



# ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD DE PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL TRABAJO: BALANCE Y PROPUESTAS DE REFORMA

## PARTE I

JESÚS R. MERCADER UGUINA (DIRECTOR)

### **AUTORES (POR ORDEN ALFABÉTICO):**

ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA

GIMENO DÍAZ DE ATAURI, PABLO

MERCADER UGUINA, JESÚS R.

MORENO SOLANA, AMANDA

MUÑOZ RUÍZ, ANA BELÉN

NIETO ROJAS, PATRICIA

PÉREZ DEL PRADO, DANIEL

PUEBLA PINILLA, ANA DE LA

Investigación realizada en el marco de los premios para financiar proyectos de investigación en el ámbito de la protección social convocados por la Orden TIN/731/2011, de 25 de marzo (BOE 1-4-2011, nº78)

La Seguridad Social no se identifica necesariamente con el contenido y/o conclusiones de los estudios e investigaciones en el ámbito de la protección social que subvenciona y edita, cuya total responsabilidad recae exclusivamente en sus autores.



## ÍNDICE

<b>Introducción al estudio.....</b>	<b>6</b>
I. El régimen de compatibilidad entre las prestaciones del sistema de seguridad social y los ingresos de activo.....	6
II. Los efectos de la incompatibilidad entre el trabajo y las prestaciones .....	11
III. Hacia un nuevo modelo de compatibilidad .....	13
<b>Capítulo I: La prestación de incapacidad temporal y su compatibilización con el trabajo .....</b>	<b>17</b>
I. Aspectos generales de la Incapacidad temporal y los efectos de su regulación y protección .....	17
1. La situación de la Incapacidad Temporal en España .....	17
2. Las consecuencias de la Incapacidad Temporal y su regulación jurídica .....	19
II. El régimen jurídico de la Incapacidad Temporal.....	23
1. Una aproximación general .....	23
2. La exigencia de una alteración de la salud incompatible con el trabajo.....	25
3. La compatibilidad de actividades con la IT .....	27
III. Experiencias comparadas .....	29
IV. Propuestas de reforma: la prestación por IT parcial .....	33
V. Bibliografía .....	38
<b>Capítulo II: La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones vinculadas a la Conciliación de la vida Laboral y Familiar .....</b>	<b>42</b>
I. La posible compatibilidad entre permisos parentales y trabajo remunerado .....	42
1. El disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo .....	44
1.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho .....	47
1.2 Dinámica de la prestación .....	49
1.3 El severo régimen de incompatibilidad de la maternidad a tiempo parcial. ....	50
1.4 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de maternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad .....	52
2. El disfrute del permiso de paternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo .....	53
2.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho .....	54
2.2 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de paternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad.....	55
II. Prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural. Propuestas de modificación normativa .....	56
1. La incentivación económica de las medidas preventivas como vía preferente para la protección de la seguridad y salud de las mujeres durante la gestación y la lactancia natural.....	58
2. La suspensión del contrato de trabajo ante la imposibilidad del mantenimiento de empleo. Contingencia protegida y dimensión preventiva .....	60
3. Dinámica de la prestación y su posible modificación para permitir la compatibilidad con el trabajo .....	61



4. La expresa compatibilidad de la suspensión por riesgo y el trabajo en las situaciones de pluriempleo o pluriactividad .....	65
III. Disfunciones en la regulación relativa a la prestación económica por cuidado de hijo enfermo. .	66
1. La prestación económica por cuidado de hijos enfermos y la compatibilidad con el trabajo .....	67
2. Disfunciones en el ejercicio del derecho y propuestas de modificación normativa .....	71
IV. Bibliografía .....	73

### **Capítulo III: La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente ..... 76**

I. La necesaria integración laboral de las personas con discapacidad.....	76
1. Hacia un modelo social de discapacidad.....	76
2. El derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones. ....	79
3. Los problemas de integración laboral de las personas con discapacidad .....	81
II. La Protección De La Discapacidad Por El Sistema Público De Pensiones .....	84
1. Los diferentes grados de invalidez .....	84
2. La intensidad de la protección .....	86
2.1 El porcentaje aplicable .....	87
2.2 La base reguladora .....	88
2.3 El abono de la prestación .....	90
III. La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por incapacidad permanente .....	91
1. La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente parcial .....	91
2. La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente total .....	91
2.1 La necesaria delimitación del concepto profesión habitual .....	91
2.2 La compatibilidad entre la pensión por la incapacidad permanente total y el desempeño de una profesión distinta a la habitual.....	95
a.) De conformidad con el art. 141.1 LGSS en la redacción previa a la entrada en vigor de la Ley 27/2011 .....	95
b.) Tras la reforma operada por la Ley 27/2011 .....	99
3. La compatibilidad del trabajo con la incapacidad permanente absoluta o con la gran invalidez. ....	101
3.1 Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011 .....	101
a.) Tesis restrictiva: Compatibilidad únicamente con trabajos marginales, esporádicos o de poca entidad. ....	102
b.) Tesis laxa: Posibilidad de compatibilizar la pensión con un trabajo no marginal, ni residual .....	104
3.2 Tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011 .....	107
4. La compatibilidad del trabajo con la pensión no contributiva de invalidez. ....	108
IV. Propuestas de reforma normativa .....	110
1. Favorecer el mantenimiento en el empleo en los supuestos de incapacidad sobrevenida.....	110
2. Favorecer la inserción profesional en caso de recuperación de la capacidad.....	113
3. Reordenar la protección por incapacidad permanente .....	115
V. Bibliografía .....	119



<b>Capítulo IV: Compatibilidad entre el trabajo y las pensiones de jubilación.....</b>	<b>122</b>
I. Compatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria (y completa) de jubilación.....	123
1. Antecedentes de la regla de incompatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria de jubilación .....	123
1.1 Fundamentos históricos de la regla de incompatibilidad.....	123
1.2 Propuestas de futuro.....	125
2. La marginalidad de la actividad como excepción a la regla de incompatibilidad. ....	128
2.1 Pensión de jubilación e ingresos obtenidos por la realización de trabajos por cuenta propia que no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual .....	128
3. Otros ejemplos de compatibilidad entre pensión de jubilación y desarrollo de actividades marginales.....	132
3.1 Compatibilidades en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: Pensionista de jubilación y mantenimiento de la titularidad del negocio .....	132
3.2 Compatibilidades en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios.....	137
3.3 Otros ejemplos de trabajos marginales: Los profesores eméritos.....	140
a.) Profesores eméritos en Universidades Públicas .....	140
b.) Profesores eméritos en Universidades Privadas .....	143
4. Excepciones “residuales” de la Ley General de Seguridad Social a la regla de incompatibilidad .....	144
4.1 Compatibilidad derivada de la integración en el Régimen General de Regímenes Especiales de Seguridad Social: el caso de Régimen Especial de los Trabajadores Ferroviarios .....	144
4.2 Compatibilidad derivada de la integración en la Seguridad Social de las Mutualidades sustitutorias de previsión .....	147
a.) Delimitación del concepto Mutualidades sustitutorias de previsión.....	147
b.) Mutualidades integradas en el Régimen General de la Seguridad Social: La Mutualidad de la Previsión .....	150
c.) Pensiones de jubilación reconocidas por la Institución Telefónica de Previsión.....	151
d.) Pensiones de jubilación reconocidas por la Mutualidad Nacional de la Administración Local 152	
5. La aceptación de la plena compatibilidad entre la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social y el ejercicio de una profesión colegiada: el caso de las Mutualidades alternativas .....	156
5.1 Antecedentes: el caso de las Mutualidades alternativas .....	156
5.2 ¿Es compatible la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, y el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión social?.....	159
5.3 La Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados.....	161
5.4 Freno y marcha atrás en la incompatibilidad: la disposición adicional 37 de la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social.....	163
6. Efectos de la suspensión de pensión .....	167
7. A modo de conclusiones... ..	169
II. Excepciones sistemáticas de la ley general de seguridad social a la regla de incompatibilidad: jubilación parcial y jubilación flexible.....	170
1. Aspectos generales.....	170
1.1 La jubilación parcial.....	173



a.) Jubilación parcial anticipada .....	174
b.) Jubilación parcial diferida .....	189
1.2 La jubilación flexible .....	194
2. Conclusiones y propuestas .....	196
III. Reglas de incompatibilidad y compatibilidad de la pensión de jubilación o retiro en el Régimen Especial de Funcionarios Públicos .....	199
1. Normativa aplicable y rasgos diferenciadores del régimen de pensión de jubilación o retiro 199	
2. El transito desde la especialidad en el régimen de incompatibilidad trabajo-pensión hacia una legislación aproximada al régimen general de la seguridad social .....	202
2.1 Pensiones ordinarias .....	202
a.) La regla general de incompatibilidad .....	202
b.) La incompatibilidad de segundo grado. El supuesto específico de la jubilación por incapacidad permanente .....	205
c.) La compatibilidad parcial. La jubilación parcial en el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos tras la reforma del RD Ley 20/2012 .....	211
3. Las reglas de compatibilidad/incompatibilidad trabajo/pension de los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011 .....	216
4. Otras propuestas de lege ferenda. el replanteamiento a futuro de la regla de jubilacion forzosa .....	217
5. Conclusiones y propuestas de reforma .....	218
IV. Compatibilidad entre pensión no contributiva de jubilación y actividad profesional .....	220
V. Bibliografía .....	223

## Capítulo V: La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Viudedad y Orfandad;Error! Marcador no definido.

I. Breve acercamiento a la realidad actual de las pensiones de viudedad y orfandad .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>Marcador no definido.</b>	
II. Viudedad y trabajo .....	¡Error! Marcador no definido.
1. Pensión contributiva con rasgos asistenciales .....	¡Error! Marcador no definido.
2. Revisar y reformar la pensión de viudedad .....	¡Error! Marcador no definido.
2.1 Las rentas derivadas del trabajo como factor de modulación de la pensión de viudedad.¡Error! Marcador no definido.	
a.) Edad .....	¡Error! Marcador no definido.
b.) Dependencia Económica o Desequilibrio Económico .....	¡Error! Marcador no definido.
c.) Formación, Reinserción Laboral y Empleabilidad .....	¡Error! Marcador no definido.
2.2 Propuestas de reforma .....	¡Error! Marcador no definido.
a.) Pensión de viudedad temporal .....	¡Error! Marcador no definido.
b.) Pensión de adaptación o ajuste .....	¡Error! Marcador no definido.
III. Orfandad y trabajo .....	¡Error! Marcador no definido.
1. Planteamiento general de la pensión de orfandad en la regulación actual¡Error! Marcador no definido.	
2. Propuestas de Reforma. ....	¡Error! Marcador no definido.
2.1 Ampliación de las cuantías de la pensión .....	¡Error! Marcador no definido.
2.2 Nuevas reglas de compatibilidad del trabajo y otros ingresos con la pensión de orfandad.¡Error! Marcador no definido.	
IV. Bibliografía .....	¡Error! Marcador no definido.



**Capítulo VI: La compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones por desempleo;** Error! Marcador no definido.

- I. Introducción: la aparente contradicción entre trabajo y desempleo. **;** Error! Marcador no definido. **Marcador no definido.**
- II. Compatibilidades (e incompatibilidades) entre trabajo y protección por desempleo ..... **;** Error! **Marcador no definido.**
  - 1. Compatibilidad del trabajo por cuenta propia y la protección por desempleo **;** Error! **Marcador no definido.**
  - 2. Compatibilidad del trabajo por cuenta ajena y la protección por desempleo **;** Error! **Marcador no definido.**
    - 2.1 La compatibilidad con el trabajo a tiempo parcial..... **;** Error! **Marcador no definido.**
    - 2.2 Ineficiencias del trabajo a tiempo parcial en relación con el desempleo **;** Error! **Marcador no definido.**
  - 3. Compatibilidad vía programas de empleo..... **;** Error! **Marcador no definido.**
    - 3.1 Programa de fomento del empleo para mayores de 52 años..... **;** Error! **Marcador no definido.**
    - 3.2 Programa de sustitución de trabajadores en formación ..... **;** Error! **Marcador no definido.**
    - 3.3 Programa movilidad geográfica ..... **;** Error! **Marcador no definido.**
    - 3.4 Contrato indefinido de apoyo a emprendedores. .... **;** Error! **Marcador no definido.**
    - 3.5 Crítica a los programas de empleo y propuestas de mejora..... **;** Error! **Marcador no definido.**
- III. Suspensión del contrato y reducción de jornada y el despido colectivo **;** Error! **Marcador no definido.**
- IV. Conclusiones ..... **;** Error! **Marcador no definido.**
- V. Bibliografía ..... **;** Error! **Marcador no definido.**

**CONCLUSIONES** ..... **;** Error! Marcador no definido.



## INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO

### I. EL RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LOS INGRESOS DE ACTIVO

El presente estudio aborda con profundidad la posibilidad de compatibilizar el percibo de una prestación del sistema de Seguridad Social con el ejercicio de una actividad profesional, por cuenta propia o ajena. ¿Cuál es el régimen de compatibilidad entre las prestaciones económicas y las rentas de activo? Este interrogante no es susceptible de contestación unitaria, pues la respuesta va a depender de la naturaleza contributiva o no contributiva de la prestación e, incluso, de su concreta finalidad.

Es cierto que la finalidad general o última de un sistema de pensiones es ofrecer seguridad a los individuos ante la existencia de situaciones de necesidad y esa seguridad se concreta en una garantía de ingresos. Ahora bien, la funcionalidad que cumplen estas prestaciones varía de acuerdo al nivel contributivo o universal en el que se genera el derecho y de acuerdo a la propia naturaleza del daño.

En efecto, el brazo contributivo del sistema se caracteriza por una marcada nota de profesionalidad que, como veremos, va a determinar la propia finalidad que cumplen las prestaciones. Esta profesionalidad se manifiesta en varios planos: de un lado, en la delimitación misma de lo que se concibe como situación de necesidad protegida; de otro, en los requisitos que se exigen para tener derecho a las prestaciones; finalmente, en la relación funcional que existe entre el salario, la cotización y la cuantía de la prestación, de forma que el sistema otorga prestaciones proporcionales a los ingresos que viniera percibiendo el beneficiario. En efecto, la situación de necesidad que protege el nivel contributivo se concreta en la pérdida (temporal o definitiva) de los ingresos de activo, o dicho de otra manera, en la imposibilidad del sujeto de ganarse el sustento por sus propios medios, por la repercusión de la contingencia sobre la capacidad de ganancia.

Pues bien, de este carácter profesional se deriva una consecuencia clave: la presunción de la situación de necesidad por la mera actualización de la contingencia. Partiendo de la dependencia del salario que caracteriza al sujeto protegido, se entiende que de su pérdida se deriva necesariamente un daño merecedor de protección. Por ello, los sistemas basados en este esquema no exigen la verificación de la existencia de una situación de necesidad real, sino que la misma se presume de la incidencia en la



capacidad de ganancia. Por todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que si el derecho se devenga en el brazo contributivo del sistema y el daño se materializa en una minoración de los ingresos de activo, la prestación cumple una finalidad sustitutiva de tales rentas.

Ahora bien, el brazo profesional del sistema también cubre situaciones de necesidad que no se concretan en una disminución de los ingresos, sino en un aumento de los gastos. En tales casos, la prestación cumple una función sustitutiva de rentas, sino una función compensadora del exceso de cargas.

Por su parte, el brazo no contributivo o universal garantiza un mínimo de ingresos a quienes se encuentran en una situación de necesidad real –que no presunta- de ausencia de rentas. Por lo que el elemento decisivo para determinar la protección del sujeto es la carencia de ingresos y no el previo ejercicio de una actividad profesional. Así, para tener derecho a la prestación es indiferente que el sujeto no haya contribuido a la financiación del sistema o lo haya hecho de forma insuficiente. Además, por cuanto no se exige cotización previa, no existe un referente económico con respecto al cual calcular la cuantía de la prestación que se caracteriza por su contenido mínimo y uniforme. En consecuencia, la finalidad de la prestación no es suplir las rentas de activo (que han podido no existir), sino compensar la carencia objetiva de rentas.

Pues bien, de la distinta finalidad de tienen las prestaciones se han derivado, tradicionalmente, las siguientes reglas de compatibilidad o incompatibilidad del percibo de la prestación con el ejercicio de una actividad profesional:

a) La compatibilidad plena entre las rentas de activo y las prestaciones de carácter indemnizatorio

Hemos apuntado que el nivel contributivo del sistema otorga prestaciones que compensan las rentas, cuando la situación de necesidad se concreta en un incremento de los gastos, o que se limitan a indemnizar un daño, al margen de si éste ha provocado una situación de necesidad materializada en un desequilibrio financiero. Pues bien, de la propia finalidad de este tipo de prestaciones se deriva una regla de compatibilidad plena con las rentas provenientes del trabajo. Es el caso de la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, de la prestación por incapacidad permanente parcial, del auxilio por defunción, de la indemnización adicional prevista en caso de muerte por contingencias profesionales, etc.

b) La incompatibilidad relativa entre el trabajo y las prestaciones sustitutivas de las rentas de activo





En el nivel contributivo, cuando la situación de necesidad se concreta en una disminución de los ingresos, la protección del sistema se dirige cabalmente a cubrir dicha pérdida, mediante la atribución de prestaciones económicas sustitutivas de las rentas profesionales. De ahí que sea lógico que quien presta sus servicios por cuenta propia o ajena no pueda percibir una prestación que cubra tal contingencia. Aunque esta conclusión no se encuentra recogida, con carácter general, en la LGSS, se desprende de la finalidad misma de este tipo de prestaciones.

Por lo que respecta a los subsidios, el legislador no ha establecido una regla concreta sobre compatibilidad o incompatibilidad con el trabajo. No obstante lo anterior, este principio se deduce del art. 132.1 b) LGSS, según el cual el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido “*cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena*”; lo que encierra indudablemente una declaración de incompatibilidad con el trabajo<sup>1</sup>. Pues bien, en estos mismos términos se pronuncia el art. 133 quinquies LGSS con respecto a la prestación por maternidad que, por remisión del art. 133 decies del mismo cuerpo normativo, resulta también aplicable al subsidio por paternidad.

De otro lado, aunque nada diga la LGSS en relación con los subsidios por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, el art. 36 RD 295/2009<sup>2</sup> se remite, a tales efectos, a la regulación contenida en el art. 132.1 LGSS para el subsidio por incapacidad temporal, por lo que rige la misma regla general de incompatibilidad. Sólo en el supuesto de que la mujer se encuentre en situación de pluriactividad y el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia afecte únicamente a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, se admite la posibilidad de compatibilizar la percepción del subsidio con el mantenimiento de aquellas actividades que no impliquen riesgo durante el embarazo (art. 48 RD 295/2009).

Por lo que respecta a las pensiones de invalidez, el art. 141 LGSS establece un régimen de compatibilidad relativa, condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, que entra además en contradicción con la propia delimitación contenida en el art. 137 LGSS de los diferentes grados de incapacidad, lo que ha provocado una preocupante inseguridad jurídica con motivo de interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales radicalmente contrapuestas.

---

<sup>1</sup> MOLINER TAMBORERO, G. Compatibilidad entre prestaciones y trabajo u otras percepciones o ingresos. Un estudio de jurisprudencia. *Diario La Ley*, 2011, nº 7692.

<sup>2</sup> RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (BOE 21-3-2009, nº 69).



El art. 165.1 LGSS, por su parte, establece que *“el disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista”*. Lo que ocurre es que el propio precepto matiza que esta regla de incompatibilidad se aplicará *“con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”*, por lo que admite la posibilidad de que se introduzcan excepciones a la misma. De hecho, el legislador ha ido incorporando diversas salvedades a la regla general de incompatibilidad, pero el problema es que no obedecen a criterios coherentes, ni uniformes, configurando un entramado normativo complejo y sumamente disperso.

Con respecto a las prestaciones por muerte y supervivencia, el propio ordenamiento jurídico instaura una regla de compatibilidad con las rentas de activo (art. 179 LGSS).

Y finalmente, en lo que se refiere a la prestación por desempleo, el legislador enuncia en el art. 221.1 LGSS una regla de incompatibilidad absoluta entre la prestación y la realización de un trabajo por cuenta propia y una regla de incompatibilidad relativa entre aquélla y el trabajo asalariado.

c) La incompatibilidad como regla entre las rentas de activo y las prestaciones no contributivas

De la esencia de las prestaciones no contributivas, en la medida en que cubren situaciones de necesidad real y no presunta, que se materializan en la ausencia de rentas por encima de un determinado umbral, pareciera deducirse una regla de incompatibilidad entre la percepción de las prestaciones en su modalidad no contributiva y el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia o ajena.

De hecho, el art. 144.1.d) LGSS considera beneficiarios de las pensiones de invalidez, en su modalidad no contributiva, a quienes acrediten, entre otros requisitos, carecer de rentas o ingresos suficientes; computando, a tales efectos, *“cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional”* (art. 144.5 LGSS). Requisito que reitera el art. 167.1 LGSS, con respecto a la pensión de jubilación asistencial, conforme al cual tendrán derecho a la misma las personas que, habiendo cumplido la edad ordinaria de jubilación, carezcan de rentas o ingresos suficientes y hayan residido legalmente en España durante un determinado período de tiempo. Y, finalmente, con base en el art. 215.1 LGSS, serán beneficiarios del subsidio por desempleo los parados que, entre otros requisitos, carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

d) La incompatibilidad entre las rentas de activo y el complemento por mínimos.



En el brazo contributivo del sistema de seguridad social, el principio de suficiencia pretacional consagrado en el art. 41 CE se materializa en una relación funcional entre el salario, la cotización y la intensidad de la acción protectora, de forma que las prestaciones guardan una cierta proporción con los ingresos previamente percibidos por el beneficiario. El problema es que un sistema de prestaciones proporcionales al salario encierra el riesgo de trasladar la insuficiencia salarial al nivel de intensidad de la protección. En nuestro ordenamiento jurídico, ese riesgo se mitiga a través del establecimiento de una cuantía mínima de prestación, como garantía de suficiencia en sentido estricto.

De conformidad con lo establecido en el art. 50 LGSS, los beneficiarios de pensiones del sistema de Seguridad Social, en su modalidad contributiva, que no perciban rentas de capital o de trabajo personal o que, percibiéndolas, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Por lo expuesto, podemos definir el complemento por mínimos como el importe a que tiene derecho el beneficiario para alcanzar, junto con la pensión reconocida, la cuantía mínima prevista para su concreta situación de necesidad, partiendo de las circunstancias personales concurrentes. Constituye así un correctivo que se aplica a la pensión (calculada de acuerdo a las reglas contributivas de determinación de la cuantía), que trata de garantizar la suficiencia prestacional<sup>3</sup>.

Así, aunque este importe se encuentra genéticamente unido a la prestación contributiva a la que complementa, no responde al objetivo propio de la prestación mejorada de suplir una renta, sino al objetivo asistencial de paliar una situación de necesidad. Por lo expuesto, el complemento por mínimos no tiene carácter consolidable, sino que será absorbido con cualquier incremento futuro que puedan experimentar las percepciones del beneficiario, ya sea en concepto de revalorización de la propia pensión que se complementa, ya sea por el reconocimiento de una nueva prestación compatible con la anterior o por la obtención de otras rentas de cualquier naturaleza, entre las que se encuentran, como es obvio, las rentas de activo.

---

<sup>3</sup> **PUMAR BELTRÁN, N. REVILLA ESTEVE, E.** Comentario al art. 50. Complementos para pensiones inferiores a la mínima. En: AA.VV. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2003, p. 319.



## II. LOS EFECTOS DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LAS PRESTACIONES

En aquellos supuestos en que rige la regla de incompatibilidad entre el trabajo y la percepción de una prestación del sistema, hemos de tener en cuenta que la misma no conlleva la prohibición de realizar un trabajo posterior por parte del beneficiario, lo que entraría claramente en colisión con el contenido del art. 35 CE. La consecuencia de la regla de incompatibilidad sería la suspensión del derecho a la prestación durante la realización de un trabajo, de forma que el mismo se reanuda al cesar en la actividad lucrativa.

Al margen de lo anterior, el art. 23.1.a) LISOS tipifica como infracción de carácter muy grave, dar ocupación a beneficiarios de prestaciones periódicas de la Seguridad Social “*cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad*”; infracción que es sancionable con multa de 10.001 a 25.000 € en su grado mínimo; 25.001 a 100.005 € en su grado medio y de 100.006 a 187.515 € en su grado máximo, en aplicación de lo previsto en el art. 40.1.c) del mismo cuerpo legal<sup>4</sup>.

Además, el art. 25.1 LISOS relaciona, entre las infracciones imputables a los beneficiarios de prestaciones, el “*efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida*”. La comisión de esta infracción merece el calificativo de grave y conlleva la pérdida de la prestación o de la pensión durante un período de tres meses [art. 47.b) LISOS]. Y esta misma calificación merece la infracción contenida en el apartado 3º del art. 25 LISOS que se concreta en no comunicar las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o de la extinción del derecho.

Conviene tener presente que estas sanciones se aplican sin perjuicio de la obligación de reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, o dicho en otros términos, de las cantidades correspondientes al período en que se simultaneó la percepción de la prestación con un trabajo incompatible. En efecto, según reza el art. 45 LGSS, los trabajadores que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social

---

<sup>4</sup> En la redacción dada por el RD-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas (BOE 6-5-2011, nº 108) que ha incrementado sustancialmente la cuantía de las sanciones administrativas respecto de aquellos tipos infractores directamente asociados al trabajo no declarado, partiendo del perjuicio que provoca la economía sumergida con respecto a la competencia, la protección social de los trabajadores afectados y la financiación del sistema de Seguridad Social, en un momento en el que se han aumentado los gastos (Exposición de Motivos).



vendrán obligados a reintegrar su importe; una obligación que no supone sino una concreción de la formulada con carácter general en el art. 1.895 CC de conformidad con el cual, “*cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla*”.

Pues bien, aun cuando el art. 146 LJS impide que las entidades, órganos u organismos gestores revisen por sí mismos sus activos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, quedan fuera del ámbito de aplicación de este precepto los actos de adecuación de la prestación a circunstancias sobrevenidas o hechos nuevos que sean determinantes de la suspensión o extinción del derecho por imperativo legal, dado que forman parte de la gestión ordinaria de la entidad gestora con respecto a la dinámica de la prestación y sus vicisitudes<sup>5</sup>. De hecho, no podemos hablar en tales casos de revisión del acto declarativo de derechos, pues son decisiones que provocan, como hemos dicho, la suspensión o la extinción del derecho, por lo que tienen efectos *ex nunc*, pero no niegan los efectos que el mismo haya producido hasta la concurrencia del hecho nuevo (pérdida de la condición de beneficiario por fallecimiento o por mejoría de la situación de incapacidad, retorno del causante desaparecido, incompatibilidad con el trabajo, etc.).

En aplicación de lo establecido en el art. 45 LGSS, en la redacción conferida por la Ley 55/1999<sup>6</sup>, esta obligación de reintegro prescribirá a los cuatro años contados a partir de la fecha de cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida.

