuatro partes bien diferenciadas, pero a la vez complementarias entre sí.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República (Uruguay).

La primera parte refiere a la cuestión de la IA, los derechos y las libertades. Ahí se analizan los retos éticos que plantean las tecnologías convergentes a la sociedad contemporánea, en particular a propósito de la protección de la identidad, los derechos humanos y los retos éticos que plantean las tecnologías (Rafael De Asis Roig); la importancia del Derecho de protección de los sesgos algorítmicos, con especial referencia a los que discriminan por razón de género (Nuria Belloso Martín); el planteo sobre la necesidad de mantener la dimensión instrumental de la tecnología ante el dilema humanidad/artificialidad, vinculados con el funcionamiento correcto del sistema judicial (Stefano Bini); el impacto del *big data* y el uso de algoritmos en la toma de decisiones que afectan a las personas, el derecho de protección de datos y el derecho a la no discriminación (Laura Gómez Abeja); y el estudio de la “posverdad” en la sociedad de las nuevas tecnologías y de la comunicación, que paradójicamente contribuye a la desinformación y polarización de esa misma sociedad (María Olga Sánchez Martínez).

El segundo bloque incluye temas de naturaleza filosófica y de ética de la IA: reflexiones en torno a las transformaciones del Derecho en la era de la ciudadanía digital, así como en la enseñanza y el estudio del Derecho en la era digital (Thomas Casadei); el estudio desde una perspectiva filosófico-científica del impacto de la neurociencia, las ciencias cognitivas y computacionales, y el fenómeno del progresivo automatismo de la mente humana debido al desarrollo de la IA y la robótica avanzada (Joaquín Garrido Martín); el problema de la deshumanización del mundo real y de la absorción del *homo faber* en el universo del metaverso (del propio Director de la obra, Fernando H. Llano Alonso); el fenómeno de la deshumanización del Derecho y la aparición en el escenario digital de nuevos sujetos no biológicos *sui iuris*, que pueden llegar a compartir la condición de personas con los seres humanos (Stefano Pietropaoli); la cuestión de la posibilidad de recuperar principios éticos/jurídicos, que rescaten a la humanidad de los controles tecnológicos, desde la perspectiva ética/humanista de Hans Jonas y Jürgen Habermas (Ramón Valdivia Jiménez).

La tercera parte focaliza el tema de la robótica y la IA jurídica. En el mismo se trata el “*ius in bello*”, el uso de los drones y los sistemas de armamento autónomo, que permiten reemplazar soldados humanos y las consecuencias sobre el derecho internacional (Roger Campione); el estudio de la IA aplicada al proceso y el empleo de la justicia predictiva para solucionar problemas de congestión de la Administración de Justicia, así como la verificación de sesgos o patrones discriminatorios presentes en el sistema jurídico (Miguel de Asís Pulido); el debate sobre si el

Derecho penal debe intervenir en el ámbito de los neuro-derechos frente a los riesgos potenciales y el uso directo de las neuro-tecnologías sobre el ser humano y, en caso afirmativo, en qué términos debería hacerlo (María Isabel González Tapia); la cuestión de la personalidad electrónica de los robots que conlleva una visión antropomórfica de los sistemas de IA en clave religiosa, filosófica, neurológica y jurídica (Adolfo Sánchez Hidalgo); la cuestión – desde la perspectiva del Derecho del trabajo y de la IA – de la necesidad de realizar un proceso de transición digital del mercado de trabajo que, además de ser justo, no renuncie a la tutela social que impone la realidad laboral (María Sepúlveda Gómez); finalmente la cuestión de la IA jurídica y la justicia digital, donde se examinan las principales herramientas de IA empleadas en los tribunales, analizando las ventajas y los riesgos que comportan estas tecnologías.

El cuarto y último bloque refiere al derecho comparado con especial anclaje en el Derecho Internacional y de la Unión Europea: la aplicación de los valores que inspiran la Carta de las Naciones Unidas en la regulación internacional de la IA, con énfasis en la Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial aprobada por la UNESCO el 23 de noviembre de 2021 (Daniel García San José); la cuestión de la obtención de perfiles, particularmente ideológicos, y su relación con las libertades de expresión e información, las *fake news* y el fenómeno de la desinformación a través de las redes (Ana Garriga Domínguez); la aplicabilidad de los sistemas de decisión automatizada al Derecho Administrativo, vinculándolos al respeto de los principios del Derecho Administrativo como garantía de los actos (Leonor Moral Soriano); el análisis de la *Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial* (denominada *España Digital 2025*), y su vinculación con temas como conectividad digital, impulso a la tecnología 5G, competencias digitales, ciberseguridad, transformación digital del sector público, transformación digital de la empresa y emprendimiento digital, economía del dato e IA, y derechos digitales (Álvaro Sánchez Bravo); la importancia del Estado de Derecho en el desarrollo del marco legal sobre los sistemas de IA en la Unión Europea (Diana Carolina Wisner Glusko).

En conclusión, la importancia de este libro – que generosamente se ofrece en versión on-line – se proyecta en dos importantes cuestiones. La primera y la más obvia es que aparece como una extraordinaria base doctrinaria para reflexionar sobre los distintos problemas que en el mundo contemporáneo plantea para el Derecho la intervención de la IA. El segundo aspecto – no menos importante, aunque de algún modo subliminal – es la oportunidad que este libro nos ofrece para “pensar” las nuevas tecnologías y su interconexión con el Derecho y las relaciones

laborales. Como hemos expresado con anterioridad, se trata de “pensar” y “repensar” el impacto de la IA en nuestra sociedad, lo cual es en definitiva “reflexionar filosóficamente” sobre el alcance y el destino de una nueva ruta histórica en la que el ser humano deberá compartir el camino con la robótica.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”, construyendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y de trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternational.it.