Además, el propio legislador hace partícipe de esta obligación de reintegro a quienes, por acción u omisión, hayan contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación del sistema. De esta forma, los empresarios que dieran ocupación a beneficiarios de prestaciones periódicas de la Seguridad Social responderían subsidiariamente con los perceptores, salvo buena fe probada, del pago de la prestación indebida. No obstante, el alcance de la responsabilidad empresarial resulta dudoso, pues la regulación contenida en el art. 45.2 LGSS no se corresponde con la prevista en el art. 23.2 LISOS, de acuerdo al cual la responsabilidad del empresario con respecto a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el trabajador tendrá carácter solidario y no subsidiario.

---

<sup>5</sup> ORDEIG FOS, J.M. Seguridad Social: revisión de los actos declarativos de derecho y reintegro de prestaciones. Especialidades en desempleo (I y II). *Actualidad Laboral*, 1994, vol. II, p. 335. OLARTE ENCABO, S. *El derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997, p. 228.

<sup>6</sup> Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 30-12-1999, nº 312).



### III. HACIA UN NUEVO MODELO DE COMPATIBILIDAD

Si hasta el momento, nuestro Ordenamiento jurídico se ha caracterizado por una cierta rigidez en la compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones, se aprecian varios e importantes motivos que deberían llevarnos a repensar el régimen jurídico actual. De hecho, la propia Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo considera que hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activo y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. En su opinión, y en línea con otros países de nuestro ámbito, resulta adecuada una mayor compatibilidad entre la percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral<sup>7</sup>

Los motivos que defienden la compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones son, en nuestra opinión, los siguientes:

a) La necesidad de favorecer la vinculación con el trabajo: Mantener a un profesional apartado del mercado laboral contribuye a su obsolescencia profesional, lo que puede representar un importante obstáculo para su promoción en el empleo e, incluso, para su posterior reincorporación al trabajo. Con base en este criterio, por ejemplo, el RD 1251/2001<sup>8</sup> desarrolló la posibilidad prevista en la Ley 39/1999<sup>9</sup>, de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento se disfrutara en régimen de jornada a tiempo parcial, permitiendo la compatibilidad del subsidio con una actividad laboral, con el propósito de *“potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos por los progenitores, así como posibilitar que las mujeres mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su promoción profesional”* (Exposición de Motivos del texto reglamentario). Y estas mismas razones de carácter social justifican el que, en otros ordenamientos comparados, se posibilite el mantenimiento parcial de la actividad profesional durante el período de percepción del subsidio por incapacidad temporal

b) La urgencia de lograr la reinserción profesional de determinados colectivos: Tanto desde el punto de vista de la Administración Pública, como desde la perspectiva del concreto profesional afectado, es importante remover los desincentivos a la reinserción laboral de determinados colectivos.

Tal fin es determinante, desde el punto de vista de la Administración, por la necesidad de aligerar los costes sociales. Es evidente que la caracterización de un Estado como

---

<sup>7</sup> Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo. Congresos de los Diputados 25-1-2011.

<sup>8</sup> RD 1251/2001, de 16 de noviembre, a través del cual se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo (BOE 17-11-2001, nº 276).

<sup>9</sup> Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE 6-11-1999, nº 266).





social no puede suponer que se autorice al individuo a descargar en los poderes públicos la responsabilidad de atender a sus propias necesidades. El punto de partida es, lógicamente, el opuesto: sobre el individuo recae la responsabilidad de sostenerse y satisfacer sus necesidades con su trabajo y este es, precisamente, el sentido del deber de trabajar consagrado en el art. 35 CE<sup>10</sup>. Lo que le compete al Estado, por tanto, es garantizar en primer lugar el derecho al trabajo, adoptando una política dirigida al pleno empleo (art. 40 CE) e intervenir en el caso de que la capacidad de ganancia del sujeto se viera afectada por la actualización de una de las contingencias cubiertas por el sistema. El Estado Social descansa de esta manera sobre el principio de subsidiariedad, de forma que la intervención de la Administración sólo se produce cuando la sociedad no satisface las exigencias de la justicia social<sup>11</sup>.

Sabemos que a través de la prestación se protege al individuo frente a una situación de necesidad, garantizándole unos ingresos ya sean de carácter compensatorio o sustitutivo de las rentas de activo. Ahora bien, lo que no pretende en ningún caso el legislador es que esta garantía de ingresos disuada a los trabajadores de permanecer en activo o no incentive el retorno al mercado de trabajo, generando una cierta dependencia de los poderes públicos; lo que se ha llamado “antropología del hombre asistido”<sup>12</sup>.

Pues bien, una regla de incompatibilidad estricta entre el trabajo y las prestaciones puede provocar esta trampa del subsidio: ante el riesgo de ver suspendida la prestación, el beneficiario permanecerá al margen del mercado laboral, salvo que los ingresos derivados de la actividad productiva compensen con holgura la suspensión de la renta prestacional y la pérdida del tiempo de ocio. Para que las personas en situación de inactividad tengan un incentivo al trabajo es necesario que los ingresos percibidos, computando al respecto todas las transferencias, sean mayores para quienes trabajan que para quienes se encuentran fuera del mercado laboral. Ello nos lleva a defender una reforma legislativa que favorezca la compatibilidad entre las rentas de activo y las prestaciones del sistema; aunque de la misma se haya de derivar, necesariamente, una minoración de la cuantía.

Precisamente por ello, la Ley 8/2005<sup>13</sup> flexibilizó la penalización que representaba el ejercicio de una actividad lucrativa para quienes se encontraran percibiendo una prestación de invalidez en su modalidad no contributiva, de forma que permitió que los perceptores de estas pensiones pudieran compatibilizar las mismas con los ingresos del trabajo, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, hasta el límite del

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *La administración del Estado Social*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 33.

<sup>11</sup> SCHIMIDT-ASSMANN, E. *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 146.

<sup>12</sup> CASCAJO CASTRO, J.L. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1988, p. 41.

<sup>13</sup> Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado (BOE 7-6-2005, nº 135).



indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). A partir de dicho límite, la prestación se reduciría en una cantidad igual al 50 por 100 de la renta percibida por encima de tal cuantía. De hecho, en la propia Exposición de Motivos de la Ley, llamaba la atención sobre cómo la regulación anterior dificultaba la integración laboral de las personas con discapacidad que percibían prestaciones no contributivas, puesto que la realización de una actividad profesional lucrativa conllevaba, automáticamente, la reducción de la pensión en la misma cuantía que la retribución obtenida. Tal regulación comportaba que personas con discapacidad que hubieran podido acceder a alguna actividad remunerada, no lo hicieran cuando esa remuneración fuese de baja cuantía, puesto que no existía una compensación alguna adicional por el hecho de trabajar e, incluso, se corría el riesgo de perder la prestación, a lo que debía sumarse el miedo a no recuperarla en el momento de cesar en el trabajo retribuido.

c) La urgencia de contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social: La última de las causas que, en nuestra opinión, está favoreciendo un cambio legislativo propicio a la compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones tiene un carácter claramente financiero. La percepción de unos ingresos de activo no sólo puede ser causa de la reducción de la intensidad de la protección (lo que aligera las cargas del sistema), sino que además es el hecho imponible sobre el que recae la obligación de cotizar (lo que incrementa los recursos). Y aunque es cierto que esas nuevas cotizaciones pueden generar, a su vez, futuras prestaciones, el coste de la protección se transfiere a futuras generaciones.

Los enormes cambios demográficos y sociales que se han producido en España en los últimos años, representan un desafío para las políticas de protección social, pues no sólo se constata una reducción del número de cotizantes y un acortamiento de la vida activa, sino también un incremento del número de pensionistas y de la duración misma de las pensiones. La población de más de 65 años de edad ha crecido enormemente en las últimas décadas, pasando de 3,3 millones de personas en 1970, a cerca de 8 millones en 2011, lo que representa un 17,24% de la población total; porcentaje que, según las proyecciones de población realizadas por el INE alcanzará el 31,94% en el año 2049. Y a lo anterior se añade una preocupante disminución de la tasa de natalidad que provoca que el número de hijos por mujer (1,39) se sitúe por debajo del umbral necesario para la reposición demográfica, de forma que la pirámide de población comienza a perder su base.

Pues bien, al tiempo que se constata la ampliación del ciclo de vida pensionable, se aprecia una reducción del ciclo de vida activa, fruto de recortes en ambos extremos, tanto en el acceso al mercado laboral (pues nuestros jóvenes cada vez se incorporan más tarde al trabajo), como en la salida del mismo (pues el cese se produce, con frecuencia, con anterioridad a los 65 años de edad, al utilizarse la pensión de jubilación como mecanismo de reestructuración de plantillas, dentro de un complejo engranaje en el que se integran también las prestaciones por desempleo y los complementos a cargo de las empresas).





Además, el reto que plantean los cambios demográficos se está viendo agravado por la crisis económica. La situación por la que atraviesa el mercado de trabajo en España (con más de cinco millones y medio de parados y una tasa de paro cercana al 25%) ha reabierto nuevamente el debate sobre la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones. Un régimen de reparto, como el nuestro, descansa en una pirámide demográfica saneada y en una política orientada al pleno empleo. Y el problema es que en España, esta correlación entre activos y pasivos se está debilitando. En tan sólo cinco años, el número de afiliados a la Seguridad Social se ha reducido en más de dos millones y medio de personas, lo que sitúa la relación entre cotizantes y pensionistas en un preocupante 2,05; un índice que se reduce al 1,86 si la correlación se efectúa entre el número de cotizantes y el total de pensiones contributivas en vigor.

Favorecer la convivencia entre la vida activa y pasiva e impulsar la compatibilidad entre el trabajo y las prestaciones puede alterar positivamente la preocupante relación apuntada entre cotizantes y pensionistas. De hecho, esta misma finalidad de reducción del gasto se constata con claridad en fórmulas como la jubilación flexible, fruto de la Ley 35/2002<sup>14</sup>, que es aquella que permite compatibilizar, una vez causada la pensión de jubilación, el percibo de la prestación con el ejercicio de un contrato a tiempo parcial. A diferencia de la jubilación parcial, la jubilación flexible no se vincula ni en sus orígenes, ni en su configuración legal, con las políticas de fomento del empleo. Su finalidad es aliviar la carga financiera del sistema, mediante la reducción de la pensión de jubilación ya devengada y el ingreso, en su caso, de nuevas cotizaciones.

---

<sup>14</sup> Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE 13-7-2002, nº 167).



# CAPÍTULO I: LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL Y SU COMPATIBILIZACIÓN CON EL TRABAJO

**SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS EFECTOS DE SU REGULACIÓN Y PROTECCIÓN.** 1. *La situación de la Incapacidad Temporal en España.* 2. *Las consecuencias de la Incapacidad Temporal y su regulación jurídica.* **II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL.** 1. *Una aproximación general.* 2. *La exigencia de una alteración de la salud incompatible con el trabajo.* 3. *La compatibilidad de actividades con la IT.* **III. EXPERIENCIAS COMPARADAS.** **IV. PROPUESTAS DE REFORMA: LA PRESTACIÓN POR IT PARCIAL.** **V. BIBLIOGRAFÍA.**

## I. ASPECTOS GENERALES DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y LOS EFECTOS DE SU REGULACIÓN Y PROTECCIÓN

### 1. *La situación de la Incapacidad Temporal en España*

La incapacidad temporal (IT) supone en la actualidad la causa de que se pierdan aproximadamente el 2,72% de las horas<sup>15</sup> que teóricamente debería realizar el trabajador (jornada pactada), porcentaje este que se ha reducido desde el máximo alcanzado en 2007 (3,49%), aunque está próximo a los niveles estimados para el año 2000<sup>16</sup>. Estas horas no trabajadas repercuten en la producción de las empresas pero además genera un elevado coste para el estado: aproximadamente 5.800 millones de euros se destinan anualmente (según los presupuestos Generales del Estado para 2012, y siendo similar la cifra recogida en el proyecto de 2013) al pago de esta prestación, lo que supone aproximadamente el 5% del gasto total en prestaciones abonadas por el sistema de Seguridad Social.

Las estadísticas oficiales muestran que en los últimos años se ha producido un apreciable descenso de la incidencia (que atiende al número de procesos iniciados) y en la prevalencia (que se refiere a los casos en que la prestación está vigente en un determinado momento), lo que en parte viene motivado por una muy notable reducción de la duración media de los procesos de incapacidad. Así, si en el año 2004, eran aproximadamente 37 de cada mil trabajadores protegidos por contingencias comunes los trabajadores por cuenta ajena los que se encontraban en situación de IT, mientras que en

---

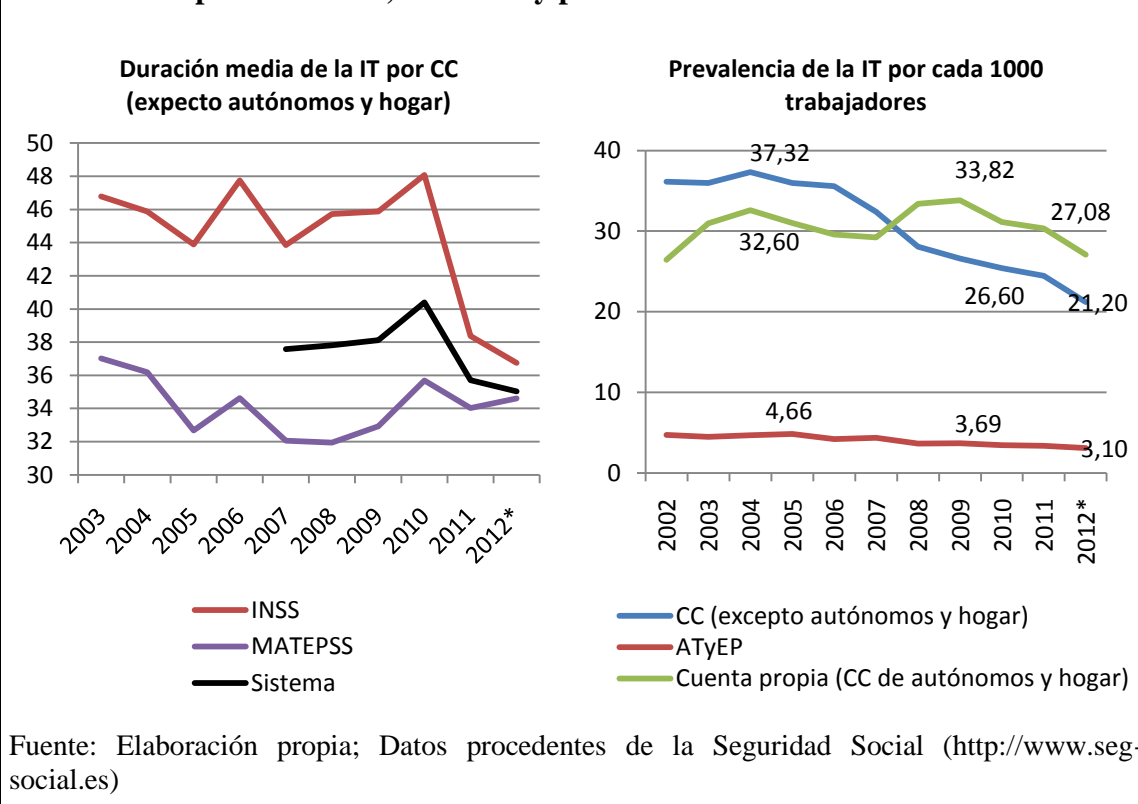
<sup>15</sup> Cálculo promediado a partir de los datos de la encuesta trimestral de costes laborales

<sup>16</sup> Los datos del periodo 2000-2007 son una estimación retrospectiva realizada por el INE, pues la serie sólo recoge los datos con precisión desde el primer trimestre de 2008.



la primera mitad del año 2012 han sido unos 21 por cada mil trabajadores protegidos. Algo menor ha sido la reducción en el caso de los trabajadores por cuenta propia y empleados del hogar, para los que la Seguridad Social ofrece una estadística separada, que han pasado de una prevalencia del 32,6 por mil al 27,08 por mil.

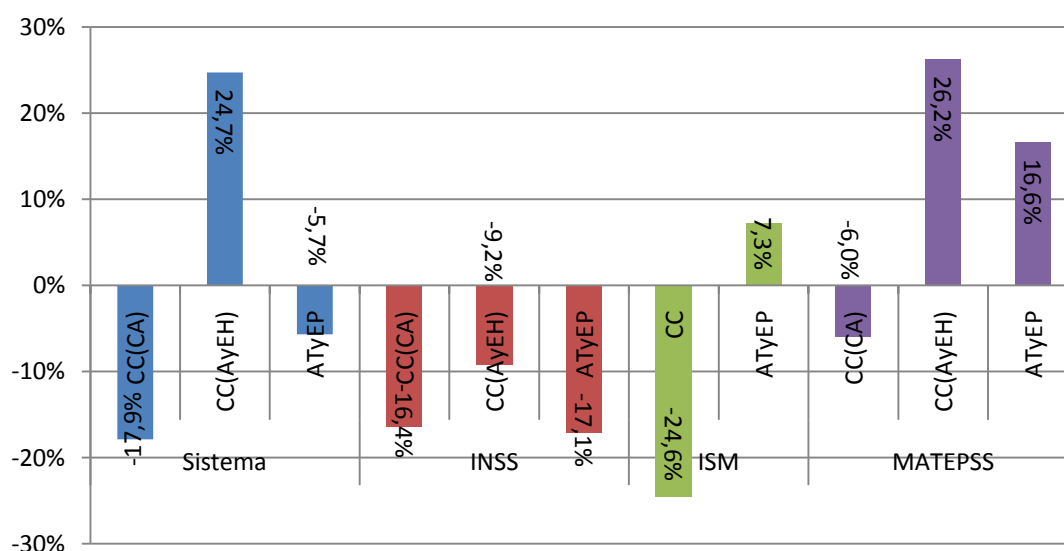
**Gráfico 1: Impacto de la IT; duración y prevalencia**



Este agregado del sistema engloba los trabajadores protegidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), los que los están por el Instituto Social de la Marina (ISM) y quienes se encuentran bajo la protección de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (MATEPSS). Si se diferencia entre estas, puede comprobarse como la mayor parte de la reducción se concentra en los procesos gestionados por el INSS, donde la prevalencia se ha reducido en algo más del 50%, pasando de afectar a 46,7 trabajadores de cada mil protegidos en 2004 a los actuales 22,74 por mil. La reducción en el ámbito de las MATEPSS es también importante (un 30%), pasando la tasa de prevalencia de 28,5 a 20,1 por cada mil trabajadores. Al mismo tiempo, se ha dado un proceso de trasvase de trabajadores protegidos por el INSS hacia las MATEPS (el ISM tiene un reducido ámbito de protección, estable en torno al 0,1% del total de trabajadores cubiertos por IT en España): si en 2004 la relación era aproximadamente 48%-52%, hoy es ya 38%-62%.



**Gráfico 2: Reducción porcentual del número de días de duración de la IT según causa de la misma y entidad gestora 2004-2011**



Fuente: Elaboración propia; Datos procedentes de la Seguridad Social (<http://www.seg-social.es>). Para el conjunto del sistema, los datos de 2004 son una estimación por agregación.

Leyenda: CC(CA): contingencias Comunes de los trabajadores por cuenta ajena; CC(AyEH): Contingencias Comunes de los trabajadores Autónomos y Empleados del Hogar; ATyEP: Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

En lo que se refiere a la duración de los periodos protegidos por esta prestación, progresivamente se observa una convergencia entre los trabajadores protegidos por una y otra clase de entidades, si bien sigue siendo superior la duración registrada por los cubiertos por el INSS. En todo caso, en uno como en otro subsistema de protección, la tendencia ha sido a la reducción de la duración media en lo que se refiere a las contingencias comunes (CC) de los trabajadores por cuenta ajena; así, en el conjunto del sistema la duración media de las prestaciones por CC para trabajadores por cuenta ajena se han reducido un 18%, hasta alcanzar en 2011 los 35,7 días en promedio, mientras que la misma prestación para trabajadores por cuenta propia y en el sistema especial de empleados del hogar (hasta 2012 no se ha integrado en el régimen general) ha crecido en su duración promedio hasta los 33,5 días, lo que supone un aumento del 24,7%.

## 2. Las consecuencias de la Incapacidad Temporal y su regulación jurídica

La pérdida de salud del trabajador, causada por enfermedad o accidente fue una de las preocupaciones a las que los primeros movimientos sociales tuvieron que dar respuesta,



no sólo por los gastos que de esa situación se derivan, sino sobre todo por la ausencia de rentas derivada de la incapacidad para el trabajo<sup>17</sup>. La respuesta a esta situación de necesidad, no obstante, no puede verse hoy desde una perspectiva meramente tuitiva de la salud del trabajador, sino que en la recuperación de la capacidad productiva concurren intereses de diversa índole: económica, empresarial, social, presupuestarias... Por ello, es necesario establecer un régimen jurídico que conjugue los diferentes puntos de vista, de forma que sin desproteger la salud del trabajador se potencie su empleabilidad y se favorezca su productividad presente y futura, conciliando todo ello con el mínimo perjuicio posible a la organización empresarial.

La lógica de la regulación de esta institución debe responder a las necesidades de los diferentes agentes implicados, pero es necesario para ello entender la situación en cada uno de ellos se encuentra; ante una situación de enfermedad, el trabajador tendrá, en ausencia de prestación por IT, dos posibilidades: intentar mantener su productividad en el trabajo a pesar de la enfermedad que le limita, o renunciar a su salario<sup>18</sup>. Ante esta disyuntiva, la decisión del trabajador dependerá de su situación financiera (y eventualmente de la familiar), con los consiguientes efectos sobre su salud, pero también sobre su rendimiento y consecuentemente sobre los rendimientos empresariales. La introducción de una renta asegurada en los periodos de enfermedad o lesión, ya sea en forma de seguro privado o de prestación pública, invierte el problema. El trabajador ante alteraciones menores de su salud se verá tentado para obtener el acceso a dicha renta en lugar de trabajar; la prestación por incapacidad temporal, como quiera que se articule, constituye una forma de “salario de reserva”<sup>19</sup> temporal. Así, la decisión de “declararse” coyunturalmente incapaz para el trabajo (al margen de a quién se atribuya la capacidad jurídica de reconocer dicho estado) dependerá no sólo de la salud del trabajador sino también de su valoración de ocio y trabajo, que vendrá a su vez influida por la forma de funcionamiento de la empresa y su situación en ella, la presión social y elementos de su vida privada<sup>20</sup>.

La noción de riesgo moral, que se ha analizado ampliamente en la literatura económica<sup>21</sup> tanto en los ámbitos del seguro privado como de las prestaciones sociales,

---

<sup>17</sup> DURÁN LÓPEZ, F. Prólogo en MUÑOZ MOLINA, J. *La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social* Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2005.

<sup>18</sup> SCHLIWEN, A.; EARLE, A.; HAYES, J.; HEYMANN, S. J., The administration and financing of paid sick leave, *International Labour Review*, vol. 150, 1/2, 2011, p. 44.

<sup>19</sup> El salario de reserva es una noción ampliamente utilizada en el ámbito de la economía laboral, y hace referencia a la cantidad mínima por la que una determinada persona está dispuesta a trabajar; al margen del valor del tiempo libre, el salario de reserva puede incrementarse por la existencia de otros recursos, y tendrá especiales efectos cuando estas rentas desaparezcan en caso de comenzar el trabajo, como ocurre con las prestaciones sustitutivas del salario.

<sup>20</sup> LINDBECK, A.; PERSSON, M., A continuous theory of income insurance, *CESifo Working Paper*, 3097, 2010, p. 1.

<sup>21</sup> La lista de publicaciones sobre esta materia es inabarcable; puede destacarse por su carácter seminal y de referencia las obras DIAMOND, P. A.; MIRRLEES, J. A., A model of social insurance with variable



resulta esencial en este punto. La selección adversa –el segundo de los orígenes de ineficiencias en los sistemas de seguro– carece de importancia en el ámbito de las prestaciones por IT, al menos en España donde se establece un régimen de cobertura obligatoria para todos los trabajadores.

El mencionado riesgo moral se refleja en esta materia en una doble vertiente: por un lado el trabajador no tomará todas las medidas adecuadas para proteger (o recuperar) su salud, puesto que no soporta todo el coste de la falta de trabajo, y por otro tendrá incentivos a falsear la realidad para aparentar una situación de enfermedad. Debe tenerse en cuenta que en la práctica, el requisito para el pago de las prestaciones (al margen de la situación laboral del trabajador) no es propiamente la incapacidad para el trabajo, sino la declaración de la misma por un determinado profesional sanitario. A efectos de la determinación de incentivos, poco importa que la ley se refiera a la efectiva capacidad del trabajador para prestar servicios, si lo percibido por los agentes es lo señalado. De este modo, la reducción de la generosidad del sistema de protección (tasa de reposición) se ha mostrado como un mecanismo eficaz para reducir la duración media de las bajas<sup>22</sup>.

Los estudios llevados a cabo por economistas muestran como la introducción de prestaciones por incapacidad temporal produce tanto efectos positivos como negativos: mientras que se aumenta la productividad y reduce la rotación y los costes de contratación y formación inicial, tiene efectos negativos sobre los niveles de absentismo, no sólo por las horas no trabajadas por el empleado enfermo sino también por el riesgo de contagio. En términos agregados, tiene efectos positivos en materia de igualdad de género y distribución de la renta<sup>23</sup>; en términos globales, la existencia de estos sistemas se considera positiva, pero deben tomarse en consideración los efectos potencialmente negativos para tratar de limitarlos.

En una coyuntura de crisis como la actual se hace imperativo tener en cuenta el elevado coste que estas prestaciones tienen para las arcas de la Seguridad Social, sin perjuicio de que la optimización del sistema deba inspirar la regulación en cualquier momento del ciclo económico. Por otra parte, los estudios demuestran que la prolongación de la baja por enfermedad sin trabajar aumenta las probabilidades de llegar a una situación de incapacidad permanente<sup>24</sup>, al margen de otras consecuencias negativas: los trabajadores

---

retirement, *Journal of Public Economics*, vol. 10, 3, 1978. y ROTHSCHILD, M.; STIGLITZ, J., Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 90, 4, 1976.

<sup>22</sup> HALL, C.; HARTMAN, L., Moral hazard among the sick and unemployed: evidence from a Swedish social insurance reform, *Empirical Economics*, vol. 39, 1, 2010, p. 46. JOHANSSON, P.; PALME, M., Moral hazard and sickness insurance, *Journal of Public Economics*, vol. 89, 9–10, 2005, p. 1887.

<sup>23</sup> SCHLIWEN, A. et al., The administration and financing of paid sick leave, cit., pp. 44–45.

<sup>24</sup> KAUSTO, J.; VIRTA, L.; LUUKKONEN, R.; VIIKARI-JUNTURA, E., Associations between partial sickness benefit and disability pensions: initial findings of a Finnish nationwide register study, *BMC Public Health*, vol. 10, 1, 2010, p. 1.



que se mantienen un largo periodo de tiempo en una situación de enfermedad tienen (obviamente, en término medio) peores perspectivas de promoción profesional y obtienen en el largo plazo ingresos menores<sup>25</sup>.

Estas consideraciones permiten afirmar que, tanto desde la perspectiva de los intereses privados (trabajador y empresario) como desde la óptica de los gestores de las prestaciones (ya sea la propia empresa, una mutua o un órgano de la administración), e incluso desde un punto de vista social o colectivo, resultará positivo reducir al mínimo necesario para la tutela de la salud las situaciones en las que dejen de prestarse servicios como consecuencia de enfermedad o lesión.

La perspectiva de protección del trabajador es clave para abordar la cuestión del trabajo durante una situación de incapacidad. Aunque sean muy reseñables los efectos que esto puede tener para el estado financiero del sistema de protección social y para el funcionamiento de la empresa, la articulación de una prestación de IT parcial debe girar siempre en torno a la necesidad de proteger la salud presente y futura del trabajador. Así, debe destacarse el valor dignificador del trabajo y su importancia dentro de las relaciones sociales, que permitirán mantener los vínculos personales y la capacidad profesional durante el tiempo en que las capacidades para la producción estén limitadas por la lesión o enfermedad que justifica la IT. Con ello, puede mejorar la calidad de vida del trabajador enfermo y con certeza se reducirán las probabilidades de caer en una situación de exclusión social por efecto de la obsolescencia de las capacidades productivas durante una baja de larga duración.

Debe destacarse que, a pesar de que el tratamiento de esta cuestión en la literatura económica generalmente haga esta asunción, la salud no es una variable binaria<sup>26</sup> –hay grados entre la salud plena y la más absoluta incapacidad–, por lo que el tratamiento de las medidas para reducir la IT puede contener incentivos que reduzcan la predisposición a no trabajar: un trabajador en muchas ocasiones puede encontrarse en una situación en que su salud le dificulta el trabajo pero no se lo impide: según su predisposición hará o no el esfuerzo (o exagerará sus síntomas para obtener una declaración de incapacidad por el responsable médico). Mediante un adecuado diseño de las políticas puede mitigarse este riesgo o premiarse la conducta positiva.

Precisamente en este sentido, la introducción de formas parciales de prestación por incapacidad temporal puede servir para mejorar la eficiencia del sistema, reducir los costes de las prestaciones, facilitar la recuperación y mejora de la productividad de los trabajadores y aumentar la competitividad de las empresas. No obstante, se plantean importantes problemas desde la perspectiva normativa y desde un punto de vista práctico que se abordan en las siguientes páginas.

---

<sup>25</sup> VINGÅRD, E.; ALEXANDERSON, K.; NORLUND, A., Chapter 9. Consequences of being on sick leave, *Scandinavian Journal of Public Health*, vol. 32, 63 suppl, 2004, p. 209.

<sup>26</sup> LINDBECK, A.; PERSSON, M., A continuous theory of income insurance, cit., p. 3.





## II. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

### 1. Una aproximación general

El sistema de protección por incapacidad temporal ha sido calificado por la doctrina como complejo, caótico e ineficaz<sup>27</sup>. La complejidad es evidente y difícilmente evitable, por cuanto que confluyen regulaciones de distinto ámbito y con distinta lógica: el régimen jurídico laboral, que determinará los efectos sobre el contrato de trabajo, el relativo a la función prestacional del Sistema de Seguridad Social, eventualmente el derecho a la asistencia sanitaria, e idealmente el derecho de prevención de riesgos laborales, que con carácter ideal debiera actuar con anterioridad al surgimiento de la IT y con el fin de reducirla e incluso evitarla. Esta lógica compleja deriva en una divergencia subjetiva entre quienes tienen que juzgar la concurrencia del requisito esencial para la IT (la falta coyuntural de capacidad física o mental para el trabajo) y quienes deben abonar las prestaciones (empresa, INSS o MATEPSS, según los casos). Incluso en el caso de la prestación sanitaria, es posible que concurra una pluralidad de sujetos, puesto que conforme al art. 1 del RD 575/1997 y su desarrollo<sup>28</sup>, será el médico del sistema público de Salud el que expida el parte de baja, aun cuando no esté a su cargo la salud del paciente, por haber optado este por los servicios de la sanidad privada.

La segunda nota crítica, el carácter caótico del sistema, se afirma en gran medida por razón de la alta dispersión normativa<sup>29</sup>; el hecho de que incidan como se ha expuesto materias de diferentes clases (laborales, de seguridad social, de prevención de riesgos...), no implica que la regulación no pueda ser unitaria, lo que ciertamente serviría para reducir en cierta medida la complejidad antes descrita<sup>30</sup>.

No es objeto de este trabajo el análisis del completo régimen jurídico de la prestación y sus efectos, pero existen algunos elementos que sí deben mencionarse aquí. Existe cierto consenso en la existencia de un elevado fraude, fruto del riesgo moral antes señalado. Así, se ha calificado esta como un “refugio protegido”<sup>31</sup>, una prestación en la que el trabajador se ampara para cubrir necesidades de muy distinta naturaleza, no siempre relacionadas con su salud, sino con necesidades de conciliación o simplemente

---

<sup>27</sup> SALA FRANCO, T., La incapacidad temporal: Una visión crítica de su actual régimen jurídico, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2008, p. 82.

<sup>28</sup> Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, (BOE 24-4-1997, nº 98). Esta norma fue desarrollada por la Orden de 19 de junio de 1997 (BOE 24-6-1997, nº 150).

<sup>29</sup> MARTÍNEZ-MACHUCA GIJÓN, M. A., La gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2001, p. 348.

<sup>30</sup> SALA FRANCO, T., La incapacidad temporal, cit., p. 84.

<sup>31</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V. (DIR), *Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal*, MTAS FIPROS, 2005, p. 11 y ss.





de ausencia de rentas cuando no existe el derecho a otras prestaciones. En otros casos sí responde a una situación propia de la salud, pero para la que existe otra prestación específica cuya complejidad o requisitos de acceso hacen difícil su obtención (riesgo durante el embarazo, lactancia)<sup>32</sup>. La práctica hace que la necesidad de la baja sea determinada por el propio paciente, de tal modo que en el ambiente de buena fe que existe en la relación médico-paciente el facultativo es proclive a aceptar la valoración hecha por el trabajador sobre su propia capacidad<sup>33</sup>. En algunos casos el fraude puede producirse con connivencia empresarial (pues el trabajador sigue prestando servicios, viendo minorado su salario en la medida en que le protege la prestación) o con el fin de realizar otras actividades laborales retribuidas<sup>34</sup>.

Debe tenerse en cuenta, que en la gestión de la IT por contingencias comunes (en el caso de las contingencias profesionales la certidumbre sobre el hecho que da origen a la misma dificulta el fraude o el uso desviado de la institución) el primer control corresponde a los médicos del sistema público de salud. La citada relación médico-paciente se configura a menudo respondiendo al tópico del “paciente simulador y el terapeuta crédulo”<sup>35</sup>, aunque no debe olvidarse el papel fundamental que juega en la función tuitiva de la integridad física y salud del trabajador. Sin embargo, tampoco puede negarse que mientras que en cierta medida empatizará con el trabajador-paciente, lo más probable es que no interiorice los costes de una calificación “generosa” de la enfermedad, pues no es ni él (ni su “empleador”, el correspondiente servicio público de salud) quien abonará las prestaciones derivadas de su decisión; como consecuencia de ello, se pone de manifiesto el problema de que si quien gasta no paga, el interés para controlar el gasto desaparece para el organismo que decide sobre aquel<sup>36</sup>.

En el caso de las contingencias profesionales, como la IT procede de un hecho que puede identificarse y comprobarse por la empresa con menor dificultad, puesto que se ha producido precisamente como la lesión corporal que sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo<sup>37</sup> (art. 115 LGSS) o la enfermedad que contraiga a consecuencia del trabajo ejecutado. Además, la comprobación del estado de salud y el correspondiente parte de baja no se atribuye al médico del sistema público de salud,

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>33</sup> GERVÁS, J.; RUIZ TÉLLEZ, Á.; PÉREZ FERNÁNDEZ, M., *La incapacidad laboral en su contexto médico: problemas clínicos y de gestión*, Fundación Alternativas, 2006, p. 14.

<sup>34</sup> MERCADER UGUINA, J. R., El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha), *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 2004, p. 410.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 403., MERCADER UGUINA, J. R., La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 8, 2009, p. 19. en expresión tomada, a su vez de RENDUELES OLMEDO, G. “El paciente simulador y el terapeuta crédulo: una pareja en apuros” en C. Castilla del Pino, *La sospecha* Alianza Editorial 1998.

<sup>36</sup> DESDENTADO BONETE, A., Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal, *Actualidad laboral*, 6, 2008, p. 684.

<sup>37</sup> No obstante, pueden existir supuestos que escapen al control del empresario, como enfermedades latentes o accidentes producidos –supuestamente– *in itinere* o en misión.



sino que como regla general<sup>38</sup>, corresponderá al de la mutua de accidentes de trabajo y de la Seguridad Social con la que la empresa tenga concertada la gestión de esta contingencia, lo que suele determinar una menor prevalencia de la IT. En todo caso, aun cuando la gestión se atribuye al INSS, la prevalencia es relativamente baja y muy similar a la gestionada por las MATEPSS, en niveles próximos a 3 de cada mil trabajadores protegidos.

Al margen de las notas que caracterizan la gestión de esta prestación y que se han apuntado, es preciso centrar la atención aquí en los requisitos habilitantes para el acceso a la IT. Conforme al art. 128 LGSS, bajo la rúbrica de “concepto” se exigen, según ha desgranado la doctrina, tres notas que caracterizan la alteración de la salud relevante: la imposibilidad para el trabajo, el carácter temporal y en principio reversible de la alteración de la salud y la asistencia sanitaria<sup>39</sup>. A los efectos de una potencial compatibilización de la prestación con la realización de actividades lucrativas, lógicamente, el punto más problemático será el hecho de que la ley exija como requisito para el acceso (y permanencia) en la prestación la imposibilidad para el mismo. No obstante, sin perjuicio de las propuestas de modificación normativa que finalmente se plantearán, la incapacidad (temporal) para el trabajo no se exige en términos absolutos, sino que deja un cierto espacio para el trabajador.

## 2. *La exigencia de una alteración de la salud incompatible con el trabajo*

La noción incapacidad para trabajar exigida por el art. 128 LGSS se plantea en términos tajantes: el texto legal, al exigir que el trabajador este “impedido para el trabajo” no parece admitir matices. Sin embargo, en una interpretación finalista, resulta necesario plantearse sí esta incapacidad es genérica o específica y la forma en la que ha de determinarse a partir de que estado de alteración de la salud existe esta incapacidad, pues aunque algunas dolencias o enfermedades imposibilitan para el trabajo en todo caso (particularmente las contagiosas), en otros casos la intensidad es lo que determinará la incapacidad (como ocurre en el caso de dolores óseos o musculares)<sup>40</sup>.

Respecto de la primera de estas cuestiones, resulta claro que multitud de lesiones físicas no afectarán igual al trabajador manual que al de oficina, e incluso dentro de cada uno

---

<sup>38</sup> Sólo corresponderá la gestión a la mutua cuando se haya concertado con ella la gestión de las contingencias profesionales (art 1.6 RD 575/1997). Sin embargo, conforme a los datos disponibles de la Seguridad Social, aproximadamente el 95% de los trabajadores protegidos lo están por estas entidades colaboradoras.

<sup>39</sup> FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 33; MUÑOZ MOLINA, J., *La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 25 y ss; SALA FRANCO, T.; SALAS BAENA, A., *La incapacidad temporal aspectos laborales sanitarios y de la Seguridad Social*, 2007, p. 22 y ss.

<sup>40</sup> MUÑOZ MOLINA, J., *La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, cit., p. 26.



de estos grandes grupos habrá que diferenciar según las funciones que pueda desempeñar el empleado en cuestión. En este sentido, el RD 575/1997 en su art. 1.2 expresamente hace referencia a la incapacidad para la profesión habitual, lo que introduce la posibilidad de que una misma dolencia genere el acceso a la prestación para una persona pero no para otra en atención a sus ocupaciones en un momento dado<sup>41</sup>. Ello abre una primera vía a la compatibilización de trabajo y prestación, que ya ha sido explorada por la jurisprudencia, en los casos de pluriactividad y pluriempleo, como más adelante se verá.

En relación a la graduación de la gravedad de la lesión el ordenamiento no establece el momento a partir del cual la alteración de la salud reviste suficiente intensidad como para incapacitar al sujeto para el desempeño de su trabajo<sup>42</sup>. La valoración corresponderá en cada caso al facultativo que evalúe al trabajador, pero no contará en este caso, a diferencia de lo que ocurre en la prestación por incapacidad permanente, de capacidad para graduar las consecuencias de su decisión. Aun en ausencia de un criterio objetivo, puede entenderse que es suficiente con que la enfermedad o lesión imposibilite al trabajador para realizar normalmente el conjunto de sus funciones, aunque pueda llevar a cabo algunas de las tareas habituales de su actividad<sup>43</sup>. Igualmente, incluso en casos en los que el paciente/trabajador mantenga la capacidad para llevar a cabo la totalidad de las funciones que conforman su puesto de trabajo, podrá declararse la incapacidad si cuantitativamente no puede soportar la totalidad de la jornada o existen impedimentos ambientales o de otro tipo que le permitan acudir a su puesto de trabajo<sup>44</sup>.

Las consecuencias de la exigencia de falta de aptitud temporal para el trabajo no son menores, ni en el ámbito de la Seguridad Social ni en el estrictamente laboral. En relación a este último, la jurisprudencia no ha encontrado especial dificultad en la subsunción de la conducta del trabajador que durante su enfermedad trabaja para otro empleador (o para sí mismo) en la vulneración de la buena fe contractual. Consecuentemente, ante esta situación, será aceptable el despido por razones disciplinarias, en base a lo contemplado en el art. 54.2.d del ET. En este sentido, tanto el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones<sup>45</sup>, ha puesto de manifiesto que la realización

---

<sup>41</sup> GALINDO FERRERO, V. Elementos configuradores de la situación de incapacidad temporal en editado por A. V. SEMPERE NAVARRO, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI Y A. I. PÉREZ CAMPOS, *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* 2011 p. 38.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, cit., p. 43.

<sup>43</sup> DUEÑAS HERRERO, L. J. Contingencia y prestación de incapacidad temporal, BLANCO MARTÍN, J. M. *Las Incapacidades laborales: Un punto de vista práctico* Lex Nova 2005 p. 69.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ PRATS, C., *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, cit., pp. 43-44.

<sup>45</sup> Entre otras SSTs 23-1-1990, 12-07-1990, 18-7-1990, 23-7-1990.



de actividades por cuenta propia o ajena, durante la incapacidad temporal constituye una clara transgresión de la buena fe contractual<sup>46</sup>.

Igualmente, en lo que se refiere a la propia dinámica de la prestación, el art. 132.1.b de la LGSS prevé expresamente como causa de denegación, anulación o suspensión de la prestación el hecho de que el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena. En este punto entran en juego dos posibles fundamentos: por una parte, puede considerarse que esta norma está previendo la falta de concurrencia del requisito de inaptitud para el trabajo, pero por otra puede responder tan sólo a la desaparición de la situación de necesidad económica derivada de la alteración de la salud. En el primero de los casos, habría de ceñirse únicamente la prohibición implícita de trabajar a aquellas actividades que exijan el empleo de las mismas capacidades que el trabajo que venía realizando el beneficiario; en el segundo, habría que atender a la capacidad real de generar rentas mediante el trabajo<sup>47</sup>.

### 3. *La compatibilidad de actividades con la IT*

La regla general, dada la naturaleza de la prestación, es por tanto la que prohíbe, tanto desde la perspectiva laboral como desde la de Seguridad Social, compatibilizar la percepción de la prestación con cualquier clase de actividad económica remunerada. El problema de esta interpretación estricta de la norma es que conduce a situaciones claramente desincentivadoras del trabajo, y que en la lógica expuesta más arriba perjudican a la productividad de la economía e incluso a la recuperación de la salud del trabajador en el medio y largo plazo.

El supuesto más habitual en el que este problema se plantea es aquel en el que el trabajador que padece una alteración de la salud desarrolla simultáneamente más de una actividad económica, ya se trate de un empleo por cuenta propia y otro por cuenta ajena (pluriactividad) o dos actividades en el mismo régimen (pluriempleo). En la línea argumental que viene desarrollándose, la alteración de la salud que habilita el acceso a la prestación por IT puede afectar únicamente a una de las dos actividades. Una interpretación estricta del 132 LGS, que entienda que la incapacidad temporal es “una situación de plena y absoluta incompatibilidad con todo trabajo”<sup>48</sup>, impediría que un trabajador que desempeña funciones distintas para dos empresas pueda continuar prestando sus servicios para aquella que está capacitado. Con ello se resiente la capacidad productiva del trabajador, la organización de la empresa para la que potencialmente sigue capacitado y para el sistema de Seguridad Social, por cuanto que obliga a abonar una prestación sustitutiva de una renta que el beneficiario podría (y

---

<sup>46</sup> Con carácter más reciente pero en los TSJ existen también abundantes resoluciones en este sentido; entre otras, STSJ de Castilla y León, Burgos, de 26-11-2010, Rº 685/2008, o STSJ de C. Valenciana de 28-2-2003, Rº 3520/2002.

<sup>47</sup> DUEÑAS HERRERO, L. J., Contingencia y prestación de incapacidad temporal, cit., p. 71.

<sup>48</sup> STSJ Andalucía, Granada 22-7-1998, Rº 1220/1996



querría) obtener por sí mismo. Esta misma línea de interpretación estricta fue la sostenida por la STSJ Cataluña 16-3-2001 (R° 6470/2001), que argumentó basándose en la propia normativa de gestión de la prestación; dado que conforme a la vigente OM de 13-10-1967<sup>49</sup> deben computarse todas las bases del trabajador pluriempleado, es preciso suprimir todas las rentas derivadas de la actividad que generaba dichas bases.

Frente a esta postura (y casando precisamente esa sentencia), el Tribunal Supremo ha abierto una línea interpretativa de mayor flexibilidad. La STS 19-2-2002, R° 2127/2001 analizó el caso de un trabajador afiliado al RETA como trabajador agrario por cuenta propia y al RGSS en calidad de auxiliar administrativo a tiempo parcial. Con motivo de una hernia de disco, el trabajador inició el disfrute de una prestación por IT, pero no cesó en la actividad de auxiliar, evidentemente menos exigente desde una perspectiva física.

Entiende el Tribunal Supremo que carecería de sentido mantener regímenes de cotización diferenciados pero simultáneos para un trabajador si luego no se va a reconocer la compatibilidad entre las situaciones que pudieran derivarse de esta doble afiliación. Así, siempre y cuando la segunda actividad (no por importancia, sino considerando como punto de partida aquella para la que está impedido temporalmente) no perjudique a la recuperación plena de la capacidad. Una interpretación estricta como la recogida por la sentencia de suplicación, continua argumentando el Tribunal Supremo, sería contraria al espíritu y finalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, y al «efecto útil» de las cotizaciones exigidas respecto de quienes figuran afiliados y en alta en los diferentes regímenes de la Seguridad Social. Más que prevenirse el fraude se acentuaría, al obligar a un trabajador a suspender una relación laboral para la que mantiene intacta su capacidad. En el mismo sentido flexibilizador, la STS 7-4-2004 (R°1508/2003) entiende que hay que atender a la efectiva prestación de servicios, siendo irrelevante la situación formal de alta en un régimen (en el caso analizado el RETA) mientras se está de baja en otro (el Régimen General), cuando no hay actividad real.

Los Tribunales Superiores de Justicia acogieron esta doctrina, e incluso la aplicaron más allá, no limitándose a la pluriactividad sino admitiendo también la posibilidad de mantener una actividad laboral dentro del mismo régimen de Seguridad Social en el que se ha causa derecho a la prestación. Así, aun cuando el propio Tribunal Supremo parece rechazar la aplicación de su doctrina a los casos de pluriempleo<sup>50</sup>, la STSJ Asturias 31-10-2002, R°2620/2001, con expreso apoyo en la primera de las SSTS citadas, admitió la compatibilidad del trabajo con la prestación en dos empleos en los que cotizaba la

---

<sup>49</sup> Orden de 13 de octubre de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 4-11-1967, n°267).

<sup>50</sup> MUÑOZ MOLINA, J., *La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, cit., p. 134.



trabajadora en el régimen general; en el mismo sentido, la STSJ Navarra 21-3-2003 admitió no sólo la compatibilidad del trabajo, sino incluso la posibilidad de generar derecho a una prestación por contingencias profesionales mientras se beneficiaba de otra por contingencias comunes, cada una en uno de sus puestos de trabajo. Debe destacarse que en algunos casos incluso, especialmente en el caso de alteraciones de la salud mental (ansiedad, depresiones), la segunda actividad puede tener un cierto efecto terapéutico<sup>51</sup>.

### III. EXPERIENCIAS COMPARADAS

La introducción de una nueva regulación jurídica debe realizarse siempre atendiendo a las características del ordenamiento de destino, sin que sea posible trasponer sin más la normativa existente en otros países. Sin embargo, ante la necesidad de crear desde la nada un régimen jurídico que altere en gran medida la lógica de una institución como la IT, permitiendo la compatibilización aunque sea parcial de la prestación con el trabajo, cualquier referencia puede ser de utilidad. A continuación se exponen las distintas experiencias comparadas de en las que se han detectado formas de incapacidad temporal parcial, para a partir de las mismas proceder a la elaboración de una propuesta que se ajuste a las necesidades y particularidades del ordenamiento español.

En Dinamarca las prestaciones parciales para grados intermedios de incapacidad fueron suprimidos, pues al margen de otras consideraciones acerca de la excesiva complejidad de sus sistema de protección por incapacidad (temporal o permanente), se entendió que incentivaban a la gente a fingir estar “lo más enfermo posible”<sup>52</sup>. El marco regulatorio de la prestación por enfermedad fue reformado en 2003 para tratar de reducir lo que se consideró una elevada incidencia de esta clase de prestación. Con las modificaciones legislativas se pretendió cambiar la lógica del sistema, en el sentido de evaluar qué podía hacer el trabajador (y qué no) en lugar de meramente evaluar su incapacidad para el trabajo. De esta forma se suprimió la prestación parcial, orientando estos casos hacia formas especiales de trabajo (*fleksjob*)<sup>53</sup>. El sistema danés permite mediante esta figura acceder a un empleo subsidiado a quienes mantengan una capacidad de trabajo del 50%. El trabajo se gradúa, permitiendo durante la enfermedad una jornada reducida, combinando salario por el tiempo trabajado y prestación por el restante. A esta situación puede llegarse por dos vías: el acuerdo entre empresario y trabajador o la decisión unilateral del primero con la aprobación del ente municipal (que es el encargado en

---

<sup>51</sup> JOVER RAMÍREZ, C., *La incapacidad temporal para el trabajo* □ : *aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 420.

<sup>52</sup> OCDE, *Sickness, Disability and work: Breaking the barriers: Denmark, Finland, Ireland and the Netherlands - Vol 3*, OECD, Paris, 2008, p. 76.

<sup>53</sup> OCDE, “New ways of addressing partial work capacity”, p. 5.





Dinamarca de la gestión de estas prestaciones)<sup>54</sup>. Aun en este caso, no se obliga al trabajador a prestar servicios durante su enfermedad, pero si no acepta entrar en el programa su prestación puede verse minorada.

En Finlandia la incapacidad parcial, esto es, la percepción de la prestación como complemento del trabajo se introdujo en 2007, sólo es posible a partir de los 60 días de baja<sup>55</sup>, momento a partir del cual la prestación puede reducirse al 50%, con la consiguiente prestación de servicios remunerados al empresario, que puede oscilar entre el 40 y el 60% de la jornada que realizaba con anterioridad a la enfermedad<sup>56</sup>. Puede concederse a personas entre 16 y 67 años, y se trata de un régimen plenamente voluntario, siempre bajo la condición de que el trabajo no comprometa su recuperación. Se exige un periodo de cotización de al menos 60 días ininterrumpidos en régimen de tiempo completo inmediatamente anteriores al inicio de la baja por enfermedad, y la vuelta al trabajo debe hacerse en un régimen de tiempo parcial que cubra entre un 40 y un 60% de las horas que se trabajaban con anterioridad a la baja, permitiéndose que el trabajador realice las mismas o diferentes tareas durante esa jornada reducida. Esta situación debe mantenerse durante un mínimo de 12 días laborables y un máximo de 72 en un periodo de dos años<sup>57</sup>. El objetivo de esta regulación fue el de facilitar la vuelta al trabajo y la permanencia en el empleo. Los primeros años de funcionamiento de esta medida no parecen ofrecer resultados demasiado alentadores, pues su uso dista mucho de ser generalizado<sup>58</sup>. De hecho, en 2010 se suavizaron los requisitos de acceso, limitando a dos semanas de baja el plazo tras el cual el trabajador puede optar por la incapacidad temporal a tiempo parcial. Aun así, en este año 2010, tan sólo 4.938 personas recibieron esta prestación por enfermedad parcial, lo que supuso un 1,4% del total de las prestaciones por enfermedad iniciadas, duplicando la cifra del año anterior (2059 bajas, un 0,6% del total del año)<sup>59</sup>.

El sistema de protección social sueco también permite reconocer una incapacidad temporal de naturaleza parcial; El sistema de protección por enfermedad aplica tanto a trabajadores –sin exigir un periodo determinado de prestación de servicios o cotización– como a desempleados. El procedimiento no es particularmente complejo; los primeros siete días, es suficiente con la notificación a la Agencia Sueca de Seguro Social

---

<sup>54</sup> HØGELUND, J.; HOLM, A.; MCINTOSH, J., Does graded return-to-work improve sick-listed workers' chance of returning to regular working hours?, *Journal of Health Economics*, vol. 29, 1, 2010, p. 159.

<sup>55</sup> OCDE, *Sickness, Disability and work: Breaking the barriers: Denmark, Finland, Ireland and the Netherlands - Vol 3*, cit., p. 105.

<sup>56</sup> ISSA, *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2012*, 2012, p. 95.

<sup>57</sup> KAUSTO, J. et al., Associations between partial sickness benefit and disability pensions, cit., p. 2.

<sup>58</sup> TOIVONEN, L., Statutory and occupational sickness benefits in Finland in 2011, *Kela online working papers*, 34/2012, 2012, p. 11.

<sup>59</sup> KELA/FPA, *Statistical Yearbook of the Social Insurance Institution 2009*, Official Statistics of Finland, 2010. KELA/FPA, *Statistical Yearbook of the Social Insurance Institution 2010*, Official Statistics of Finland, 2011.



(*Försäkringskassan*), posteriormente debe aportarse un certificado médico, a partir del cual el *Försäkringskassan* evaluará la concurrencia de la situación de incapacidad total o parcial. Además de estas prestaciones, existe también la posibilidad de que, en atención a la situación del trabajador, se conceda una asignación para gastos de desplazamiento que sustituye a la prestación por incapacidad, de tal modo que se pueda prestar normalmente las funciones sin soportar los gastos extraordinarios que la situación transitoria de enfermedad (o lesión) le ocasiona en el transporte de y desde el trabajo<sup>60</sup>. Esta prestación puede percibirse de modo íntegro (aproximadamente un 80% de la base reguladora, con el límite de 7,5 veces el importe básico de referencia, que cumple una función similar al IPREM en España), o de forma parcial. En este último caso, se atiende a la cantidad de tiempo que el trabajador necesita reducir su jornada a causa de la enfermedad, si bien el ajuste se hace por bloques de una cuarta parte de la jornada; de esta forma, podrá obtenerse una incapacidad temporal parcial al 25%, al 50% o al 75%. Por otra parte, no se exige que esta reducción en todo caso se aplique a la jornada diaria, sino que se admiten estructuraciones de la jornada diferentes siempre que el médico entienda que esto favorece la recuperación del trabajador.

Existen además el llamado subsidio de actividad (*aktivitetsersättning*)<sup>61</sup> para trabajadores de hasta 30 años y el subsidio de incapacidad laboral (*Sjukersättning*)<sup>62</sup> para aquellos de más edad, que se puede conceder a quienes por razón de enfermedad o discapacidad funcional no pueden desarrollar con plenitud una actividad laboral, y que presenta características similares a la prestación antes descrita.

En Noruega, hasta el 1 de julio de 2011 existían dos mecanismos de compatibilización de la prestación por incapacidad y el trabajo. Por una parte, era posible recibir el total de la cuantía de la misma al tiempo que se prestaban –durante un corto periodo de tiempo– servicios por medio de la llamada *aktiv sykmelding*, una prestación que tenía el objetivo de fomentar la vuelta al trabajo, mediante la realización de tareas distintas a las que ordinariamente correspondieran al trabajador. No obstante, esta posibilidad fue suprimida en la fecha indicada (en gran medida por el elevado riesgo de fraude que existía, pues resulta complejo comprobar que efectivamente no se prestan las tareas habituales), de modo que hoy ya sólo queda la baja graduada o parcial (*Gradert sykmelding*), que atendiendo a la capacidad del trabajador modula la prestación en base a criterios tanto cuantitativos como cualitativos: procede esta prestación cuando el empleado es capaz de llevar a cabo algunas de sus actividades habituales o de otra clase, por tiempo reducido o empleando más tiempo del que normalmente necesitaría. EL certificado médico correspondiente será el que determine el grado de capacidad, y conforme al mismo se fijará el nivel de la prestación, con un mínimo del 20%.

---

<sup>60</sup> FÖRSÄKRINGSKASSAN, *Subsidio de de enfermedad [Sjukpenning]*, 2012.

<sup>61</sup> FÖRSÄKRINGSKASSAN, *Subsidio de actividad [aktivitetsersättning] por reducción de la capacidad laboral*, 2010.

<sup>62</sup> FÖRSÄKRINGSKASSAN, *Subsidio de incapacidad laboral [Sjukersättning]*, 2009.





Otros países, como Bélgica, han puesto en marcha sistemas de mantenimiento simultáneo de prestaciones y trabajo con un carácter más residual. Así sólo se aplicará, con carácter general, si transcurrido un año desde el inicio de la baja en el trabajo el asesor médico de la invalidez o el de la mutualidad (elegida por el trabajador, y generalmente vinculada al sindicato) valora que la capacidad residual es suficiente, puede proponer la reanudación parcial del trabajo<sup>63</sup>.

En Reino Unido<sup>64</sup>, tras la entrada en vigor en 2010 de la reforma de la incapacidad temporal (*Statutory Sick Pay*), ante una situación de incapacidad para el trabajo, el médico expedirá un certificado de aptitud en el que indicará que el trabajador no puede realizar función alguna (“*you are not fit for work*”) o que es viable la realización de cierta prestación laboral con determinadas condiciones, que pueden consistir en un retorno progresivo (“*phased return to work*”), una adaptación de funciones (“*amended duties*”), la modificación de horarios (“*altered hours*”) o la adaptación del puesto de trabajo (“*workplace adaptations*”)<sup>65</sup>. En cualquiera de estos casos, determinará la condicionalidad a la que se sujeta la posibilidad de trabajo, pero en todo caso esta requerirá de acuerdo del trabajador con el empresario. La prestación (*Statutory Sick Pay*) se mantendrá durante el periodo de compatibilización de la enfermedad o lesión, siempre que existan jornadas efectivamente no trabajadas, y estas se agrupen en periodos de al menos 4 días. Ello se debe a que este es el periodo mínimo para entender que existe una baja (“*Period of incapacity of Work*”), y en periodos inferiores no nace el derecho a la percepción de prestación (ni siquiera aunque se trate de varias pequeñas interrupciones del trabajo que procedan de una misma enfermedad o lesión). En consecuencia de ello únicamente se compatibilizarán prestación y trabajo cuando la adaptación que se realice sea el retorno progresivo o gradual y este se configure de modo que deje al menos cuatro días entre jornadas de trabajo, computando también los días que habitualmente no se habría trabajado (típicamente el fin de semana). De este modo, en caso de que se acuerde un retorno progresivo en forma de días alternos no se generaría ningún derecho a prestación, pero trabajando tres días consecutivos en una misma semana sí que se generaría el derecho a obtener el pago por los dos días de la semana no trabajados. En el resto de adaptaciones, cuya viabilidad en la empresa se deja en manos del empresario (son imperativas para el trabajador si existe la posibilidad de adaptación en la empresa), dado que se prestan servicios (y se remuneran) el sistema de protección británico no realiza desembolso alguno.

---

<sup>63</sup> LLORENTE ÁLVAREZ, A., “La prestación de incapacidad temporal en los estados de nuestro entorno”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 31, 2007, p. 107.

<sup>64</sup> Un desarrollo detallado puede consultarse en el manual elaborado por la agencia estatal encargada del pago de las prestaciones (entre otras funciones): HM REVENUE & CUSTOMS, *Employer helpbook for Statutory Sick Pay (E14)*, 2012.

<sup>65</sup> La regulación completa se encuentra en la norma *The Social Security (Medical Evidence) and Statutory Sick Pay (Medical Evidence) (Amendment) Regulations 2010* que puede consultarse en <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/137/made?view=plain>



#### **IV. PROPUESTAS DE REFORMA: LA PRESTACIÓN POR IT PARCIAL**

El documento sobre revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero de 2010, elaborado desde el Gobierno de la Nación, ya contemplaba la necesidad disociar la situación de enfermedad con la prescripción de reposo, manteniendo el régimen actual los primeros 15 días, aunque con mayores herramientas e instrumentos de control<sup>66</sup>. En esta lógica, y de acuerdo con los principios de funcionamiento óptimo que se han ido desgranando a lo largo de este capítulo, resulta necesario establecer mecanismos que permitan, siempre desde la premisa de la máxima protección a la salud y respeto a la integridad física del trabajador, o bien mantener algún vínculo laboral, o bien una reentrada progresiva tras el transcurso de un tiempo de incapacidad.

Como se ha expuesto más arriba, y pone de manifiesto la jurisprudencia que ha permitido la compatibilización de la prestación con el trabajo en casos de pluriactividad y pluriempleo, la salud no es una variable binaria. Un trabajador no pierde (ni recupera) de golpe toda su capacidad productiva, y no siempre será necesario un reposo absoluto para su mejor recuperación. Del mismo modo que se admite que puede mantenerse la capacidad para una de las actividades por las que cotiza el trabajador, nada impide desagregar las funciones que desempeña en la empresa para aprovechar así el potencial que le reste a pesar de la enfermedad.

Las múltiples experiencias comparadas ponen de manifiesto que no se trata de una utopía ni una innovación demasiado arriesgada. El mayor peligro que pudiera existir, y que debe tenerse en cuenta en el diseño de la nueva política, es la connivencia entre empresario y trabajador para tratar de obtener una IT parcial sin alterar en la práctica las funciones. Al mismo tiempo, debe elaborarse un sistema sencillo, pues aunque pueda perder algo en eficiencia teórica, la reducción de la complejidad en la gestión facilitará la puesta en marcha del nuevo programa y reducirá las oportunidades de fraude.

Partiendo de estos principios, resulta atractivo el sistema implantado en Reino Unido, que otorga al médico de atención primaria la responsabilidad de determinar las capacidades que el paciente (trabajador) mantiene, y a partir de su diagnóstico indicar si el trabajador puede desempeñar su trabajo en una jornada inferior, o si puede prestar servicios siempre que se adapte el puesto en el más amplio sentido (suprimiendo algunas funciones, realizando algún cambio o modificando horarios).

Desde un punto de vista práctico, no resulta aconsejable introducir estas alteraciones en la relación laboral si la baja va a tener muy corta duración, pues los costes de adaptación posiblemente superarían al ahorro y ganancia de eficiencia logrados. Por ello, parece razonable, siguiendo las indicaciones del documento gubernamental citado, limitar estas medidas a aquellas situaciones en las que la enfermedad previsiblemente vaya a tener

---

<sup>66</sup> GOBIERNO DE ESPAÑA, *Documento sobre revisión del Pacto de Toledo*, 2010, p. 33.



una duración superior a 15 días. No existen al respecto estadísticas publicadas sobre la distribución de la duración de las prestaciones por incapacidad temporal, pero conforme a los diferentes estudios publicados, resulta razonable estimar que aproximadamente un 70% tienen una duración inferior a 15 días<sup>67</sup>. Debe tenerse en cuenta que en la actualidad los médicos de atención primaria, al expedir el parte de baja ya estiman la duración de la misma<sup>68</sup>, y en todo caso existe un documento de duración orientativa de patologías elaborado por el INSS<sup>69</sup> que servirá de referencia. Ello no significa que hasta que se alcance el día 15 no se adopte ninguna medida, pues es recomendable que se apliquen cuanto antes. El momento óptimo, para introducir el mínimo número de modificaciones normativas posibles, es el del primer parte de confirmación, esto es a los cuatro días de iniciarse la baja.

En este momento, el facultativo del Servicio Público de Salud emitiría su diagnóstico analizando la capacidad del trabajador para desarrollar las distintas funciones de su puesto, si bien de un modo genérico, pues lo contrario supondría una sobrecarga de trabajo para unos servicios de salud que ya soportan un elevado volumen de actividad asistencial. De esta forma, se limitaría a evaluar si puede trabajar en alguna medida o en absoluto, y en el primer caso con qué limitaciones (de jornada, de horario, de funciones...).

A título indicativo, para facilitar la gestión, se propone, siguiendo el esquema sueco, que en caso de que se proponga reducción de jornada esta se haga del 25%, el 50% o el 75%. En este caso, el trabajador tendría derecho a su sueldo y prestación en la misma proporción que preste servicios y reduzca su jornada (respectivamente).

La adaptación del puesto no es una novedad en nuestro ordenamiento, y su introducción no debería generar particulares distorsiones; ya es una herramienta habitual en la gestión de la prevención de riesgos laborales<sup>70</sup>. Incluso en materia de reducción de capacidad del trabajador, la Disposición Adicional 6ª de la Ley 40/2007<sup>71</sup> introdujo, para el caso de los trabajadores afectados por enfermedades profesionales en un grado que no de origen a prestación económica, una reducción en las cuotas empresariales por adaptación del puesto, previsión esta que fue desarrollada por la Disposición Adicional

---

<sup>67</sup> Al respecto puede decirse que en MERCADER UGUINA, J. R., La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal, cit., p. 17, atendiendo a un informe del Director Provincial del INSS en Barcelona, se trata de un entorno al 65% de los procesos; Conforme a la encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (*European Work Conditions Survey*) elaborada por la European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound), para 2010 el 77% de los trabajadores que declararon haber estado algún día de baja en los doce meses anteriores afirmaban no haber llegado a los 15 días sin acudir al trabajo.

<sup>68</sup> Al menos así lo exige el modelo oficial de los anexos de la Orden de 19 de junio de 1997

<sup>69</sup> INSS, *Tiempos estándar de incapacidad temporal*.

<sup>70</sup> Con carácter general, así lo prevé el art. 15.1.d de la LPRL, pero existen supuestos específicos como las situaciones de riesgo por embarazo y la lactancia, reguladas en el art. 26 de la misma norma

<sup>71</sup> LEY 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-12-2007, nº291)



7ª de la Ley de PGE de 2009<sup>72</sup> y el art. 5 del RD 1430/2009<sup>73</sup>, estableciendo la reducción en un 50% de la cuota por contingencias comunes.

De hecho, en caso de que el médico entendiera que es posible la adaptación del puesto, el procedimiento debiera ser el mismo que el previsto en el art. 26 LPRL: la primera opción que el empresario debiera intentar sería la adaptación del puesto, en caso de imposibilidad el cambio temporal a otro puesto de trabajo y sólo como último recurso la suspensión por incapacidad temporal con la correspondiente prestación. En caso de adaptación y cambio de puesto, el trabajador percibiría íntegramente su salario, pero debe tenerse en cuenta que al ser una medida costosa para el empresario este la considerará a menudo inviable. Para favorecer su puesta en práctica (y el consiguiente ahorro para las entidades gestoras de la prestación), sería conveniente extender la reducción de cuotas existente para la adaptación por enfermedades profesionales a estos supuestos. Esta medida no tendría ningún coste, pues el ahorro de las prestaciones dejadas de abonar es considerablemente mayor; debe tenerse en cuenta, no obstante, que en la literatura económica se afirma que este tipo de medidas tienen un efecto ambiguo sobre el coste<sup>74</sup>, por cuanto que los trabajadores que habrían estado de baja trabajarán parcialmente, pero otros más propensos al trabajo (que no habría pedido la suspensión por IT) pueden verse incentivados a buscar una reducción de jornada o adaptación de puesto. Sin embargo, conforme al modelo propuesto, al dirigirse únicamente a las bajas de más de 15 días (lo que en principio supone una mayor gravedad), resulta poco probable que existan demasiados trabajadores en esta última situación.

Una segunda opción, más centrada en la función dignificadora del trabajo, puede atender a la gravedad de la enfermedad, en lugar de a la duración de la causa de la incapacidad. Para ello, existe ya un listado que puede servir al efecto, por lo que su delimitación no resultaría demasiado complejo. En efecto, el anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave<sup>75</sup> estableció un listado de patologías que por su especial gravedad requieren de hospitalización y tratamiento continuado. Aunque la citada norma se dictó con el objeto de proteger al progenitor que tuviera que atender a su hijo enfermo (sobre esta prestación, ver más adelante en este estudio el epígrafe III del capítulo siguiente) no cabe duda que la situación de quien padece esas enfermedades de especial gravedad tendrá serias dificultades para realizar una actividad laboral. El hecho de acotar la posibilidad de compatibilización de trabajo remunerado y prestación por IT a los

---

<sup>72</sup> Ley 2/2008, de 23 de diciembre (BOE de 24-12-2008, nº309)

<sup>73</sup> Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla reglamentariamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en relación con la prestación de incapacidad temporal (BOE 29-9-2009, nº235)

<sup>74</sup> RAE, A. V., How to Reduce Sickness Absences in Sweden. Lessons from international experience”, *OECD Economics Department Working Papers*, vol. 442, 2005, p. 16.

<sup>75</sup> BOE 30-7-2011, nº182



trabajadores que sufran una de las enfermedades recogidas en este catálogo (u otro de similares características que se elaborara al efecto) aporta una doble ventaja. Por una parte, facilita el mantenimiento de los vínculos personales y laborales del trabajador enfermo, con los correspondientes efectos positivos sobre su estado anímico e indirectamente su salud, lo que ayudará a la conservación de su aptitud profesional y al posterior reingreso pleno en la actividad laboral cuando esté (en su caso) recuperado. Por otro lado, al tratarse de unas patologías sobre cuya gravedad no cabe duda y que tienen importantes efectos negativos sobre la salud, el riesgo de fraude se limita considerablemente, con lo que se evitarían comportamientos oportunistas. Los aspectos negativos son fáciles de vislumbrar: al reducirse las situaciones en que puede accederse a la compatibilización se limitan también los potenciales beneficios (para trabajadores, para empresarios, y para las arcas de las entidades gestoras de la prestación). Por otra parte, se dejarían fuera situaciones igual de traumáticas para el trabajador, en las que conservando una parte de su capacidad para el trabajo durante su incapacidad temporal se le condenaría a la inactividad absoluta. La enfermedad o la lesión tienen un efecto diferente en cada paciente/trabajador, por lo que el sistema de enumeración cerrada necesariamente dará un resultado injusto, pues cada caso será distinto, siendo prácticamente imposible la generalización.

Por último, en caso de que la cobertura por Incapacidad Temporal correspondiera a la Mutua por tratarse de una contingencia profesional o por tener encomendada la gestión de la prestación económica derivada de las contingencias profesionales, no sería razonable que la reducción de cuotas fuera soportada por la TGSS; en consecuencia, sería necesario proceder a su repetición. Para ello, el procedimiento más efectivo será posiblemente el de la retención de las cantidades adeudadas en las liquidaciones de las cuotas que correspondan por las cotizaciones por contingencias profesionales y eventualmente la proporción fijada de las comunes<sup>76</sup>, lo que una vez previsto legalmente no requeriría más que una pequeña modificación reglamentaria para su puesta en práctica<sup>77</sup>.

Además, resulta recomendable la introducción de una nueva modalidad de prestación por IT, consistente en la cobertura de los gastos de transporte ocasionados por razón de la lesión o enfermedad. Con ello se conseguiría evitar situaciones en las que, sin existir propiamente imposibilidad de realizar la prestación laboral, existen serias dificultades

---

<sup>76</sup> Para 2012, el artículo 24 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2012 (BOE 7-2-2012, nº 32) se fija en el 5% de las cuota íntegra por contingencias comunes (5,5% en caso mutuas que acrediten la insuficiencia financiera del coeficiente general en base a circunstancias estructurales)

<sup>77</sup> En efecto, se trataría simplemente de incluir la deducción del importe de las reducciones disfrutadas por la empresa cuya IT gestione la mutua (apoyada en la previsión legal correspondiente) en el art. 16.2 del Reglamento General de la gestión financiera de la Seguridad Social (aprobado por RD 1391/1995, de 4 de agosto), que se refiere a los pagos mensuales de la TGSS a estas instituciones colaboradoras.



para llegar hasta el centro de trabajo (lo que en la práctica generará el reconocimiento de la incapacidad). Esta prestación se articularía atendiendo a cada caso y las necesidades particulares de cada trabajador, mediante la correspondiente justificación, con el límite del importe que le correspondería en caso de reconocimiento de la IT. De este modo, el trabajador percibiría la cantidad que solicitara dentro del límite de la prestación que pudiera corresponderle, pero después debería justificar los gastos de transporte en que efectivamente hubiera incurrido. Al final cada mensualidad, se procedería a la regularización, impidiendo que se solicitara una cantidad superior a la justificada en el periodo anterior. En esta situación no procedería reducción alguna de las cuotas empresariales, pues el trabajador prestaría íntegramente sus servicios. En todo caso, no se admitiría el reconocimiento simultáneo de la Incapacidad Temporal Parcial y esta nueva modalidad (Incapacidad para llegar al puesto de trabajo).

En caso de que en lugar de establecerse la prestación para transporte la empresa estableciera los mecanismos para que mediante el teletrabajo no fuera necesario este desplazamiento, se aplicaría el régimen señalado para el caso de adaptación del puesto, con la correspondiente reducción en las cuotas por contingencias comunes.

Es preciso señalar que en caso de que el médico entienda que es posible la adaptación, si el empresario puede adaptar su sistema productivo, la prestación de servicios se hará imperativa para el trabajador, por lo que es preciso dotarle de mecanismos de reacción. Así, si discrepa del parecer del médico de atención primaria que ha expedido su parte de baja condicional, el procedimiento de impugnación sería el previsto para el alta: podrá manifestar su disconformidad ante la inspección médica en el plazo de cuatro días, con idénticas consecuencias. Si acepta la baja condicional pero discrepa de su aplicación, parece más razonable que recurra ante el médico de la Mutua correspondiente a la empresa, pues tendrá un mejor conocimiento del puesto de trabajo y capacidad para evaluar la posibilidad de adaptación, a la vista de lo indicado en el parte. En caso de que discrepara también de su postura, podría acudir igualmente a la Inspección Médica, con los mismos plazos y efectos que hoy regula el art. 128.1 LGSS.

Si se tratara de contingencias profesionales, tanto el reconocimiento de la posibilidad de prestar parcialmente servicios (Incapacidad Permanente Parcial) como la evaluación de la conformidad de la adaptación del puesto realizada por el empresario correspondería al médico de la Mutua con que la empresa tuviera concertada la gestión de dichas contingencias.

En relación a los restantes aspectos de la prestación (cuantía, carencia, régimen jurídico general), no sería preciso introducir especialidad alguna, siendo plenamente aplicable la normativa vigente en la actualidad para la Incapacidad Temporal “a tiempo completo”. En consecuencia, no cabría extender la duración de la misma más allá de los plazos previstos en el art. 128 1.a de la LGSS, esto es, 365 días con carácter general, con la posibilidad de prórroga por otros 180 cuando se presuma la posibilidad de recuperación durante ese lapso de tiempo.





## V. BIBLIOGRAFÍA

- DESDENTADO BONETE, AURELIO, “Mutuas de Accidentes de Trabajo y Seguridad Social: puntos críticos desde la perspectiva de la gestión de la incapacidad temporal”, *Actualidad laboral*, n.º 6, 2008, p 1–.
- DIAMOND, PETER A.; MIRRLEES, JAMES A., “A model of social insurance with variable retirement”, *Journal of Public Economics*, vol. 10, n.º 3, 1978, pp 295–336.
- DUEÑAS HERRERO, LAURENTINO J., “Contingencia y prestación de incapacidad temporal” en editado por J. M. Blanco Martín *Las Incapacidades laborales: Un punto de vista práctico* Lex Nova 2005 pp. 31–120.
- DURÁN LÓPEZ, FEDERICO, “Prólogo” en J. Muñoz Molina *La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social* Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2005 pp. 15–17.
- FERNÁNDEZ PRATS, CELIA, *La protección de la incapacidad temporal en el régimen general de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- FÖRSÄKRINGSKASSAN, *Subsidio de actividad [aktivitetsersättning] por reducción de la capacidad laboral*, 2010, accedido en [http://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd/aktivitetsersattning\\_spa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0](http://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd/aktivitetsersattning_spa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0).
- FÖRSÄKRINGSKASSAN, *Subsidio de de enfermedad [Sjukpenning]*, 2012, accedido en [http://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd/aktivitetsersattning\\_spa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0](http://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd/aktivitetsersattning_spa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e25d5af1-de07-4e80-9ce0-92be08b76cfd&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0).
- FÖRSÄKRINGSKASSAN, *Subsidio de incapacidad laboral [Sjukersättning]*, 2009, accedido en [http://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/52dd9aefd6c1-466d-9693-c3e36c65ae94/sjukersattning\\_spa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=52dd9aefd6c1-466d-9693-c3e36c65ae94&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0](http://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/52dd9aefd6c1-466d-9693-c3e36c65ae94/sjukersattning_spa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=52dd9aefd6c1-466d-9693-c3e36c65ae94&useDefaultText=0&useDefaultDesc=0).
- GALINDO FERRERO, VIDAL, “Elementos configuradores de la situación de incapacidad temporal” en editado por A. V. Sempere Navarro, C. San Martín Mazzucconi y A. I. Pérez Campos *Cuestiones en torno a la Incapacidad Temporal* 2011.





- GERVÁS, JUAN; RUIZ TÉLLEZ, ÁNGEL; PÉREZ FERNÁNDEZ, MERCEDES, *La incapacidad laboral en su contexto médico: problemas clínicos y de gestión*, Fundación Alternativas, 2006.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, *Documento sobre revisión del Pacto de Toledo*, 2010, accedido en <http://www.imersomayores.csic.es/documentos/documentos/presidencia-revision-01.pdf>.
- HALL, CAROLINE; HARTMAN, LAURA, “Moral hazard among the sick and unemployed: evidence from a Swedish social insurance reform”, *Empirical Economics*, vol. 39, n.º 1, 2010, pp 27–50.
- HM REVENUE & CUSTOMS, *Employer helpbook for Statutory Sick Pay (E14)*, 2012, accedido en <http://www.hmrc.gov.uk/helpsheets/e14.pdf>.
- HØGELUND, JAN; HOLM, ANDERS; MCINTOSH, JAMES, “Does graded return-to-work improve sick-listed workers’ chance of returning to regular working hours?”, *Journal of Health Economics*, vol. 29, n.º 1, 2010, pp 158–169.
- INSS, *Tiempos estándar de incapacidad temporal*, accedido en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/122970.pdf>.
- ISSA, *Social Security Programs Throughout the World: Europe, 2012*, 2012, accedido en <http://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2012-2013/europe/ssptw12europe.pdf>.
- JOHANSSON, PER; PALME, MÅRTEN, “Moral hazard and sickness insurance”, *Journal of Public Economics*, vol. 89, n.º 9–10, 2005, pp 1879–1890.
- JOVER RAMÍREZ, CARMEN, *La incapacidad temporal para el trabajo □ : aspectos laborales y de seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- KAUSTO, J.; VIRTA, L.; LUUKKONEN, R.; VIKARI-JUNTURA, E., “Associations between partial sickness benefit and disability pensions: initial findings of a Finnish nationwide register study”, *BMC Public Health*, vol. 10, n.º 1, 2010, p 361.
- KELA/FPA, *Statistical Yearbook of the Social Insurance Institution 2009*, Official Statistics of Finland, 2010.
- KELA/FPA, *Statistical Yearbook of the Social Insurance Institution 2010*, Official Statistics of Finland, 2011.
- LINDBECK, ASSAR; PERSSON, MATS, “A continuous theory of income insurance”, *CESifo Working Paper*, n.º 3097, 2010.



- LLORENTE ÁLVAREZ, ALBERTO, “La prestación de incapacidad temporal en los estados de nuestro entorno”, *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 31, 2007, pp 97–127.
- MARTÍNEZ-MACHUCA GIJÓN, MIGUEL ANGEL, “La gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2001, pp 347–364.
- MERCADER UGUINA, JESÚS R., “El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 1, 2004, pp 403–430.
- MERCADER UGUINA, JESÚS R., “La fábula del paciente simulador y el terapeuta crédulo o los mitos de la incapacidad temporal”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 8, 2009, pp 14–23.
- MUÑOZ MOLINA, JULIA, *La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- OCDE, “New ways of addressing partial work capacity”, accedido en <http://www.oecd.org/social/socialpoliciesanddata/38509814.pdf>.
- OCDE, *Sickness, Disability and work: Breaking the barriers: Denmark, Finland, Ireland and the Netherlands - Vol 3*, OECD, Paris, 2008.
- RAE, A. V., “How to Reduce Sickness Absences in Sweden. Lessons from international experience”, *OECD Economics Department Working Papers*, vol. 442, 2005.
- RENDUELES OLMEDO, G., “El paciente simulador y el terapeuta crédulo: una pareja en apuros” en C. Castilla del Pino *La sospecha* Alianza Editorial 1998.
- ROTHSCCHILD, MICHAEL; STIGLITZ, JOSEPH, “Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information”, *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 90, n.º 4, 1976, pp 629–649.
- SALA FRANCO, TOMÁS, “La incapacidad temporal: Una visión crítica de su actual régimen jurídico”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2008, pp 82–85.
- SALA FRANCO, TOMÁS; SALAS BAENA, ANTONIO, *La incapacidad temporal aspectos laborales sanitarios y de la Seguridad Social*, 2007.
- SCHLIWEN, ANKE; EARLE, ALISON; HAYES, JEFF; HEYMANN, S. JODY, “The administration and financing of paid sick leave”, *International Labour Review*, vol. 150, n.º 1/2, 2011, pp 43–62.



- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. (DIR), *Hacia un nuevo modelo de gestión de la incapacidad temporal*, MTAS FIPROS, 2005, accedido en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/097542.pdf>.
- TOIVONEN, LAURA, “Statutory and occupational sickness benefits in Finland in 2011”, *Kela online working papers*, n.º 34/2012, 2012.
- VINGÅRD, EVA; ALEXANDERSON, KRISTINA; NORLUND, ANDERS, “Chapter 9. Consequences of being on sick leave”, *Scandinavian Journal of Public Health*, vol. 32, n.º 63 suppl, 2004, pp 207–215.



## **CAPÍTULO II: LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LAS PRESTACIONES VINCULADAS A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR**

**SUMARIO: I. LA POSIBLE COMPATIBILIDAD ENTRE PERMISOS PARENTALES Y TRABAJO REMUNERADO.** 1. *El disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo.* 1.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho. 1.2 Dinámica de la prestación. 1.3 El severo régimen de incompatibilidad de la maternidad a tiempo parcial. 1.4 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de maternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad. 2. *El disfrute del permiso de paternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo.* 2.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho. 2.2 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de paternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad. **II. PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO O LA LACTANCIA NATURAL. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN NORMATIVA.** 1. *La incentivación económica de las medidas preventivas como vía preferente para la protección de la seguridad y salud de las mujeres durante la gestación y la lactancia natural.* 2. *La suspensión del contrato de trabajo ante la imposibilidad del mantenimiento de empleo. Contingencia protegida y dimensión preventiva.* 3. *Dinámica de la prestación y su posible modificación para permitir la compatibilidad con el trabajo.* 4. *La expresa compatibilidad de la suspensión por riesgo y el trabajo en las situaciones de pluriempleo o pluriactividad.* **III. DISFUNCIONES EN LA REGULACIÓN RELATIVA A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJO ENFERMO.** 1. *La prestación económica por cuidado de hijos enfermos y la compatibilidad con el trabajo.* 2. *Disfunciones en el ejercicio del derecho y propuestas de modificación normativa.* **IV. BIBLIOGRAFÍA.**

### **I. LA POSIBLE COMPATIBILIDAD ENTRE PERMISOS PARENTALES Y TRABAJO REMUNERADO**

Otro de los ejes de análisis propuestos es la posible compatibilidad de las prestaciones vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar (maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural y la recién creada prestación por cuidado de hijo enfermo) con el trabajo, por cuenta ajena o propia, y especialmente la incidencia de esta regulación en la integración de la mujer en el ámbito laboral. Pues bien, la práctica totalidad de informes comunitarios<sup>78</sup> subrayan que los regímenes de

---

<sup>78</sup> Debe recordarse que en la mayoría de informes comunitarios cuando se refiere a permisos parentales se incluyen tanto las prestaciones públicas de Seguridad Social como las excedencias para cuidado de hijos. Para una completa panorámica sobre la regulación de estos permisos en los diferentes ordenamientos y sus posibilidades de disfrute, European Commission, *Reconciliation of work and private life. A comparative review of thirty European countries*, Luxembourg, European Commission, 2005, pp. 85-88.



permisos flexibles y la posibilidad de combinar el permiso de maternidad y/o paternidad con un trabajo a tiempo parcial permiten a los padres permanecer cerca de sus hijos y de sus empleos, lo que beneficia tanto a los trabajadores como a los empleadores, siendo relativamente frecuente que los sistemas de protección social permitan que los padres y madres reciban todas las prestaciones sociales mientras trabajan a tiempo parcial<sup>79</sup>.

La existencia de este tipo de previsiones en orden a flexibilizar el disfrute de los permisos parentales al permitir su compatibilización con el trabajo no solo reduce los obstáculos para que ambos progenitores disfruten de los mismos sino que mitiga la resistencia de los empresarios, máxime en los ordenamientos que garantizan que estos se concedan tanto a hombres como a mujeres al articularse como un derecho individual e intransferible de cada progenitor. En esta dirección, el último Informe de la Comisión sobre la Igualdad entre Mujeres y Hombres para el año 2012 incluye una serie de consideraciones que los Estados Miembros debieran tener en cuenta para favorecer el más amplio desarrollo de los permisos familiares y para que su efectivo disfrute no suponga un menoscabo en la trayectoria profesional, especialmente de las mujeres. Con este objetivo, se insiste en su necesaria remuneración a fin de asegurar la continuidad de la independencia económica al tiempo que enfatizan en la necesidad de que existan márgenes de flexibilidad en su disfrute, permitiendo que sean fraccionables o que se puedan tomar a tiempo parcial.

La Comisión Europea lamenta, empero, la falta de avances por parte de los Estados miembros en relación con la elaboración de planes de modernización de la legislación relativa al permiso por maternidad y el permiso por paternidad e insta a que se alcance un compromiso equilibrado para atender a las necesidades de las familias y de la economía europea<sup>80</sup> al tiempo que “pide a los Estados miembros que promuevan activamente y que vigilen estrechamente la aplicación del Acuerdo marco de los agentes sociales en materia de permiso por paternidad, en particular en lo que respecta al

---

Más recientemente, DAVAKI, K, *Beneficios del permiso parental/maternal en la UE-27*, Bruselas, Parlamento Europeo, 2010, p. 18, accedido en:

<http://www.europarl.europa.eu/committees/en/femm/studiesdownload.html?languageDocument=ES&file=40999>

<sup>79</sup> Tal posibilidad es contemplada en el ordenamiento inglés a través del programa «Keep in Touch» que permite la simultaneidad del devengo del permiso de maternidad con una prestación parcial de servicios o la asistencia a cursos de reciclaje profesional y que no solo admite la compatibilidad entre prestación y trabajo a tiempo parcial sino que este disfrute fraccionado incrementa el número de días de prestación (hasta diez más). Sobre este programa puede consultarse:

<http://www.dwp.gov.uk/publications/specialist-guides/technical-guidance/ni17a-a-guide-to-maternity/statutory-maternity-pay-smp/working-in-your-maternity-pay/>

<sup>80</sup> Puede consultarse el informe comunitario en la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea en:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0069&language=ES&ring=A7-2012-0041>

MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL  
DE ORDENACIÓN  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



periodo no transferible, y que se aseguren de eliminar todas las barreras para aumentar la tasa de participación de los hombres” en el disfrute de estos permisos.

En definitiva, se subraya la importancia de crear permisos intransferibles con el objetivo de incorporar decididamente a los padres en el cuidado de los menores, dando facilidades para el disfrute, a tiempo completo o parcial, simultáneo o sucesivo, de las prestaciones públicas y tratando de conciliar las necesidades personales con la actividad productiva. Tal parece ser la finalidad de la reciente reforma aprobada en Alemania que ha creado un permiso familiar de una duración máxima equivalente a catorce meses a tiempo completo a repartir entre los dos progenitores, que puede disfrutarse simultánea o sucesivamente, a tiempo parcial o a tiempo completo<sup>81</sup>.

En España, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras<sup>82</sup>, reconoció de forma ciertamente novedosa estos aspectos, tratando de lograr un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afectase negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, si bien hubo que esperar hasta la aprobación del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, a través del cual se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo<sup>83</sup> para que se concretizase una de estas medidas: la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pudiera disfrutarse en régimen de jornada a tiempo parcial, lo cual determinaba la compatibilidad del subsidio con una actividad laboral sin que se alterase la modalidad contractual.

### *1. El disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo*

Con esta flexibilización en el disfrute del período de descanso se pretendía, conforme a la propia Exposición de Motivos del texto reglamentario, “potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos por los progenitores, así como posibilitar que las mujeres mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su

---

<sup>81</sup> De las cuales catorce semanas (ocho de ellas necesariamente después del parto) son de titularidad exclusiva de la madre con una prestación pública equivalente al 100% de la base reguladora. Respecto a la prestación de paternidad, se establece un período intransferible de, al menos, ocho semanas con una base equivalente al 67% de la remuneración con el límite de 1.800 € por mes. Sobre esta reforma, CASTRO GARCIA, C; PAZÓS MORÁN, M. *Hombres, cuidados e igualdad de género. Fundamentos para la equiparación efectiva entre los permisos de padres y madres* (Documento de trabajo, 2 de Septiembre de 2011). p. 39 accedido en:

[http://www.cime2011.org/home/panel1/cime2011\\_P1\\_PPiiNA.pdf](http://www.cime2011.org/home/panel1/cime2011_P1_PPiiNA.pdf)

<sup>82</sup> BOE 6-11-1999, nº266

<sup>83</sup> BOE 17-11-2001, nº276





promoción profesional”; si bien para que el período suspensivo pudiera disfrutarse en régimen de jornada parcial era necesario el acuerdo individual entre los empresarios y los trabajadores afectados y, en todo caso, el disfrute de parte del permiso por el padre se vinculaba a una decisión de la madre que cedía tal derecho.

Esta situación cambió sustancialmente tras la aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>84</sup>, especialmente porque dicho cuerpo normativo dio carta de naturaleza a una pretensión histórica, cual era la creación de un permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo, como un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento y que modificó, en consecuencia, muchos de los presupuestos previos en lo que hace al disfrute de los permisos por cuidado de hijos.

La precitada regulación mantuvo, sin embargo, la misma cautela en lo que hace a la posibilidad de disfrute de la maternidad (y, ahora también, la paternidad) a tiempo parcial, condicionando dicha posibilidad al previo acuerdo en los términos que reglamentariamente se determinasen. La regulación básica a este respecto se contiene en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural<sup>85</sup>, que trató de sistematizar en un único cuerpo normativo los diferentes aspectos a los que se refieren las prestaciones que son objeto de tratamiento en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Seguridad Social.

De esta forma, la posibilidad del disfrute a tiempo parcial se condiciona al acuerdo con empresario que se presumirá con un documento que acredite tal consenso y en el caso de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores, pacten esta modalidad de disfrute, cada uno deberá aportar dicho documento<sup>86</sup>. Obviamente si la negociación colectiva estableciese algún procedimiento para articular este disfrute a tiempo parcial, empresarios y trabajadores afectados por el texto paccionado deberían atender estas previsiones.

Lamentablemente el tratamiento de los convenios en este aspecto es francamente pobre, no solo por las escasas referencias a esta posibilidad encontradas<sup>87</sup> sino porque algunos

---

<sup>84</sup> BOE 23-3-2007, n°71

<sup>85</sup> BOE 21-3-2009, n°69

<sup>86</sup> Art. 14.6 RD 295/2009 (BOE 21-3-2009)

<sup>87</sup> Conforme al muestreo realizado para la realización de este estudio, atendiendo únicamente a los convenios vigentes en la base de datos Westlaw-Aranzadi en los que se hiciese alusión al “disfrute parcial del permiso de maternidad”, solo los siguientes preveían tal opción y en la mayoría de ellos, además se remite a la derogada regulación contenida en el RD 1251/2001. Vid CC estatal de notarios y personal empleado (BOE 23-8-2010); CC nacional de los Servicios de Prevención Ajenos (BOE 11-9-2008); CC



contemplan cláusulas que, a nuestro juicio, dificultan aún más esta posibilidad, tales como aquellas que establecen que “los períodos de permisos por maternidad, adopción o acogida, preadoptivos o permanentes, a que se refiere el art. 48.4 ET, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o, a opción del/de la trabajador/a a tiempo parcial, siempre que la reducción de la jornada no sea inferior a la mitad de la misma, en los términos establecidos en el RD 1251/2001”<sup>88</sup>.

Si el ET no establece ningún porcentaje mínimo del disfrute a tiempo parcial y, por el contrario, sí que lo prevé para la paternidad (el art. 48.4 Bis ET preceptúa que la jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser inferior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo), no parece que pueda admitirse que la regulación paccionada endurezca esta previsión legal al establecer un requisito como el expuesto, toda vez que los términos de parcialidad del disfrute solo cabe remitirlos al acuerdo individual entre las partes. Ciertamente la DA 1ª del RD 295/2009 remite las condiciones del disfrute en régimen parcial a los términos regulados en el RD y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos si bien este no podrá impedir que los términos de acuerdo entre empresario y trabajadora se sitúen fuera de los porcentajes referidos en el convenio de aplicación (v. gr. que el disfrute parcial alcance el 30% de la jornada)<sup>89</sup>.

Aun así, somos conscientes que es dable otra interpretación pues ciertamente el ET no establece límites al ejercicio parcial de la baja por maternidad pero también lo es que la regulación legal no configura este disfrute parcial como un derecho de la trabajadora sino que lo condiciona al acuerdo con el empresario. Pues bien, regulaciones paccionadas como las referidas lo que hacen es adoptar una solución ecléctica que concilia los intereses de ambas partes: impone a la empresa la obligación de aceptar la baja maternal a tiempo parcial, pero siempre y cuando esta se solicite al 50%.

El legislador prevé asimismo la modificación de este régimen de disfrute si bien esta posibilidad se condiciona exclusivamente a la existencia de causas relacionadas con la salud del beneficiario o la del menor<sup>90</sup>, teniendo que poner en conocimiento de la entidad gestora dicha circunstancia con carácter inmediato, siendo también habitual que

---

de seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo (BOE 10-12-2008); CC Industria Hostelera de Burgos (BOP Burgos 26-9-2007)

<sup>88</sup> CC para el sector de aparcamientos, estacionamientos regulados de superficie, garajes, servicio de lavado y engrase de vehículos para los años 2008-2011 para Cataluña (DOCG 29-7-2009); CC sector de transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona para los años 2007-2010 (DOGC 16-10-2007) o CC del Sector Transporte Discrecional de Viajeros de la Provincia de Las Palmas (BO Las Palmas 7-12-2007).

<sup>89</sup> Sobre el espacio de la negociación colectiva a este respecto, BALLESTER PASTOR, A. *La prestación de maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, Abdón Pedrajas Abogados, 2012, (en prensa), p. 41.

<sup>90</sup> Esta regulación impide, en consecuencia, que el empresario puede modificar unilateralmente los términos del disfrute por necesidades organizativas, MONELLS SOLÁ, X. Art. 48, DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 1997, p. 991.

MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL  
DE ORDENACIÓN  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL



la negociación colectiva, con una clara función pedagógica, reitere los términos de la regulación reglamentaria<sup>91</sup>, especialmente la imposibilidad de realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

Los trabajadores por cuenta propia también podrán disfrutar los descansos por maternidad y paternidad a tiempo parcial, a cuyos efectos, la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50%. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos de maternidad y paternidad, los interesados deberán comunicar a la entidad gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se llevará a efecto, teniendo en cuenta que el derecho al permiso de maternidad, salvedad hecha de las primeras seis semanas posteriores al parto, en régimen de jornada a tiempo parcial, podrá ser ejercido por cualquier de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso<sup>92</sup>.

#### 1.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho

Nada establece el ordenamiento sobre los términos en los que se debe establecer el acuerdo entre el empresario y la trabajadora por cuenta ajena si bien parece claro que el mismo puede celebrarse al inicio del periodo de descanso correspondiente o en un momento posterior y este podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo (apdo 2º DA 1ª), salvo en caso de maternidad biológica, toda vez que en las seis semanas inmediatamente posteriores al parto solo cabe el disfrute a tiempo completo, es decir, este período de puerperio será de descanso obligatorio para la madre y tiene que alcanzar la totalidad de la jornada. Las razones de salud y de recuperación física de la madre tras el parto subyacen en esta regulación. Fuera de este supuesto, el derecho al permiso de maternidad a tiempo parcial podrá ser ejercido por cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del periodo de descanso.

La posibilidad de compatibilizar el trabajo con el disfrute parcial de la prestación se hace pender de la obtención del acuerdo con empresario, teniéndonos que plantear si el trabajador que no ha alcanzado tal consenso puede impugnar la decisión empresarial

---

<sup>91</sup> DA 1ª RD 295/2009. Se contempla expresamente esta prohibición, CC para el Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias (BOP Asturias 26-8-2005); CC de la Red Pública de Escuelas Infantiles (BOP Asturias 27-12-2002); CC para el personal laboral al servicio de la Junta de Extremadura (BOE 27-7-2005).

<sup>92</sup>AGUILERA IZQUIERDO, R., GIL PLANA, J., *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, Madrid, Civitas, 2010, p. 138.



ante la jurisdicción social, teniendo que admitir esta posibilidad que se solventaría a través del procedimiento contenido en el art. 139 LRJS, es decir, al tratarse de una discrepancia “en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente” se resolverá por la jurisdicción competente a través del procedimiento urgente, debiéndosele dar tramitación preferente, es decir, el acto de la vista dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y el dictado de la sentencia en el plazo de tres días.

Para evitar este tipo de litigios, compartimos<sup>93</sup> que una vía podría ser la de flexibilizar la forma de disfrute del permiso de maternidad y/o paternidad a tiempo parcial, de manera que quepa su uso por decisión unilateral del trabajador y sin necesidad de acuerdo con el empresario. Actualmente la normativa no reconoce como un derecho subjetivo a optar entre una baja a tiempo completo o una reducción subsidiada de la jornada de trabajo, lo que no deja de resultar paradójico, máxime si tenemos en cuenta que la reducción de jornada por cuidado de hijos o de otros familiares, regulada en el art. 37.5 ET (que se puede solicitar inmediatamente después de la reincorporación del progenitor al trabajo y que puede tener el mismo efecto distorsionador en la organización de la empresa) sí se ha configurado como un derecho del empleado no condicionado a acuerdo.

En lo que hace a los términos de ejercicio, la DA 1ª RD 295/2009 señala que “el disfrute del permiso en esta modalidad (esto es, a tiempo parcial) será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de este y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor”. Lo anterior no es óbice, a nuestro juicio, para que la parcialidad en el devengo tenga necesariamente que articularse a través de una reducción diaria de la jornada sino que cabría que el devengo parcial alcanzase jornadas completas siempre que esos fueron los términos alcanzados con el empresario (v. gr. trabajar tres días a la semana). De modo que -salvo que el convenio colectivo se ocupe de señalar esa pauta que la norma no contiene-, trabajador y empresario podrán pactar el tiempo diario de suspensión que estimen por conveniente y podrán también pactar que la distribución de este obedezca a un esquema fijo o irregular, señalando una duración distinta del tiempo de suspensión para cada día<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> BALLESTER PASTOR, A. Licencia por maternidad: aspectos laborales y de Seguridad Social. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M. T. *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. Madrid: CGPJ, 2007, p. 73; ARAGÓN GÓMEZ, C., La eficacia de las políticas públicas de fomento de la contratación de mujeres como instrumento de la LOI, SIERRA HERNÁIZ, E., (Dir). *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, Navarra: Civitas, Aranzadi, 2011, p. 58.

<sup>94</sup> VIQUEIRA PÉREZ, Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas, *Aranzadi Social*, nº10, 2010, accedido en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es). En contra, X. SOLÁ MOLLENS que mantiene que esta exigencia "obliga a mantener un mínimo diario de actividad, por pequeño que sea,



Habida cuenta que el concepto de trabajo a tiempo parcial contempla expresamente el año como posible módulo de referencia, el pacto reductor podrá concretar la distribución de tiempo de trabajo y tiempo de suspensión como mejor les convenga a ambas partes, ya sea tomando como base el tiempo de trabajo diario, ya sea tomando como base otro referente más amplio. En este sentido, el disfrute a tiempo parcial de la prestación podrá articularse de modo que, dentro del período de reducción, determinados días se atiende normalmente la prestación de trabajo y otros se deje por completo de trabajar si bien, una vez iniciado el tiempo de descanso, este habrá de ser disfrutado ininterrumpidamente.

Esta regla general encuentra, sin embargo, su excepción en los supuestos de parto prematuro y aquellos otros en los que el neonato precise hospitalización a continuación del parto por un periodo superior a siete días. En estas situaciones, la suspensión del contrato y, por tanto, del tiempo de descanso voluntario por razón de maternidad, se verá ampliado tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un límite de trece semanas, pudiendo, en este caso excepcional, disfrutarse el permiso de manera interrumpida si bien la DA 1 RD 295/2009 prohíbe, como veremos, simultanear esta reducción legal con el disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial.

## 1.2 Dinámica de la prestación

El período de permiso se amplía proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice, minorándose la cuantía del subsidio de maternidad en proporción inversa a la reducción de la jornada laboral. Es importante tener en cuenta que, cuando la suspensión por maternidad se disfruta a tiempo parcial, no existe regla que señale qué tiempo ha de destinarse al trabajo y qué otro al disfrute de la suspensión, de modo que el equilibrio entre tiempo de descanso y tiempo de trabajo puede decantarse del lado de uno u otro elemento. Ello tiene como efecto que el derecho pueda extenderse en el tiempo de modo muy desigual: si el porcentaje de tiempo de suspensión es amplio, el derecho resultará ser menos extenso y viceversa<sup>95</sup>.

En todo caso, el tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante sin que sean de aplicación las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 ET. Ello implica que cada día transcurrido

---

dado que de lo contrario el disfrute resultaría interrumpido", DEL REY GUANTER, S, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Op. cit, p. 991

<sup>95</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C, El régimen jurídico de la suspensión contractual "a tiempo parcial" (art. 48.4 ET), *Relaciones Laborales*, nº5, 2006 accedido en [www.laleylaboral.com](http://www.laleylaboral.com) pone el siguiente ejemplo: si el pacto de disfrute establece que la suspensión alcanzara sólo el 25% de la jornada diaria, el periodo total de suspensión podría alcanzar 9 meses y medio (6 semanas tras parto + 40 semanas a 25% = 46 semanas); pero si el pacto establece una suspensión del 50% de la jornada diaria la duración total del derecho sería menor (6 semanas + 20 semanas al 50%= 26 semanas).



en maternidad a tiempo parcial tendrá el carácter de día completo cotizado, conforme a lo dispuesto en el art. 106.4 LGSS. La base reguladora será la correspondiente a la incapacidad temporal por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral (art. 7 RD 295/2009)<sup>96</sup>.

Pudiese ocurrir finalmente que, durante este período de disfrute parcial de la prestación de maternidad, la trabajadora iniciase un proceso de incapacidad temporal, por cualquier contingencia, en cuyo caso, podría percibir simultáneamente su correspondiente subsidio en relación a la jornada parcial trabajada. Si se agotara el subsidio y la trabajadora continuara en situación de incapacidad temporal, se mantiene la percepción del subsidio pero en la cuantía que corresponda a la jornada completa.

### 1.3 El severo régimen de incompatibilidad de la maternidad a tiempo parcial.

El devengo de la prestación por maternidad a tiempo parcial es incompatible con el disfrute simultáneo del permiso por lactancia, regulado en el art. 37.4 ET; prohibición que supone, a nuestro juicio, unas de las principales disfunciones del modelo legal<sup>97</sup>, toda vez que con actualmente sólo es posible coordinar el disfrute de ambos derechos de modo sucesivo, es decir, al finalizar el disfrute de la maternidad parcial podrá comenzar el disfrute del permiso de lactancia en cualquiera de sus modalidades (reducción, ausencia, tiempo acumulado). Dado que el disfrute de la suspensión por maternidad en esta modalidad puede prolongarse mucho tiempo (si se disfruta al 50% se superarían ya los 6 meses), esta cadencia puede traducirse, de facto, en la pérdida del derecho de

---

<sup>96</sup> A título de ejemplo, una beneficiaria de prestación por maternidad, cuya base reguladora asciende a 1.975,65 € mensuales que ha iniciado el periodo de descanso por maternidad de 16 semanas, el día 17 de julio de 2009, concierta con su empresa un contrato a tiempo parcial del 40% de la jornada habitual. De este modo, recibirá durante las seis semanas posteriores al parto (desde el 17 de julio hasta el 27 de agosto) una prestación en cuantía del 100% de la base reguladora (1975,65: 30 = 65,85 €, diarios; 65,85 x 42 días = 2.765,709 €. A partir del día 28 de agosto percibirá 65,85 x 60% = 39,51 € diarios, en la que el 60% corresponde al porcentaje inverso a la jornada realizada. En cuanto a la fecha extintiva, no se producirá el día 15 de noviembre, fecha en la que finalizan las 16 semanas de descanso, puesto que a partir del día 28 de agosto, el periodo que la resta debe ampliarse en el mismo porcentaje que se aplica a la prestación, esto es, en un 60%. Por lo anterior, la fecha extintiva de la prestación se situará en el día 22 de diciembre de 2009. Ejemplo extraído de MARTÍNEZ LLANOS, N, *La prestación de maternidad en supuestos de pluriempleo y pluriactividad* en Información laboral. Legislación y convenios colectivos, nº2, 2010, p. 3.

<sup>97</sup> Esta incompatibilidad se establece en la DA 1ª RD 295/2009 que, a su vez, reproduce la regulación establecida en la RD 1251/2001. “Conviene señalarlo, aunque sólo sea para decir que -por más que se haya convertido en algo habitual- no se puede admitir sin crítica que la regulación de un aspecto tan central de un derecho -como es la compatibilidad- anide en las disposiciones de acompañamiento de la norma”, VIQUEIRA PÉREZ, 2010. Reitera esta prohibición, CC Hostelería Guipúzcoa (BO Guipúzcoa 5.2.2009).





permiso por lactancia que, como se sabe, caduca al tiempo que el hijo alcanza los 9 meses de edad.

El permiso de lactancia, tal y como está configurado en el art. 37.4 ET, protege al “hijo menor de nueve meses”, fijando asimismo esta fecha su alcance temporal, es decir, el permiso por lactancia solo puede disfrutarse hasta que el menor cumple nueve meses. Bajo estas premisas, la prohibición contenida en la DA 1ª (apdo 7) RD 295/2009 se traduce, en la práctica, sino en la pérdida sí en la reducción de este derecho para las trabajadoras que optan por reincorporarse al trabajo a tiempo parcial, una vez transcurridas las seis semanas siguientes al parto, retomando su carrera profesional lo antes posible, sin ninguna justificación objetiva o razonable, máxime cuando se ha admitido la simultaneidad de este permiso con una reducción de jornada por guarda legal<sup>98</sup> lo que dificulta aún más, si cabe, la posibilidad de justificar la incompatibilidad referida. Compartimos las fundadas críticas a los efectos jurídicos de esta regulación pues con ellas el legislador se anticipa a eventuales acumulaciones que presume fraudulentas.

Parece que no tiene ningún sentido que la norma impida simultanear uno y otro derecho e impida, en consecuencia, acumular el tiempo de ausencia/reducción que deviene de uno con el que deriva de otro<sup>99</sup>, proponiendo una modificación normativa que contemple el disfrute simultáneo de ambos derechos. Tampoco se alcanza a entender cuál es la justificación de la incompatibilidad de este tipo de descanso con el derecho de reducción de jornada por guarda legal puesto que el disfrute parcial no supone ni un incremento en el coste de la prestación ni, en su caso, una mayor carga de gestión, toda vez que la regulación reglamentaria exige que en el documento acreditativo del acuerdo alcanzado entre empresa y trabajador se recojan los términos precisos en que se realizará el régimen de parcialidad de la actividad y la percepción del subsidio –art. 14.7 apdo 6 RD 295/2009-. Pero es que, a mayor abundamiento, el trabajador podría estar ya en situación legal de reducción de jornada por otro menor a cargo, en cuyo caso sí que sería posible el disfrute simultáneo de ambos derechos puesto que la aparición de un nuevo hecho causante –el nuevo menor a cargo- mientras está vigente la reducción de jornada, dará lugar al discurrir paralelo de ambos pese a concurrir el derecho en un único titular<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Así se ha admitido, de forma unánime, por la doctrina judicial, SSTSJ Canarias 20-2-2006, Rº 902/2003; Cataluña, 18-3-2003, Rº 4839/2002; 9-1-2002, Rº 782/2001; País Vasco, 24-4-2001, Rº 423/2001.

<sup>99</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C. con una prestación equivalente al 100% de la base reguladora *Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas*, Op. Cit. En los mismos términos, FERNÁNDEZ PRIETO, M. La lactancia natural: un bien jurídico a proteger ¿pero cómo?, AAVV, *Conciliación de la vida familiar y corresponsabilidad entre los sexos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 161; BALLESTER PASTOR, A. *La prestación de maternidad*. Op. Cit, p. 45.

<sup>100</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., La reducción de jornada por motivos familiares”, *Revista de Poder Judicial*, nº 80, 2005, p. 154.



#### 1.4 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de maternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad

El régimen de compatibilidad entre el empleo y el descanso por maternidad también se modula en los supuestos de pluriactividad o pluriempleo pues, conforme a lo dispuesto en el art. 3.6 RD 295/2009, el beneficiario disfrutará de los descansos y prestaciones por maternidad en cada uno de los empleos de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso. En el cálculo de las prestaciones se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación a la base reguladora del correspondiente régimen el tope máximo establecido a efectos de cotización.

Sin embargo, pudiese ocurrir que los trabajadores acrediten las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, en cuyo caso, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen y compatibilizando el devengo de esta prestación con el trabajo. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización. Si finalmente, aun totalizando las cotizaciones, no se alcanza el derecho, se reconocerá, en caso de parto, el subsidio de naturaleza no contributiva de maternidad.

En definitiva, el ordenamiento vigente contempla la posibilidad de disfrutar la prestación de la maternidad a tiempo parcial lo que evidencia que el legislador no ha considerado contrario a los intereses del menor el que se compatibilice la misma con el trabajo, en base a que dicha circunstancia no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas. Con esta medida, obviamente voluntaria, se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional<sup>101</sup>, pudiendo alcanzar la totalidad de la jornada, cuando se encuentre en situación de pluriempleo (alta en dos o más empresas del mismo régimen) o de pluriactividad (alta en dos o más regímenes de los que componen el Sistema de la Seguridad Social).

La prestación por maternidad en situación de pluriempleo de la beneficiaria obliga, conforme a lo establecido en el art. 3.6 RD 295/2009, a efectuar un tratamiento independiente, a efectos de la determinación de la correspondiente prestación económica en cada uno de los empleos, por lo que es posible que el inicio del periodo de suspensión del contrato de trabajo se inicie en distintas fechas en cada una de las empresas en las que se mantiene la situación de pluriempleo, eso sí, teniendo en cuenta las limitaciones impuestas en el 48.4 ET, en la elección, por parte de la beneficiaria de

---

<sup>101</sup> STSJ Comunidad Valenciana 25-4-2006 (R° 4564/2005)



la fecha de inicio del correspondiente periodo de descanso, que, como es sabido debe comenzarse salvaguardando las seis semanas posteriores al parto.

## 2. *El disfrute del permiso de paternidad a tiempo parcial. Régimen jurídico y disfunciones del modelo*

En lo que hace a la suspensión por paternidad, ya hemos referido que un principio rector que debe guiar la actuación de los poderes públicos en esta materia pasa por “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de los mujeres y de los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticos y en la atención de la familia” –art. 14.8 LOIMH-. Este mandato subyace en el vigente art. 48 bis ET que, como es de sobra conocido, contempla una situación legal de suspensión contractual en los casos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento, en cuyo caso, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos. El referido plazo será de veinte días naturales ininterrumpidos cuando el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, cuando la familia adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento, o cuando en la familia existiera previamente una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33%, (art. 26.2 c) RD. 295/2009).

La DT 9ª LOIEMH preveía una ampliación progresiva del permiso de paternidad hasta alcanzar las cuatro semanas de duración desde su entrada en vigor; objetivo que ha sido sistemáticamente pospuesto en las LGPE (RD Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público<sup>102</sup>, que retrasa hasta el 1 de enero de 2013 la entrada en vigor de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida<sup>103</sup>).

Aun así, parece que se está tendiendo a la progresiva corresponsabilidad de los padres en el cuidado de los menores y esta afirmación se constata con los datos facilitados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social<sup>104</sup> en relación a las prestaciones por maternidad y paternidad en el período enero/junio del año 2012. En lo que ahora atañe el INSS ha gestionado 154.523 prestaciones económicas por maternidad y el número de procesos por paternidad en este primer semestre ha sido de 127.717. Habida cuenta que el permiso por paternidad es independiente del de la madre y compatible con el disfrute compartido del permiso por maternidad, cuando es cedido por la madre, es un dato

---

<sup>102</sup> BOE 31-12-2011, n°315

<sup>103</sup> BOE 7-10-2009, n°242

<sup>104</sup> Según estos datos, el 82,2% de los progenitores solicitaron la prestación económica de la Seguridad Social por paternidad, en relación a quienes, por el mismo supuesto de nacimiento, adopción o acogimiento, solitario la prestación económica por maternidad.

<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/1724>



francamente positivo que exista una progresiva convergencia en relación al número de prestaciones a lo que, sin ningún género de duda, coadyuva la regulación sustantiva en relación a la titularidad del derecho de paternidad pues:

En el supuesto de parto, la suspensión por paternidad corresponde en exclusiva al otro progenitor mientras que en el caso de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados, salvo que el descanso por maternidad haya sido disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, en cuyo caso, la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercida por el otro. De este modo, se exige que la suspensión por maternidad y por paternidad (art. 48 bis ET) se repartan entre ambos progenitores impidiendo que se concentren y ejerzan en su totalidad por uno de ellos.

#### 2.1 El acuerdo con el empresario como presupuesto previo para el ejercicio del derecho

Respecto al ejercicio de este derecho, este descanso se podrá disfrutar en cualquier momento durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión. Este permiso podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial si bien el legislador establece que este disfrute parcial ha de ser de, al menos, un 50% del total de la jornada, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

En tanto que el art. 48.4 Bis ET admite el disfrute fraccionado de esta suspensión, nuevamente para que la prestación pueda devengarse de manera simultánea a la retribución será preceptivo el acuerdo entre el empresario y el trabajador. La jornada realizada a tiempo parcial no podrá ser, en ningún caso, inferior al 50% de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo lo que parece tiene ninguna justificación, máxime cuando no se prevé un porcentaje mínimo para el disfrute de maternidad a tiempo parcial<sup>105</sup>.

En lo que hace a los términos del acuerdo remitimos a lo ya referido en el epígrafe de la suspensión por maternidad y, en todo caso, reseñaremos que este podrá celebrarse al

---

<sup>105</sup> Cuestionan igualmente esta exigencia, GARCIA VIÑA, J., La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº74, 2008, p. 211. PANIZO ROBLES, J.A. La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relaciones con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), *CEF. RTSS*, nº313, 2009, p. 47.



inicio del descanso correspondiente o en un momento posterior y podrá extenderse a todo el periodo de descanso o a parte del mismo. Lógicamente, la duración del permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice y, por la misma razón, el disfrute será también ininterrumpido. Sea disfrutado a tiempo completo o parcial, el trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio del derecho a la suspensión contractual en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

## 2.2 La expresa compatibilidad entre el empleo y la prestación de paternidad en situaciones de pluriempleo y pluriactividad

Se establece la expresa compatibilidad de las prestaciones de paternidad en situaciones de pluriempleo pues, conforme a lo preceptuado en el art. 23.4 RD 295/2009, el trabajador podrá causar el subsidio en cada empleo, si disfruta el correspondiente periodo de descanso y, a efectos de base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización, pudiendo percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos.

En tales situaciones, si los trabajadores acreditan las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si, en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se causará el subsidio en el régimen en el que se acrediten más días de cotización. En los casos señalados de pluriempleo y pluriactividad, el disfrute de los descansos y prestaciones por paternidad en cada uno de los empleos o actividades se efectuará de forma independiente e ininterrumpida, de acuerdo con la normativa aplicable en cada caso.

En definitiva, no creemos que la regulación en este concreto aspecto plantee especiales deficiencias (salvedad hecha de la incongruencia respecto a la automaticidad con la que opera el art. 37.5 ET) pues en ella subyace la existencia de dos intereses jurídicamente protegibles: de un lado, el de atender al menor en el tiempo inicial de incorporación a la familia (y, en el caso de la maternidad, también a la de procurar la recuperación física de la madre); de otro, la libertad de empresa. Para lograr la conciliación de ambos, parece especialmente conveniente que la norma remita a los interesados, esto es, a trabajador y empresario para que logren un acuerdo que “suponga una adecuación razonable de los intereses en juego”. Como en toda negociación, la buena fe tendrá que caracterizar el proceso y esta adecuación exigirá tanto una conducta activa por el trabajador como una oferta del empresario y, en caso de desavenencia, una contraoferta que no debe producir gravamen excesivo en el desarrollo normal del trabajo y en las



relaciones con los demás trabajadores<sup>106</sup>. Ahora bien, la negativa del empresario deberá estar fundada en objetivas razones organizativas, es decir, en la imposibilidad de hacer compatible el uso a tiempo parcial con la organización del trabajo en la empresa, de modo que deben excluirse las negativas infundadas o arbitrarias, además de las discriminatorias<sup>107</sup>.

Cuestión distinta es el severo régimen de incompatibilidades establecido en la DA 1ª – apdo 7- RD 295/2009 ya referido pues, a nuestro juicio, no tiene una justificación objetiva en tanto que se anticipa a situaciones que configura como potencialmente peligrosas, olvidando que la flexibilidad en el disfrute de la maternidad o paternidad a tiempo parcial constituye precisamente su principal objetivo al tiempo que proyecta una clara desconfianza ante el disfrute de la prestación en este régimen, pronosticando abusos e incluso defendiéndose frente a situaciones materialmente imposibles (v. gr. la incompatibilidad con la excedencia por cuidado de hijos, circunstancia sencillamente inoperante porque, por definición, una excedencia implica la suspensión total de la relación laboral y la maternidad a tiempo parcial supone el desarrollo de alguna prestación laboral)<sup>108</sup>.

## II. PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO O LA LACTANCIA NATURAL. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

La regulación de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia natural se contiene en los arts. 134 y 135 LGSS y en el referido RD 295/2009. Como es de sobra conocido, la incorporación de ambas prestaciones en el ordenamiento jurídico se ha efectuado haciendo recaer el coste de la dispensa del trabajo por ambas contingencias sobre el sistema de la Seguridad Social y estableciendo una regulación que la hace incompatible con cualquier tipo de trabajo<sup>109</sup>.

Acreditada la situación de riesgo y la imposibilidad de adaptación del puesto de la trabajadora o de cambiar el puesto o función de la misma si la primera medida no fuera posible o reviniera ineficaz, entra en juego la responsabilidad directa de la Seguridad

---

<sup>106</sup> MERCADER UGUINA, J. R. Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo (Comentario al Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgos por el embarazo), *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2002, p. 1272.

<sup>107</sup> GARCIA TESTAL, E; LÓPEZ BALAGUER, M. *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, Abdón Pedrajas Abogados, 2012, p. 33.

<sup>108</sup> BALLESTER PASTOR, A. Licencia por maternidad: aspectos laborales y de Seguridad Social. Op. Cit, p. 65; de la misma autora *La prestación de maternidad*. Op. Cit, p. 45.

<sup>109</sup> Extensamente, MORENO SOLANA, A. *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 265





Social, que se obliga a responder económicamente ante la trabajadora afectada para paliar la situación de necesidad provocada por la falta de ingresos derivada de la actualización de la contingencia, evitando que sea el empresario quien deba hacer frente a los costes derivados de la suspensión contractual.

Sin embargo, a la luz de los objetivos de este proyecto, cabría plantearse si no sería conveniente soluciones alternativas o mixtas, habida cuenta que la mera reducción de la jornada puede ser suficiente, en según qué casos, para evitar algunos riesgos perjudiciales para la salud de la trabajadora gestante o lactante, especialmente si se tienen en cuenta los largos periodos de exposición a los mismos si bien siempre debe tenerse presente que lo que está en juego es el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la salud de las trabajadoras en un momento vital muy concreto.

Aun así, en determinadas circunstancias pudiese ocurrir que si se acortase el tiempo de trabajo se conseguiría de inmediato la mitigación del riesgo. Una solución como la descrita supondría que el empresario habría de seguir remunerando el tiempo de trabajo efectivo y la Seguridad Social tan sólo abonaría la prestación económica de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de forma parcial y así el coste final de la prevención no sólo recaería en el sistema público sino que el mismo estaría compartido con quien es el desencadenante último del riesgo laboral, es decir, el empresario. Conscientes de que esta vía no ha sido la explorada todavía por el legislador, en el presente estudio sostenemos la necesidad de avanzar sobre la misma.

De un lado, porque de esta forma la mujer seguiría vinculada al trabajo con lo que su ciclo biológico no la perjudicaría tanto en su vida laboral, y, de otro, porque el empresario asumiría parte del coste del riesgo lo que serviría para que asumiese la necesidad de la prevención y las ventajas de implantar todas las medidas establecidas en el art. 26 LPRL, incentivándose las de eliminación o atenuación del riesgo y si esta vía no fuese posible, las de adaptación o cambio de puesto, siendo el último recurso la suspensión contractual. Esta parece ser, de otra parte, la finalidad que subyace en la reducción en la cotización a la Seguridad Social en los supuestos de cambio de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural prevista en la DA 7ª Ley 2/2012, de 29 de junio, de PGE para el año 2012<sup>110</sup>, y que se mantiene en el proyecto de LGPE para el año 2013<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> BOE 30.6.2012, nº156

<sup>111</sup>[http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2013Proyecto/MaestroTomos/PGE-ROM/doc/L\\_13\\_A\\_1.PDF](http://www.sepg.pap.minhap.gob.es/Presup/PGE2013Proyecto/MaestroTomos/PGE-ROM/doc/L_13_A_1.PDF)



1. *La incentivación económica de las medidas preventivas como vía preferente para la protección de la seguridad y salud de las mujeres durante la gestación y la lactancia natural.*

La empresa que, en virtud de lo previsto en el art. 26 LPRL, destine a la trabajadora a un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado, aplicará, con respecto a las cuotas devengadas durante el período de permanencia en el nuevo puesto de trabajo o función, una reducción, a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social, del 50% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes. Aunque la movilidad funcional, a estos efectos, se constituye no como una facultad del empresario sino como un deber esencial en el régimen protector de la maternidad<sup>112</sup>, la reducción en cuotas opera exclusivamente respecto a la movilidad extraordinaria que, como es sabido, aparece en el art. 26.2 LPRL con carácter subsidiario para aquellos casos en los que no haya sido posible la adaptación en su propio puesto.

La ley faculta entonces al empresario para que traslade a la trabajadora a un puesto de otro grupo profesional, compatible con su situación y hasta el momento en el que estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al puesto anterior. Estamos ante una movilidad extraordinaria que no está condicionada a la concurrencia de causas técnicas u organizativas sino que trae su causa en el respeto de la salud de la trabajadora o del hijo, y sólo se aplicará en defecto o imposibilidad de aplicación de otras medidas prioritarias.

La trabajadora conservará, en tal caso, el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen si bien convendremos que esta garantía retributiva resulta adecuada si las funciones encomendadas son inferiores pero si la trabajadora realiza funciones correspondientes a una categoría o grupo profesional superior, teniendo en cuenta la remisión que realiza el propio art. 26 LPRL a las reglas y criterios que se aplican a los supuestos de movilidad funcional *ex. art. 39 ET*, una interpretación sistemática de ambos preceptos nos fuerza a defender el derecho de la trabajadora a la retribución conforme a las funciones efectivamente realizadas pues ciertamente una interpretación contraria conllevaría un enriquecimiento injusto para el empresario y una vulneración de los criterios de movilidad funcional ya mencionados<sup>113</sup>.

En todo caso, parece especialmente conveniente esta regulación, habiendo sido considerada una medida de acción positiva de protección de la maternidad, no solo

---

<sup>112</sup> GALA DURÁN, C; LUQUE PARRA, M., El régimen de la movilidad funcional en la ley 31/1995 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *La ley de Prevención de Riesgos Laborales: XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del trabajo y relaciones laborales*, Málaga, CARL, 1996, p. 246.

<sup>113</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C., La eficacia de las políticas públicas de fomento de la contratación de mujeres como instrumento de la LOI, Op. Cit. p. 47.



porque con ella se favorece la permanencia de la trabajadora en la empresa sino porque su activación reduce indirectamente los costes de la Seguridad Social por el menor gasto devengado en prestaciones por riesgo durante el embarazo o, en su caso, durante la lactancia natural<sup>114</sup>. Aún así, también sería conveniente que esta previsión se complementase con alguna medida destinada a compensar a la empresa en los supuestos en los que esta hubiese adaptado el puesto de trabajo para hacerlo compatible con la trabajadora embarazada o lactante si dicha circunstancia le ha supuesto un coste económico cuantificable que se articularía bien extendiendo esta reducción de cuotas a tal circunstancia bien a través de una subvención directa<sup>115</sup>.

Solo si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d ET, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado. A estos efectos, como es de sobra conocido, se considera situación protegida aquella en que se encuentra la trabajadora embarazada durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo esta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26.2 y 3 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados<sup>116</sup> (art. 135 LGSS y art. 31 RD 295/2009) si bien no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado.

---

<sup>114</sup> Los efectos de esta reducción de cuotas se extienden, en todo caso, hasta “el período al que legalmente se circunscribe la protección o el ejercicio de derechos de las trabajadoras en situación de lactancia natural, cual es en todo caso los nueve meses de edad del hijo de la trabajadora”. Consulta de 30-3-2011 (Exp. 760/2010) de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social. Ya proponía esta solución, LOUSADA AROCHENA, J.F. Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario. AAVV. FALGUERA BARÓ, M.A; MORALO GALLEGO, S. (Coords), *Derecho Social Comunitario*, Madrid: CGPJ, 2007, p. 301.

<sup>115</sup> Ciertamente somos conscientes que las dificultades de gestión se mitigarían si directamente se contemplase una bonificación en las cuotas a las empresas –sin necesidad de acreditar el coste económico- que adapten el puesto de la trabajadora gestante o lactante tal y como se propone en el epígrafe de incapacidad temporal si bien parece más conveniente que la reducción opere solo si se ha producido el gasto para la adaptación.

<sup>116</sup> En el caso de que la adaptación resultase ineficaz bien porque el puesto seguirá siendo perjudicial para el embarazo o la lactancia, acreditada tal circunstancia por el médico del INSS o la Mutua –en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura por riesgos profesionales- se procedería a la suspensión contractual.



## 2. La suspensión del contrato de trabajo ante la imposibilidad del mantenimiento de empleo. Contingencia protegida y dimensión preventiva

El propio legislador remite a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales y a su lógica interna para completar el régimen regulador de esta suspensión. “Remisión que se explica por la fuerte imbricación que esta contingencia presenta con los aspectos preventivos de la organización productiva, situándola así más próxima al terreno de la prevención, de manera semejante a lo que sucede con la prestación de riesgo durante la lactancia con la que comparte, no por casualidad, elementos esenciales de su dinámica (gestión, procedimiento) e incluso cuantía. De forma que ambas prestaciones (por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia) se ofertan como una tutela económica pública que se justifica por la incompatibilidad, desde el punto de vista de la prevención de riesgos, entre las condiciones de trabajo y la salud de la trabajadora (embarazada o en situación de postparto) o del feto o del hijo, según qué casos”<sup>117</sup>.

La misma lógica subyace en el art. 135 bis LGSS que, como es sabido, se refiere a la situación de riesgo durante la lactancia en los siguientes términos: “a los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 LPRL, dicho cambio de puesto de trabajo no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados”, regulación reiterada en el art. 41 RD 295/2009.

Aun así, debe recordarse que una pacífica jurisprudencia del TS<sup>118</sup> ha sentado las bases para su concreción, endureciendo notablemente los términos de su ejercicio en tanto en cuanto podrá reconocerse el derecho a la prestación exclusivamente: a) cuando se hayan identificado los riesgos específicos para la trabajadora; b) exista imposibilidad de adaptación de las condiciones de trabajo del puesto específico y c) no sea posible un cambio de puesto de la misma o diferente categoría que no tenga riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados. Y así cuando los riesgos específicos en relación con el embarazo o la lactancia no consten debidamente descritos, valorados y acreditados, o

---

<sup>117</sup> BARCELÓN COBEDO, S. La contingencia protegida durante la situación de riesgo por la lactancia, *Aranzadi Social*, nº5, 2012, accedido en [www.westallaw.es](http://www.westallaw.es) y extensamente MORENO SOLANA, A. *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Op. cit, pp. 238 y ss.

<sup>118</sup> SSTs 24-4-2012 (R° 3035/2012); 23-1-2012 (R° 1706/2011)- Con un evidente esfuerzo argumental en relación a las enfermeras de un centro hospitalario no reconoce el derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural a las trabajadoras de un hospital. Extensamente, SSTs 17-03-2011 (R° 1865/2010), 17-03-2011 (R° 2448/2010), 17-03-2011 (R° 1865/2010), 18-03-2011 (R° 1290/2010), 18-03-2011 (R° 2257/2010), y 18-03-2011 (R° 1966/2010), valora los efectos de esta jurisprudencia: GIMENO DIAZ DE ATAURI, P., La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia, *Aranzadi Social*, nº11, 2011, especialmente epígrafe 3, accedido en [www.westallaw.es](http://www.westallaw.es)



no hubiese sido posible conocer si existen riesgos o puestos exentos de riesgo, no se podrá activar el mecanismo suspensivo.

Obviamente la empresa debe proporcionar información adecuada y suficiente a los trabajadores en general y a las trabajadoras embarazadas, en particular, sobre los riesgos que puedan suponer los agentes biológicos a los que estén expuestas durante el periodo de gestación y de lactancia natural y sería especialmente conveniente que implantase un programa de vigilancia de la salud poniendo a disposición de dichas trabajadoras reconocimientos médicos que detectasen precozmente los posibles daños para la salud de las mismas durante el período de gravidez o de lactancia natural. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial deja claro que el riesgo por lactancia o, en una interpretación analógica, el riesgo durante el embarazo no puede presumirse, en ningún caso, ni siquiera por la concurrencia de circunstancias que, en abstracto, puedan suponer un peligro para la madre trabajadora o el hijo lactante sino que es siempre preciso acreditar el riesgo específico, dadas las circunstancias concurrentes.

Ello se justifica por cuanto que en las normas aplicables se describen riesgos a la exposición de distintos elementos que pueden suponer peligro evidente para la salud de las trabajadoras que han de trabajar en esos medios, pero precisamente la gran variedad de situaciones, de actividades, de índices de peligrosidad o de tiempos de exposición en cada caso, determina la imposibilidad de que se pueda conocer de forma objetiva, específica y completa los que concurren y su relevancia en relación con el embarazo o la lactancia. En consecuencia puede afirmarse que el TS busca una interpretación estricta del carácter específico del riesgo al que se refiere el art. 26.1 y 4 LPRL, al tiempo que deja claro que la carga de la prueba corresponde a la trabajadora, siempre que la evaluación previa de riesgos no haya determinado el carácter incompatible de la prestación de servicios con el embarazo o, en su caso, con la lactancia natural.

### *3. Dinámica de la prestación y su posible modificación para permitir la compatibilidad con el trabajo*

Solo acreditado este riesgo y la imposibilidad de impulsar la panoplia de medidas contenidas en la propia LPRL se reconocerá a la trabajadora la correspondiente suspensión contractual. Así, cuando conste que en la empresa no existen puestos de trabajo exentos de riesgo y se acredite la imposibilidad de instaurar medidas preventivas para evitar la exposición del trabajador especialmente sensible a los riesgos que le afectan, la vía prevista es la suspensión contractual y la consiguiente percepción de la prestación, en su caso, por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, siempre que la trabajadora se encontrase afiliada y alta en la fecha en que se inició aquella suspensión (art. 32.1 RD 295/2009).

Como consecuencia de que ambas prestaciones derivan de contingencias profesionales, no será necesario que la trabajadora acredite período de carencia alguno, considerándose a la trabajadora, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de la obtención de



aquella prestación, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones (art. 32.3 RD 295/2009). La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora equivalente a la que se establece para la prestación económica por incapacidad temporal consecuencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inició la suspensión del contrato de trabajo por la causa referida.

Cabría plantearse, llegados a este punto, la posibilidad de modular esta prestación de seguridad social que, como es sabido, goza de todos los privilegios y ventajas que rodean a las que son de origen profesional, a saber: mayor flexibilidad en el cumplimiento de los requisitos de acceso (no exigencia de carencia y alta presunta o de pleno derecho), régimen jurídico de la prestación (inicio de disfrute, cuantía) y la frecuente participación de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social, en su gestión y control, para que esta pudiese reconocerse solo a tiempo parcial.

Para ello, en primer lugar, se deberían valorar fórmulas para incentivar el cambio de puesto de trabajo ante dificultades adaptativas<sup>119</sup> que están detrás de muchas de estas prestaciones pues compartimos que “razones de economía y comodidad han dulcificado este carácter excepcional (el del devengo de la prestación) hasta el extremo de haberla convertido en una fórmula generalizada a nivel empresarial”<sup>120</sup>. Uno de los elementos de análisis pasaría por valorar la virtualidad de un régimen de alternancia entre trabajo y prestación mediante el reconocimiento de una situación de riesgo parcial.

Es sabido que el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación tanto en aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, “con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias” –art. 25 apdo 2º LPRL- y también que la evaluación de riesgos deberá ser actualizada periódicamente o cuando cambien las condiciones de dichas actividades, teniendo que valorarse la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de la mujer en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico –art. 26.1 del mismo texto legal-

---

<sup>119</sup> STSJ Madrid 8.7.2002 (Rº 1750/2002). “Es evidente que si dentro del mismo centro de trabajo y en el departamento existe un puesto de trabajo en el que la mujer deja de estar expuesta a radiaciones (...), lo congruente con los principios inspiradores de toda la normativa de protección a la maternidad, tanto a nivel internacional como nacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo”. Sobre los efectos de una actitud obstruccionista de la trabajadora ante un cambio de puesto, STSJ Asturias 20-9-2012 (Rº 16131/2011).

<sup>120</sup> MORENO SOLANA, A. *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Op. Cit, p. 260.





Pues bien, quizás sería posible admitir que, en según qué casos, una menor exposición puede ser suficiente para evitar los riesgos perjudiciales para la salud de la trabajadora. Una solución como la descrita debería siempre articularse a través de una gestión integral de la prevención, en cuyo caso, se permitiría la aptitud parcial para el trabajo, acreditada dicha circunstancia con la certificación expedida por los servicios médicos de la Mutua. Estos serían los competentes para acreditar que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la trabajadora influyen negativamente en su gestación o para ejercer su derecho a la lactancia natural pero que sí esta prestación no alcanzase la totalidad de la jornada sería posible una aptitud parcial para el trabajo, en cuyo caso, solo se suspendería parcialmente el contrato, percibiendo de manera simultánea la prestación en proporción al tiempo de jornada reducida. Teniendo siempre presente que lo que está en juego es tanto el derecho a la vida como a la integridad física, consideramos que debería actualizarse el RD 298/2009<sup>121</sup>, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia en el siguiente sentido:

De un lado, se debería establecer en la lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo una determinación de aquéllos respecto a los cuales el empresario, una vez que conozca el estado de embarazo, deberá impedir, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, realizar a la trabajadora embarazada en base a que los mismos suponen un riesgo -aunque sea mínimo- en su seguridad, su salud o la del feto. En el mismo sentido, debería actualizarse el citado RD en relación al período de lactancia natural estableciendo, en su caso, las actividades que no podría realizar la trabajadora pues su ejecución supone un riesgo incompatible con la lactancia natural.

Hasta ahora esta posibilidad no se prevé. Actualmente la solicitud de prestación debe tramitarse por la trabajadora y en ella, junto a los certificados médicos<sup>122</sup>, deberá adjuntar una declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con su estado o, cuando estos existan, sobre la imposibilidad, técnica u objetiva, de realizar el traslado correspondiente, o que no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. La declaración irá acompañada de informe emitido por el servicio de prevención propio de la empresa, siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, o por la entidad especializada que

---

<sup>121</sup> RD 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (BOE 7-3-2009, nº58).

<sup>122</sup> Muy crítico con el procedimiento que contenía el ya derogado RD 1251/2001 hasta el punto de calificarlo como una “solución esta no muy razonable en cuanto se erige una exigencia meramente formal en un requisito constitutivo del cambio del puesto de trabajo, y con serios problemas de adecuación a la normativa comunitaria”, LOUSADA AROCHENA, J.F. Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario. Op. Cit., p. 265.



desarrolle para la empresa, en base al correspondiente concierto, las funciones de servicio de prevención ajeno.

El procedimiento de reconocimiento de la prestación se inicia, como es de sobra conocido, a instancias de la interesada mediante un informe que deberá solicitar al facultativo del Servicio Público de Salud en el que acreditará la situación de embarazo y la fecha probable del parto (art. 39.1 RD 295/2009) o, en su caso, una certificación de la lactancia natural. La trabajadora, con el citado informe, acompañado de una declaración responsable de la empresa sobre la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo, solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 LPRL, ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda. En la referida solicitud, la trabajadora debe indicar además los puestos de trabajo o funciones compatibles con su estado que podría seguir desarrollando o, subsidiariamente, las razones por las que el cambio no es posible.

De prosperar la propuesta aquí planteada, la declaración de la empresa debería contener la posibilidad de adaptación parcial del puesto y los términos en los que esta se concretaría, estableciéndose en el certificado emitido por el servicio de prevención esta circunstancia, es decir, la aptitud parcial. Con esta previsión se mitigarían además los incentivos que actualmente tienen las empresas para tratar de forzar la situación suspensiva, toda vez que el coste de la prestación es asumida íntegramente por las entidades gestoras.

Solo si existiesen discrepancias, entre la empresa y la mutua o entre la empresa y la trabajadora, sobre la posibilidad de esta adaptación parcial, o cuando se produjesen contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurriesen indicios de posible connivencia para obtener la prestación, se podría recurrir, con las modificaciones legislativas pertinentes, al procedimiento ya previsto en la normativa reglamentaria y presentar ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la documentación del expediente tramitado con objeto de que esta emitiese en quince días un informe (preceptivo pero no vinculante) que declarase su conformidad o discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa o por la trabajadora autónoma (arts 39.6 y 47.6 RD 295/2009 para la suspensión por riesgo durante el embarazo o el riesgo durante la lactancia natural, respectivamente).

Si el referido informe concluye con la posibilidad de adaptación, la prestación de servicios se hará imperativa para la trabajadora por lo que es preciso dotarle de mecanismos de reacción, pudiendo acudir a la jurisdicción social en los términos actualmente vigentes.



#### *4. La expresa compatibilidad de la suspensión por riesgo y el trabajo en las situaciones de pluriempleo o pluriactividad*

Con la normativa vigente, la única excepción a este severo régimen de incompatibilidad es en relación a los supuestos en que la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios regímenes del sistema de la Seguridad Social –art. 48 RD 295/2009-. En este caso, si la situación de riesgo durante el embarazo afecta exclusivamente a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo, admitiendo, en consecuencia, la expresa compatibilidad de la percepción del subsidio con el mantenimiento de aquellas actividades que la trabajadora ya viniera desempeñando con anterioridad o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo o, en su caso, la lactancia natural.

Ahora bien, por lo que respecta al devengo de ambas prestaciones, las trabajadoras autónomas que no hayan optado por cubrir las contingencias profesionales vienen obligadas a realizar una cotización adicional del 0,1%, sobre a la base de cotización elegida (art. 120.5 Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012). Circunstancia que finalizará a partir del 1 de enero de 2013 pues a partir de dicho momento se impone la cobertura por riesgos profesionales de forma obligatoria, de forma que ambos riesgos como contingencias de tal carácter, estarán cubiertos con respecto a las trabajadoras por cuenta propia que se den de alta en el RETA a partir de dicha fecha. Para las trabajadoras que ya estuvieran encuadradas en el sistema y que no hubiesen optado por cubrir los riesgos profesionales, será necesario mantener esta cotización adicional.

El vigente art. 34.2 RD 295/2009 contempla una regla similar en el supuesto de que la trabajadora estuviese en situación de pluriempleo, en cuyo caso, se deberían tener en cuenta las siguientes particularidades: a) Cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (o, en su caso, durante la lactancia natural) se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base reguladora del subsidio se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada el tope máximo establecido a efectos de cotización. b) Si la suspensión del contrato de trabajo se declarase en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, en el cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se tomarán las bases de cotización en las empresas donde se produce la suspensión del contrato de trabajo, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.



### III. DISFUNCIONES EN LA REGULACIÓN RELATIVA A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJO ENFERMO.

Como es sabido, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES<sup>123</sup>, ya mencionaba la necesidad de regular la ausencia del trabajador por motivos de fuerza mayor ligados a enfermedad o accidente que hiciesen indispensable la presencia inmediata del trabajador. El 18 de junio de 2009, las organizaciones europeas de interlocutores sociales intersectoriales sobre el permiso parental dirigieron una solicitud conjunta a la Comisión para que esta presentase una propuesta de decisión al Consejo por la que aplicase este Acuerdo marco; petición materializada con la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES<sup>124</sup>.

Pues bien, en la cláusula 7 de dicho acuerdo se regula “la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor”, instando a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a adoptar “las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a asuntos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador”.

De otra parte, la Carta Europea de los Niños Hospitalizados<sup>125</sup>, aprobada por Resolución A2-25/86 de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo, aprueba una serie de derechos especiales con la finalidad de proteger a los menores en caso de internamiento en un centro hospitalario. Entre ellos detalla el derecho de los niños hospitalizados a estar acompañados de sus padres o de la persona que los sustituya el máximo tiempo posible durante su permanencia en el hospital, no como espectadores pasivos sino como elementos activos de la vida hospitalaria, sin que esta presencia comporte costes adicionales ni perjudique en modo alguno u obstaculice la aplicación de los tratamientos a los que hay que someter al niño<sup>126</sup>.

En España, este mandato fue atendido hace escasos dos años en la DF 21ª de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, que, como es sabido, añadió un nuevo artículo 135 quáter en la LGSS con la finalidad de ampliar la acción protectora de la Seguridad Social, incorporando en el ordenamiento jurídico de la protección social una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores

---

<sup>123</sup> Diario Oficial n° L 145 de 19-06-1996

<sup>124</sup> Diario Oficial de 18-3-2010

<sup>125</sup> Diario Oficial de 13-5-1986

<sup>126</sup> PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, 2011 accedido en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es).



afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Prestación que fue desarrollada a través del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave<sup>127</sup>.

### *1. La prestación económica por cuidado de hijos enfermos y la compatibilidad con el trabajo*

Se considerará situación protegida, a estos efectos, la reducción de la jornada de trabajo que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo tercero del artículo 37.5 ET, lleven a cabo las personas progenitoras, adoptantes y acogedoras de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambas trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo del propio texto reglamentario. Habida cuenta que la enfermedad que padezca el menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera su cuidado directo, continuo y permanente, y que se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave, el otorgamiento de esta prestación, con naturaleza de subsidio, tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren los progenitores que reduzcan su jornada.

La acreditación de que el menor padece un cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el listado contenido en el anexo del texto reglamentario así como la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente del menor durante el tiempo de hospitalización se efectuará, incluso en aquellos casos en que la atención y diagnóstico del cáncer o enfermedad grave se haya llevado a cabo por servicios médicos privados, mediante declaración cumplimentada por el facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la atención del menor –art. 2.2 RD 1148/2011-.

Serán beneficiarias del subsidio las personas trabajadoras, por cuenta ajena y por cuenta propia y asimiladas<sup>128</sup> cualquiera que sea su sexo, que reduzcan su jornada de trabajo en, al menos, un 50% de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso. Para devengar la nueva prestación, el trabajador deberá, conforme a lo dispuesto en el art. 124 LGSS, reunir el período de carencia previsto para la prestación contributiva de maternidad (arts. 133 ter y 135 quáter LGSS), es decir, si el trabajador tiene de 16 a 21 años de edad, se precisa

---

<sup>127</sup> BOE 30-7-2011, nº182.

<sup>128</sup> Aunque el art. 124 LGSS admite, con carácter general, la asimilación al alta para el devengo de determinadas prestaciones, por la especial naturaleza de esta prestación no puede admitirse tal circunstancia (con independencia de que el texto normativo reproduzca este requisito), toda vez que su reconocimiento exige que ambos progenitores se encuentren en situación de activo.



un período de cotización de 90 días en los siete años anteriores al nacimiento de la prestación, o, alternativamente, una carencia de 180 días durante toda su vida laboral; si es mayor de 26 años de edad, precisa una carencia de 180 días en los siete años anteriores o alternativamente 360 días a lo largo de su vida laboral; finalmente, si el trabajador es menor de 21 años, no precisa carencia alguna

El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo en relación a la de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfruten las personas trabajadoras por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

En el caso de las personas trabajadoras por cuenta propia, los porcentajes indicados se entenderán referidos a una jornada de cuarenta horas semanales como módulo de referencia para establecer el cese parcial que da lugar a la prestación. En cuanto a la prestación económica, si la persona beneficiaria no ha optado por la cobertura de las contingencias profesionales, se toma como referencia la prestación por IT derivada de contingencias comunes. Y, en todo caso, en la solicitud de la prestación, el profesional autónomo deberá declarar el porcentaje en que reduce la jornada, los recibos del abono de las cuotas y la situación de actividad referida a la parte de la jornada que se reduce.

Para los trabajadores por cuenta ajena, la prestación económica consistirá en un subsidio, de devengo diario, equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo.

El art. 4 RD 1488/2011 exige que ambos progenitores se encuentren de alta en algún régimen público de Seguridad Social o sólo una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional (circunstancia que contempla como una situación asimilable a la de estar de alta en el RETA. De esta manera, no se provocan perjuicios al otro progenitor, incluido en el sistema, respecto del acceso a una prestación que exige entre sus requisitos que ambos progenitores trabajen<sup>129</sup>).

Con el objetivo de poder simultanear el cuidado del menor, expresamente se prevé que “mediante acuerdo entre ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras y la empresa o empresas respectivas, podrán alternarse entre ellas el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes, en cuyo caso el percibo del subsidio quedará en

---

<sup>129</sup> ARADILLO MÁRQUEZ, M. J. Un nuevo diseño para las Mutualidades Alternativas al RETA. *Aranzadi Social*, nº10, 2012 accedido en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)





suspenseo cuando se reconozca un nuevo subsidio a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora”. Y aunque no esté expresamente previsto, debería contemplarse la posibilidad de que ambos progenitores reduzcan su jornada debido a que en la familia dos o más de sus hijos padezcan una enfermedad grave, el espíritu de la misma ampararía esta situación dado que habría dos causantes que generarían dos prestaciones diferentes<sup>130</sup>.

En las situaciones de pluriactividad, podrá percibirse el subsidio en cada uno de los regímenes de la Seguridad Social en el que se reúnan los requisitos exigidos. En tales situaciones, si la persona trabajadora acredita las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio, computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos para acceder al derecho, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan y se reconocerá el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización.

En situaciones de pluriempleo, el reconocimiento del subsidio se efectuará en proporción al porcentaje de reducción que experimente el total de la jornada de trabajo de los distintos empleos. En esta situación, a efectos de la base reguladora, se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes a cada una de las empresas o actividades, siendo de aplicación el tope máximo establecido a efectos de cotización.

También se prevé la simultaneidad del trabajo y el devengo del subsidio para los trabajadores a tiempo parcial, siempre que reduzcan su jornada en, al menos, un 50%. El porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfrute la persona trabajadora contratada a tiempo parcial por razones de guarda legal de menores o de cuidado de familiares, o por cualquier otra causa –art. 4.7 RD 1148/2011-. En todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25% de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio si bien si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite.

Con el reconocimiento de esta nueva prestación contributiva, el ordenamiento tutela un interés jurídicamente digno de protección: el cuidado de un menor enfermo a través de la creación de un subsidio que se incorpora al régimen público de Seguridad Social y que, por su propia configuración normativa, es compatible con el trabajo, por cuenta ajena o propia. A pesar de la valoración positiva que, en líneas generales, nos merece este desarrollo reglamentario en él observamos una importante carencia, cual es que no

---

<sup>130</sup> Solución propuesta por PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, 2011, Op. Cit.



toca el punto central de los problemas que viene planteando su aplicación y especialmente al relativo a si, en defecto de negociación colectiva o acuerdo con el empresario, el derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres, a disponer de la reducción de jornada puede calcularse en cómputo anual<sup>131</sup>.

A nuestro juicio, esta sería la opción más garantista para cumplir la finalidad de esta prestación, de modo que la parcialidad de la reducción del progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, debería poder calcularse en cómputo anual con la consiguiente disminución proporcional del salario y obviamente esta reducción debe ser de, al menos, la mitad de la duración de aquélla. Ciertamente si el convenio colectivo establece el procedimiento para que esta reducción de jornada se acumule en jornadas completas a él habrá que remitirse –v. gr. plazos para solicitar la referida reducción-<sup>132</sup>.

Lamentablemente el tratamiento de este aspecto en la negociación colectiva todavía es marginal (en parte por lo reciente de la aprobación del texto reglamentario) si bien los convenios que ya han previsto tal circunstancia suelen reconocer que “la concreción horaria y la determinación del período de disfrute de la reducción de jornada prevista en este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria”<sup>133</sup>, admitiendo, en consecuencia, el cómputo anual mientras que otros remiten a la legislación vigente<sup>134</sup>, no resolviendo entonces los problemas si existieran discrepancias entre trabajador y empresario. Algunos convenios además prevén añadir esta nueva contingencia a las mejoras voluntarias para complementar la retribución de los trabajadores que se concederá con efectos desde la misma fecha en que se reconozcan la

---

<sup>131</sup> CARRILLO, D; HIGUERA, A; LÓPEZ-IBOR, B; JUSTE, G.; VILA, M.; *Estudio sobre el cuidado de menores con una enfermedad grave: una propuesta normativa*, Madrid, Fundación Trabajo y Familia, 2010, p. 51. Este estudio fue el soporte que justificó la viabilidad y el desarrollo de la inclusión de este subsidio en el catalogo de prestaciones de la Seguridad Social.

<sup>132</sup> CC industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas (BOE 14-8-2012)

<sup>133</sup> Utilizando la misma metodología referida en la nota al pie 7. Vid CC de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE 9-10-2012); CC industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas (BOE 14-8-2012); CC comercio de flores y plantas (BOE 2-5-2012); CC comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales, droguería, perfumería y afines (BOE 15-12-2011); CC empresas de atención domiciliaria de Cataluña (DOGC 23-3-2012); CC acción social de Cataluña (DOGC 10-11-2011); CC Edificios y Locales León (BO León 8-8-2011); CC Panaderías Toledo (BO Toledo 28-5-2012); CC Transporte Carreteras (BO Toledo 13-1-2012); CC Industria Siderometalúrgica de Toledo (BO Toledo 23-5-2011); CC Campo de Toledo (BO Toledo 11-7-2011); CC Industria Siderometalúrgica de Zaragoza (BO Zaragoza 24-7-2012).

<sup>134</sup> CC de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 26-5-2011); CC que regula las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (BOE 29-9-2012); CC servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios (BOE 13-4-2012); CC servicios de asistencia en tierra en aeropuertos- Handling (BOE 13-10-2011); CC enseñanza y formación no reglada (BOE 29-4-2011); CC Industria Siderometalúrgica de Huesca (BOP Huesca 11-7-2012); CC Industria Vinícola Toledo (BO Toledo 9-7-2002).



prestación de la Seguridad Social y en los mismos casos y términos en que se otorgue esta<sup>135</sup>.

## 2. *Disfunciones en el ejercicio del derecho y propuestas de modificación normativa*

En lo que hace al ejercicio de este derecho, en la solicitud tendrán que quedar acreditados los datos relativos a la enfermedad del menor y en el certificado de la empresa se hará constar, de un lado, la fecha de inicio de la reducción de jornada del trabajador prevista en el párrafo tercero del artículo 37.5 ET, con indicación del porcentaje en que ha quedado fijada dicha reducción de jornada y, de otro, si este cálculo se ha efectuado en cómputo anual. Somos conscientes que esta no parece ser la tesis asumida por el legislador pues, como es de sobra conocido, el vigente art. 37.5 ET, en redacción dada por el RDL 3/2012, señala que “el progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas”.

Nótese que con la actual regulación si no hay previsión convencional expresa (o, en su defecto, acuerdo con el empresario) no cabe que la reducción se articule en cómputo anual, de modo que los porcentajes han de aplicarse sobre la jornada diaria y no calculada en cómputo anual o semanal.<sup>136</sup> Sin embargo, si pensamos en el interés jurídicamente protegido que no es otro que el acompañamiento de un menor durante el tiempo de hospitalización (distinto, por tanto, al interés tutelado en la reducción de

---

<sup>135</sup> CC Cajas y entidades financieras de ahorro para el período 2011-2014 (BOE 29-3-2012)

<sup>136</sup> Sobre las implicaciones de esta modificación en relación a la reducción de jornada por guarda legal, mostrándose especialmente críticas recordando que mientras que, con anterioridad a la reforma, se precisaba la unidad diaria para distribuir el resto de módulos, fueran semanales o anuales, ahora se debe contar con ella solo con la finalidad de lograr una concreción horaria. De este modo, la jornada se reduce pero no se puede distribuir en módulos superiores al diario, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Conciliación de la vida laboral y familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones, *Aranzadi Social*, nº4, 2012, accedido en [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es), HERRÁIZ MARTÍN, M. S. El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J.R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 281.



jornada por guarda legal), muchas veces exigiendo esta circunstancia el desplazamiento a centros sanitarios fuera de su comunidad de residencia, convendremos en la necesidad de contemplar que esta reducción puede ser calculada en cómputo anual, incluso aunque no haya una previsión expresa en el convenio colectivo.

El riesgo subyacente de no admitirse esta interpretación finalista es que el progenitor encargado del cuidado del menor enfermo acuda a otras vías del sistema (v. gr. prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes) para poder dar cobertura a esta situación de necesidad o sin el recurso al sistema a través de una excedencia por cuidado de hijos con el menoscabo económico asociado a dicha vicisitud. Obviamente el legislador podría haber alcanzado este resultado estableciendo dos posibilidades, alternativas para articular esta prestación: de un lado, la reducción de jornada, con los límites ya referidos contenidos en el art. 37.5 ET en relación a su disfrute diario; de otro, articular esta prestación mediante el reconocimiento de una suspensión contractual cuando un informe médico certificase la necesidad de que el cuidado sea continuo y que este alcance la totalidad de la jornada. Esta era, de otra parte, la propuesta planteada en el Informe FIPROS<sup>137</sup> del que la citada prestación trae causa en el que se señalaba como “conveniente el disfrute a tiempo completo, como suspensión del contrato de trabajo en familias monoparentales, enfermedad o incapacidad de uno de los progenitores que por la reducción de sus capacidades físicas o psíquicas que se encuentre además de que la atención sólo pueda prestarse por otro progenitor o tutor”.

Sin embargo, en la medida que el legislador solo estableció como vía para articular esta prestación la reducción de jornada y que expresamente el art. 37.5 ET condiciona la acumulación a una previsión convencional, convendremos en la rigidez que supone esta regulación. A nuestro juicio, hubiese sido más conveniente<sup>138</sup> que no se exigiese acuerdo previo con el empresario para la concreción horaria de la reducción, habida cuenta que se trata de una cuestión en la que debe primar la urgencia de la atención al menor que exclusivamente debieran valorar el facultativo y sus padres.

De no prosperar la tesis aquí propuesta, las posibles controversias en relación al ejercicio de este derecho solo podrán resolverse a través del procedimiento contenido en el art. 139 LRJS y en él el juez tendrá que efectuar la correcta ponderación de las circunstancias concurrentes, valorando, por una parte, la importancia que para la efectividad del derecho a la no discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, implícito en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada por esta causa, pueda tener la concreta opción presentada por el trabajador, máxime en un supuesto como el expuesto en el que también está en juego la salud de un menor; y, por otra, las

---

<sup>137</sup> CARRILLO, D; HIGUERA, A; LÓPEZ-IBOR, B; JUSTE, G.; VILA, M.; *Estudio sobre el cuidado de menores con una enfermedad grave: una propuesta normativa*, Op. Cit. p. 31.

<sup>138</sup> CARRILLO, D; HIGUERA, A; LÓPEZ-IBOR, B; JUSTE, G.; VILA, M.; *Estudio sobre el cuidado de menores con una enfermedad grave: una propuesta normativa*, Op. Cit. p. 50.



dificultades que su reconocimiento pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa. La dimensión constitucional de las medidas contempladas en los apartados 5 y 6 del artículo 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa<sup>139</sup> si existieran discrepancias para poder reducir la jornada en cómputo anual.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel; GIL PLANA, Juan, *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural (Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo)*, Madrid, Civitas, 2010.
- ARADILLO MÁRQUEZ, M<sup>a</sup> José, Un nuevo diseño para las Mutualidades Alternativas al RETA. *Aranzadi Social*, nº10, 2012.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, La eficacia de las políticas públicas de fomento de la contratación de mujeres como instrumento de la LOI, SIERRA HERNÁIZ, E., (Dir). *Eficiencia, igualdad y empresa. La aplicabilidad real a la empresa de la Ley Orgánica de Igualdad*, Navarra: Civitas, Aranzadi, 2011.
- BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> Amparo, Licencia por maternidad: aspectos laborales y de Seguridad Social. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M. T. *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. Madrid: CGPJ, 2007.
- BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> Amparo, *La prestación de maternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, Abdón Pedrajas Abogados, 2012, (en prensa).
- BARCELÓN COBEDO, Susana, La contingencia protegida durante la situación de riesgo por la lactancia, *Aranzadi Social*, nº5, 2012.
- CARRILLO, Dolores; HIGUERA, Ana; LÓPEZ-IBOR, Blanca; JUSTE, Gloria.; VILA, Marta; *Estudio sobre el cuidado de menores con una enfermedad grave: una propuesta normativa*, Madrid, Fundación Trabajo y Familia, 2010.
- FERNÁNDEZ PRIETO, Marta. La lactancia natural: un bien jurídico a proteger ¿pero cómo?, AAVV, *Conciliación de la vida familiar y corresponsabilidad entre los sexos*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

---

<sup>139</sup> GARCIA TESTAL, E; LÓPEZ BALAGUER, M. *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Op. cit. p. 132.



- GALA DURÁN, Carolina; LUQUE PARRA, Manuel, El régimen de la movilidad funcional en la ley 31/1995 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *La ley de Prevención de Riesgos Laborales: XIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del trabajo y relaciones laborales*, Málaga, CARL, 1996.
- GARCIA TESTAL, Elena; LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, Abdón Pedrajas Abogados, 2012
- GARCIA VIÑA, Jordi, La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº74, 2008.
- GIMENO DIAZ DE ATAURI, Pablo, La situación protegida por la prestación de riesgo por lactancia, *Aranzadi Social*, nº11, 2011.
- HERRÁIZ MARTÍN, M<sup>a</sup> Sol. El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar, GARCÍA-PERROTE, Ignacio; MERCADER UGUINA, Jesús R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, Lex Nova, 2012.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, Maternidad y conciliación en el Derecho Comunitario. AAVV. FALGUERA BARÓ, M.A; MORALO GALLEGO, S. (Coords), *Derecho Social Comunitario*, Madrid: CGPJ, 2007.
  - La reducción de jornada por motivos familiares, *Revista de Poder Judicial*, nº 80, 2005
- MARTÍNEZ LLANOS, Nemesio, La prestación de maternidad en supuestos de pluriempleo y pluriactividad, *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, nº2, 2010.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. Prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo (Comentario al Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgos por el embarazo), *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2002.
- MONELLS SOLÁ, X. Art. 48, DEL REY GUANTER, S. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 1997.
- PANIZO ROBLES, J.A. La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relaciones con la maternidad (Comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural), *CEF. RTSS*, nº313, 2009.
- PAREDES RODRÍGUEZ, José M<sup>a</sup>, Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, 2011.





- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, Conciliación de la vida laboral y familiar en la Reforma Laboral de 2012 (II): reducción de jornada por guarda legal y vacaciones, *Aranzadi Social*, nº4, 2012.
- VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, El régimen jurídico de la suspensión contractual “a tiempo parcial” (art. 48.4 ET), *Relaciones Laborales*, nº5, 2006.
  - Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas, *Aranzadi Social*, nº10, 2010



## CAPÍTULO III: LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

**SUMARIO:** **I. LA NECESARIA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.** 1.- *Hacia un modelo social de discapacidad.* 2.- *El derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones.* 3.- *Los problemas de integración laboral de las personas con discapacidad.* **II. LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR EL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES.** 1. *Los diferentes grados de invalidez.* 2. *La intensidad de la protección:* A) El porcentaje aplicable; B) La base reguladora; C) El abono de la prestación. **III. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE.** 1. *La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente parcial.* 2. *La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente total.*: A) La necesaria delimitación del concepto de profesión habitual; B) La compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el desempeño de una actividad distinta a la habitual. 3. *La compatibilidad del trabajo con la incapacidad permanente absoluta o con la gran invalidez.* A) Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011. B) Tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011. 4. *La compatibilidad del trabajo con la pensión no contributiva de invalidez.* **IV. PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA.** 1. *Favorecer el mantenimiento en el empleo en los supuestos de incapacidad sobrevenida.* 2. *Favorecer la inserción profesional en caso de recuperación de la capacidad.* 3. *Reordenar la protección por incapacidad permanente.* **V. BIBLIOGRAFÍA**

### I. LA NECESARIA INTEGRACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

#### 1. *Hacia un modelo social de discapacidad*

El 13-12-2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), resultado de un largo proceso de gestación que se inició en el año 2001 y que fue ratificada por España en diciembre de 2007. Este Tratado, que entró en vigor en mayo de 2008<sup>140</sup>, ha supuesto un importante cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad, pues las personas discapacitadas pasan de ser objeto de políticas sociales y paternalistas a ser sujetos de derechos. Tradicionalmente, se enfocó la discapacidad desde una perspectiva médico-sanitaria que partía de las propias limitaciones de la persona. Y de ello se derivaba una consecuencia clara: el reto de la integración se afrontaba procurando la adaptación de la persona al entorno (mediante medidas de recuperación, de rehabilitación,...). De manera que, en el caso de que no fuera posible acomodar la persona discapacitada a los

---

<sup>140</sup> Treinta días después a la fecha en que se presentó el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión.



estándares sociales, se paliaba la ausencia de rentas mediante prestaciones económicas. El modelo médico, aun cuando supuso un importante avance en el ámbito del reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, partía de una premisa perversa: La persona con discapacidad se considera desviada del estándar de normalidad.

El modelo social propugna un cambio radical del concepto mismo de discapacidad. El problema no reside en la persona, sino en la propia sociedad y en las bases sobre las que ésta se ha edificado, por cuando dificultan o impiden a determinadas personas –que no obedecen a estos estándares dominantes- el ejercicio de sus derechos<sup>141</sup>. El que una persona con movilidad reducida no pueda trabajar no deriva tan sólo de que no pueda caminar y esté sentada en una silla de ruedas, sino del hecho de que los centros de trabajo no sean inclusivos y accesibles. Este modelo propugna, por tanto, la remoción de las barreras y de los obstáculos creados por la propia sociedad. Para el modelo social, el concepto mismo de discapacitado es el resultado de una sociedad que no acepta, que no tiene presente la diversidad. Es la propia sociedad la que discapacita a las personas con deficiencias. Por ello, el modelo social no propugna rehabilitar al individuo, sino rehabilitar una sociedad pensada para las mayorías.

El objetivo del modelo social consagrado por la Convención es asegurar a las personas con discapacidad la igualdad de oportunidades. La finalidad es integrar más que adaptar. Concretamente, en el ámbito laboral, el art. 27 de la Convención asegura a las personas con discapacidad el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los demás, lo que incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas discapacitadas.

Pues bien, la ratificación de la Convención por nuestro Ordenamiento Jurídico no viene sino a consolidar una clara tendencia hacia un modelo social de la discapacidad. En efecto, en la evolución de la legislación española podemos diferenciar tres etapas: Una primera, claramente influida por el modelo médico, en el que la protección de las personas con discapacidad se canalizaba mediante políticas pasivas como la asistencia sanitaria o las prestaciones económicas.

Una segunda etapa, en la que se aboga por políticas activas dirigidas a lograr la integración laboral de las personas con discapacidad como medio para conseguir su inserción en la sociedad. Se asegura así un cupo de reserva a los trabajadores minusválidos (art. 38 Ley 13/1982<sup>142</sup>), se prevén incentivos a la contratación de este

---

<sup>141</sup> GARRIDO PÉREZ, E. El tratamiento comunitario de la discapacidad: Desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades. *Temas Laborales*, 2001, nº59, p. 173 y VALDÉS DAL-RE, F. Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos. AAVV. *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2005, p. 372.

<sup>142</sup> Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos (BOE 30-4-1982, nº103).



colectivo específico de trabajadores (RD 1451/1983<sup>143</sup>) y se crea el empleo protegido como mecanismo de integración laboral de las personas con discapacidad que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan ejercer su actividad laboral en condiciones habituales (art. 42.1 Ley 13/1982 y RD 2273/1985<sup>144</sup>).

Y una tercera etapa, influida claramente por el modelo social, en la que el legislador prioriza la integración de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario. El empleo protegido comienza a percibirse como un mecanismo de integración y segregación a un tiempo, de manera que se crean los enclaves laborales como vía de tránsito entre el centro especial de empleo y un entorno laboral normalizado (RD 290/2004<sup>145</sup>), se regula el empleo con apoyo como medida de integración laboral de las personas con discapacidad en el sistema ordinario de trabajo (art. 1 RD 870/2007<sup>146</sup>) y se reconoce la posibilidad de que las personas con gran dependencia reciban una prestación económica de asistencia personalizada para facilitar al beneficiario el acceso al trabajo (art. 19 Ley 39/2006<sup>147</sup>). Se introducen además diferencias de trato dentro del mismo colectivo de discapacitados<sup>148</sup> y se reduce parcialmente el desincentivo al trabajo que puede representar la pérdida de la pensión a través de la Ley 8/2005<sup>149</sup>.

No obstante, la ratificación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad por el ordenamiento español abre un proceso de reflexión con respecto a nuestras categorías jurídicas, con el fin de verificar en qué medida dan cumplida respuesta a los objetivos fijados por las Naciones Unidas.

---

<sup>143</sup> RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se reguló el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos (BOE 4-6-1983, nº133).

<sup>144</sup> RD 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se regula los Centros Especiales de Empleo (BOE 9-12-1985, nº294).

<sup>145</sup> RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (BOE 21-2-2004, nº45).

<sup>146</sup> RD 870/2007, de 2 de julio, por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento del empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (BOE 14-7-2007, nº168).

<sup>147</sup> Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE 15-12-2006, nº299).

<sup>148</sup> Así, por ejemplo, el programa de fomento del empleo contemplado por la Ley 43/2006 establece incentivos a la contratación cuya cuantía se incrementa si concurren otras circunstancias que dificultan aún más el acceso al mercado de trabajo (como el ser mujer, el ser mayor de 45 años o el acreditar un grado o un determinado tipo de minusvalía).

<sup>149</sup> Ley 8/2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado (BOE 7-06-2005, nº135).



## 2. *El derecho de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones.*

Como sabemos, el art. 14 CE reconoce el principio de igualdad y no discriminación. Pues bien, aunque no menciona expresamente la discapacidad entre las causas especialmente odiosas de discriminación, hemos de tener en cuenta que el TC la ha considerado incluida en la cláusula final abierta relativa a “*cualquier otra condición personal o social*” (STC 269/1994). En materia de empleo, esta prohibición se concreta en los arts. 4.2 y 17 ET. El primero de ellos reconoce, entre el elenco de derechos de los trabajadores, el de no ser discriminados directa o indirectamente en el empleo, o una vez empleados, “*por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate*”. Por su parte, el art. 17 del citado cuerpo legal entiende nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar, en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones discriminatorias directas o indirectas por razón de discapacidad.

Pero esta tutela antidiscriminatoria no se limita a declarar prohibidas las conductas contrarias al art. 14 CE y a negarles ningún efecto práctico, sino que también incluye la represión del infractor reconociendo tipos concretos al respecto. Se tipifica así como infracción muy grave la decisión unilateral de la empresa que implique una discriminación directa o indirecta por razón de discapacidad (art. 8.12 LISOS). Y merece igual calificación el acoso por tal motivo cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo (art. 8.13 bis LISOS). En materia de empleo, igualmente se sanciona con la mayor severidad la solicitud de datos de carácter personal en los procesos de selección o el establecimiento de condiciones de contratación que contengan discriminaciones para el acceso al empleo por razón de discapacidad (art. 16.2 LISOS). La comisión de tales infracciones conlleva, además de la multa económica [que oscila entre 6.251 € y 187.515 € según el art. 40.1.c) LISOS], la aplicación de otras dos medidas accesorias, de conformidad con lo previsto en el art. 46 bis LISOS: a) la pérdida automática de los beneficios derivados de los programas de empleo; y b) la exclusión del acceso a los mismos durante seis meses.

El problema es que esta tutela antidiscriminatoria, que se concreta como hemos visto en una reacción represiva por parte del Estado contra actos aislados contrarios al art. 14 CE, resulta por sí sola ineficaz para luchar contra una discriminación de carácter social, colectiva, pues sirve únicamente para reparar los efectos de las discriminaciones acaecidas en el pasado, sin asegurar su remoción definitiva de cara al futuro, ni solucionar los efectos de conductas discriminatorias omisivas. La tutela antidiscriminatoria no es, en efecto, válida para reaccionar frente a fenómenos



colectivos de discriminación, que hacen referencia a una situación generalizada existente en una sociedad, producto de prácticas, prejuicios y usos sociales que manifiesta sus efectos a la hora de la distribución de bienes escasos o en el ámbito de interrelación de personas o cosas. No podemos pretender que dos corredores lleguen al mismo tiempo a la meta cuando, teniendo idéntica capacidad, uno corre los cien metros lisos y otro, los cien metros vallas. Cuando la discriminación es social, no bastan las tradicionales medidas antidiscriminatorias; hacen falta medidas que garanticen la igualdad de oportunidades, medidas que remuevan los obstáculos (las vallas) a los que uno de esos corredores se enfrenta en la pista.

En definitiva, la igualdad que el art. 1.1 CE proclama, como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo se traduce en la igualdad de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la igualdad sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. El actual concepto de no discriminación supera así la prohibición de tratamientos diferenciados para contemplar la necesidad de atender la situación de determinados individuos o colectivos con el fin de hacer posible la igualdad sustancial de los mismos en la sociedad. Mientras la igualdad formal, propia del pensamiento liberal y fruto de la reacción frente a una sociedad estamental, parte de que todos somos iguales y, en consecuencia, hemos de recibir un mismo trato, la igualdad material se funda en la premisa contraria: la realidad muestra que no somos iguales y deviene necesaria la introducción de desigualdades con el propósito, precisamente, de serlo. Ante esta desigualdad de partida, el poder público no puede adoptar una actitud pasiva, de no injerencia, de no intervención, de dejar hacer a las propias reglas del mercado. Es necesario que adopte una actitud positiva, que no permanece ajena al problema, sino que asume un papel protagonista e interviene activamente para corregir el rumbo natural que se derivaría de la estricta aplicación de tales reglas. En consecuencia, la vertiente material del principio de igualdad nos lleva a admitir la legitimidad de un derecho desigual igualatorio (STC 229/1992), conformado por medidas de acción positiva correctoras y compensadoras de la desigualdad real, lo que implica la adopción por parte del Estado de una actividad promocional, tanto positiva (promoción de condiciones que aseguren una igualdad material y no meramente formal), como negativa (remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud).

Ciertamente, de acuerdo al art. 9.2 de la Constitución Española, corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural o social. Y el art. 49 del mismo cuerpo normativo impone a los poderes públicos la obligación de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y de amparar a este colectivo con el objeto de que puedan disfrutar de los derechos que el





título primero de la Constitución otorga a todos los ciudadanos, entre los que se encuentra el derecho al trabajo (art. 35 CE). Recogiendo esta necesidad, el art. 19 octies. Ley 56/2003<sup>150</sup> identifica a las personas con discapacidad como uno de los colectivos con especiales dificultades de integración laboral y atribuye al Gobierno y a las Comunidades Autónomas la obligación de adoptar programas específicos para fomentar su empleo. De hecho, el propio art. 17 ET, con respecto a los trabajadores con discapacidad, sólo prohíbe las diferencias de trato que tengan carácter desfavorable, por lo que indirectamente está admitiendo las medidas de acción positiva dirigidas a la integración de este concreto colectivo de profesionales.

Sin duda, la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral exige la adopción de políticas legislativas que van más allá de la clásicas medidas antidiscriminatorias, pues no basta con reconocer el derecho de las personas con discapacidad a no ser discriminadas, sino que es necesaria la aprobación de medidas que garanticen a las personas con discapacidad el efectivo ejercicio del derecho al trabajo.

### *3. Los problemas de integración laboral de las personas con discapacidad*

La integración laboral de las personas con discapacidad constituye una pieza clave para lograr su inserción en la sociedad. Sin embargo, la mayoría de las personas discapacitadas no participan en el mercado de trabajo. De hecho, dos de cada tres personas en edad de trabajar están en situación de inactividad (ni trabajan, ni buscan activamente empleo)<sup>151</sup>. En comparación, la tasa de actividad de las personas sin discapacidad entre 16 a 64 años de edad es ostensiblemente superior, alcanzando el 60,13%<sup>152</sup>.

Además, hemos de tener en cuenta que la tasa de ocupación de las personas con discapacidad varía en función del tipo y del grado de discapacidad. En la práctica, se reduce en el caso de las discapacidades sensoriales (auditivas y visuales) y se agrava en

---

<sup>150</sup> Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (BOE 17-12-2003, nº301).

<sup>151</sup> INE. Boletín informativo. Panorámica de la discapacidad en España. Encuesta de Discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia. 2008, p. 6. Los datos de esta encuesta evidencian que, del total de personas con discapacidad en edad de trabajar, sólo un 28,3% trabaja y un 7,2% se define como desempleada, por lo que el porcentaje de personas inactivas (que ni trabajan, ni buscan empleo) asciende al 64,5%; tasa que se aproxima al 70% en el caso de mujeres con discapacidad en edad de trabajar. Del estudio de VERDUGO ALONSO, M.A (Dir.). *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración; Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, 2009, p. 67, se desprende un resultado algo más esperanzador, pues advierte que el porcentaje de personas con discapacidad que buscan activamente empleo supondría un 50%.

<sup>152</sup> INE. Encuesta de población activa. Tasas de actividad, paro y empleo, por sexo y distintos grupos de edad. IVT 2008. Al objeto de poder comparar la tasa de actividad de las personas con o sin discapacidad, se ha partido de los datos correspondientes al cuarto trimestre de 2008, dado que la Encuesta de Discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia realizada por el INE obedece a ese período de tiempo y no se han efectuado nuevos estudios con posterioridad.



colectivos con limitaciones de aprendizaje y aplicación de conocimientos y desarrollo de tareas, así como con limitaciones en la interacción y en las relaciones personales<sup>153</sup>, evidenciándose además una relación inversa entre el grado de minusvalía y el acceso al empleo<sup>154</sup>.

El problema de integración laboral de las personas con discapacidad obedece a varios motivos. En primer lugar, a su baja cualificación profesional: El 44% de las personas de 18 a 44 años de edad sin discapacidad ha terminado estudios secundarios o superiores, mientras que las personas con discapacidad que, en ese mismo tramo de edad, han finalizado ese nivel de estudios sólo alcanzan el 18%<sup>155</sup>. En definitiva, la probabilidad de que las personas con discapacidad tengan estudios secundarios o superiores es un 57% inferior que en las personas sin discapacidad<sup>156</sup>. Teniendo en cuenta además que la tasa de paro asciende, en la actualidad, al 25,02% de la población activa<sup>157</sup>, aumenta la competencia y la puerta de acceso al mercado laboral se hace aún más estrecha para las personas discapacitadas.

De otro lado, la existencia de medios inaccesibles de transporte y de barreras arquitectónicas dificulta también la integración laboral de las personas con discapacidad. De hecho, el 42,9% de las personas discapacitadas tienen algún problema para desplazarse al trabajo<sup>158</sup>.

Se aprecia además una escasa concienciación social que se manifiesta en la misma negociación colectiva. En el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva correspondiente al año 2007<sup>159</sup>, los agentes sociales sí asumieron el compromiso de contribuir a la integración laboral de las personas con discapacidad y haciendo alusión a determinados colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, entre los que expresamente incluían a las personas discapacitadas, proponían que fuese un criterio de la negociación colectiva “reconocer la diversidad y facilitar la igualdad de trato y no discriminación en las condiciones laborales”. Sin embargo, la preocupante situación por la que atraviesa desde entonces nuestro mercado de trabajo ha ocupado la atención de los agentes sociales y ninguno de los acuerdos interprofesionales para la negociación colectiva suscritos con posterioridad ha recogido ninguna previsión con respecto al colectivo que nos ocupa. A mayor abundamiento, según se desprende de la estadística

---

<sup>153</sup> INE. Boletín informativo. Panorámica de la discapacidad en España. Encuesta de Discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia. 2008, p. 6.

<sup>154</sup> VERDUGO ALONSO, M.A (Dir.). *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad. op. cit.*, p. 62.

<sup>155</sup> INE. Nota de prensa. Comparación entre las poblaciones con y sin discapacidades, p. 33.

<sup>156</sup> INE. Las personas con discapacidad y su relación con el empleo. Encuesta de Población Activa. IIT 2002, p.8.

<sup>157</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Datos IIT 2012.

<sup>158</sup> INE. Las personas con discapacidad y su relación con el empleo. Encuesta de Población Activa. IIT 2002, p. 15.

<sup>159</sup> BOE 24-2-2007, nº48.



de convenios colectivos que elabora el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sólo 209 convenios de los registrados durante el año 2011 (un 5,53% sobre el total) prevén, en su articulado, la concreción de puestos preferentes para trabajadores con discapacidad<sup>160</sup>.

Se constata igualmente una reticencia empresarial a contratar personal discapacitado por el desconocimiento de la capacidad profesional de este concreto colectivo de trabajadores y por el coste que pudiera conllevar la adaptación del puesto de trabajo. Y, de hecho, esta misma reticencia empresarial disuade a las personas con discapacidad para buscar activamente empleo, pues parten de la convicción de que no van a encontrarlo<sup>161</sup>. Y de la población con discapacidad que se encuentra en situación de actividad, cerca de un 45% alega que es precisamente su condición como discapacitado, el principal motivo por el que no encuentra trabajo<sup>162</sup>.

Conviene apuntar además la influencia inhibitoria de las pensiones públicas en el acceso al mercado de trabajo, pues un porcentaje -es cierto que reducido- de las personas con discapacidad no buscan empleo porque no les compensa económicamente<sup>163</sup>. Volveremos con posterioridad sobre esta idea.

Finalmente, las políticas activas de integración en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad se condicionan a la constatación fehaciente de esta situación; exigiendo, según los casos, o el certificado de minusvalía en un determinado grado o el reconocimiento de una incapacidad permanente. Pues bien, según se desprende de los datos de la Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia realizada por el INE en el año 2008, un 64,97% de las personas con discapacidad carece de dicho certificado<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> Ministerio de Trabajo e Inmigración. Anuario de Estadísticas Laborales. Convenios colectivos. Convenios y trabajadores afectados por cláusulas especiales, según ámbito funcional, por tipo de cláusula. Total convenios. Datos a diciembre de 2008. Disponibles en Internet: <http://www.mtas.es/estadisticas/cct/CCT08EneAv/cc1/index.htm>

<sup>161</sup> INE. Encuesta de Discapacidad. Autonomía personal y situaciones de dependencia. 2008. Población con discapacidad que no está buscando empleo según el motivo por el que no lo busca por edad y sexo.

<sup>162</sup> INE. Encuesta de Discapacidad. Autonomía personal y situaciones de dependencia. 2008. Población con discapacidad que busca empleo según el motivo por el que cree que no lo encuentra por edad y sexo. Estos datos se corresponden con el resultado del estudio de VERDUGO ALONSO, M.A (Dir.). *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*. Op. Cit., p. 63, del que se desprende que un 50,1% de las personas con discapacidad alegan, como motivo de su situación de desempleo, que no les contratan.

<sup>163</sup> Concretamente, un 12,17%, según las estadísticas del INE. Encuesta de Discapacidad. Autonomía personal y situaciones de dependencia. 2008. Población con discapacidad que no está buscando empleo según el motivo por el que no lo busca por edad y sexo. Porcentaje muy próximo al que apunta VERDUGO ALONSO, M. A (Dir.). *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*. Op. Cit., p. 64 (un 10,10%).

<sup>164</sup> INE. Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia 2008. Porcentaje de personas con discapacidad según tengan o no certificado de minusvalía por edad y sexo.



## II. LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD POR EL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

El art. 136.1 LGSS define la incapacidad permanente como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad de trabajo. No obstante, el legislador establece una presunción *iuris et de iure* de incapacidad permanente con respecto a la situación invalidante que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo, aunque de hecho no se den todos los presupuestos constitutivos de esta concreto estado de necesidad<sup>165</sup>.

### 1. Los diferentes grados de invalidez

De conformidad con lo previsto en el art. 137.1 LGSS, en la redacción dada por el art. 8.Uno Ley 24/1997<sup>166</sup>, la incapacidad permanente se clasificará en diferentes grados, “en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca”; desarrollo reglamentario que debía llevarse a cabo en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor de la Ley 24/1997 y que, 15 años después, todavía no ha visto la luz. Ante la ausencia de dicho reglamento, y en aplicación de lo previsto en la DT 5ª bis LGSS<sup>167</sup>, la actual redacción del art. 137. LGSS no habría entrado todavía en vigor y, en consecuencia, ha de seguir aplicándose la regulación previa a la reforma que distinguía los siguientes grados de incapacidad: a) incapacidad permanente parcial; b) incapacidad permanente total; c) incapacidad permanente absoluta; y d) gran invalidez.

Se entiende por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma (art. 137.3 LGSS en su anterior redacción, aún vigente).

La incapacidad permanente total es aquella que inhabilita al trabajador para la realización de todas o las más importantes tareas de la profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 137.4 LGSS). Según el Tribunal Supremo, el citado art. 137.4 LGSS posee un carácter eminentemente profesional, “*vinculando la*

---

<sup>165</sup> VILLA GIL, L.E; DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social*. 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 1979, p. 510.

<sup>166</sup> Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social (BOE 16-7-1997, nº169).

<sup>167</sup> Añadida por el art. 8.Dos Ley 24/1997 y conforme a la cual, la modificación introducida en el art. 137 LGSS únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del precepto mencionado.



*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”<sup>168</sup>*. Además, es importante tener presente que la incapacidad permanente total no sólo opera cuando las afecciones anatómicas o funcionales imposibilitan la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, sino también cuando impiden ejecutarlas con la profesionalidad, continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia que la relación laboral exige. La realización de un quehacer asalariado implica no sólo la posibilidad de efectuar cualquier faena o tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros.

Por su parte, se considera incapacidad permanente absoluta la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio (art. 137.6 LGSS), de lo que parece deducirse que la invalidez merecerá tal calificación cuanto al trabajador no le resta capacidad laboral alguna, aunque ya veremos que, en la práctica, no es así.

Y, por último, se entiende por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funciones, necesite de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 137.6 LGSS). En definitiva, la declaración de gran invalidez valora no sólo la capacidad laboral residual del sujeto, sino también su aptitud para desenvolverse en otros ámbitos de la vida.

Como se aprecia de lo expuesto, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, la calificación de la incapacidad tiene un carácter eminentemente profesional que pone en conexión las secuelas o dolencias resultantes con la capacidad funcional y laboral del sujeto. En efecto, la determinación de la existencia de incapacidad, así como su grado, ha de realizarse atendiendo a las limitaciones funcionales del trabajador, derivadas de su patología, en cuanto tales determinan la efectiva restricción de su capacidad laboral. Por ello, lo determinante no es la enfermedad que se padece, sino el déficit funcional u orgánico que la misma provoca, quedando fuera de consideración las circunstancias subjetivas relativas a la edad o a la preparación profesional, así como las restantes de tipo económico y social

---

<sup>168</sup> SSTS 28-1-2002, R° 1651/2001, 28-7-2003, R° 3669/2002, y 2-3-2004, R° 1175/2003.



que concurren. Y a este respecto, resulta intrascendente el reconocimiento de la condición de minusválido, dado que obedece a una finalidad y a criterios distintos<sup>169</sup>.

Por otro lado, las limitaciones funcionales han de ponerse en relación con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la profesión habitual del trabajador o, en general, con cualquier otra profesión u oficio, de donde se derivará la existencia de incapacidad permanente y su concreta graduación. En definitiva, el carácter marcadamente profesional de nuestro sistema de Seguridad Social exige que se valore la capacidad laboral residual que dejan en el afectado las secuelas tenidas como definitivas. Esto explica que unas mismas lesiones y secuelas puedan ser constitutivas o no de invalidez permanente, lo que hace prácticamente imposible la aplicación de soluciones homogéneas en esta materia.

## 2. La intensidad de la protección

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual consiste en una cantidad a tanto alzado que, como tal, se abona en un único pago y cuya cuantía asciende a 24 mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación por incapacidad temporal de la que se derive dicha incapacidad (arts. 139.1 LGSS y 9 D. 1646/1972<sup>170</sup>). En los supuestos en que no existiera incapacidad temporal previa, por carecer de tal protección el beneficiario, se tomará como base reguladora la que hubiera correspondido por incapacidad temporal, de haber tenido derecho a dicha prestación.

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente, en los grados de total, absoluta y gran invalidez, consistirá en una pensión vitalicia cuyo importe se calcula aplicando un determinado porcentaje a una base reguladora. No obstante lo

---

<sup>169</sup> Ciertamente, según el art. 1 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3-12-2003, nº289), se considera que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% “los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. Pero hemos de tener en cuenta que esta equiparación se refiere únicamente a “los efectos de esta ley”, por lo que no reviste alcance general. Y es que la declaración de incapacidad para el trabajo y el reconocimiento de un determinado grado de minusvalía toman en consideración facetas muy diferentes de la realidad. Si la definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; la definición de la minusvalía incluye otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados (SSTS 21-3-2007, Rº 3872/2005 y 3902/2005, entre otras muchas).

<sup>170</sup> D. 1646/1972, de 23 de junio, por el que se desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (BOE 28-6-1972, nº154).





anterior, la pensión por incapacidad permanente total puede ser sustituida, excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado (arts. 139.2 y 3.3 D. 1646/1972), siempre y cuando el beneficiario cumpla los requisitos exigidos por la O. 31-7-1972<sup>171</sup>: a) que se trate de un trabajador menor de sesenta años; b) que se presuma que las lesiones determinantes de la incapacidad no son susceptibles de una modificación que dé lugar, en lo sucesivo, a una revisión de la incapacidad declarada; c) que el beneficiario realice trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena, o acredite que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo, siempre que demuestre tener aptitud suficiente para el ejercicio de la actividad de que se trate; y d) que se solicite dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o sentencia firme que le reconozca el derecho a la pensión o, si fuese menor de 21 años de edad en dicha fecha, dentro de los tres años siguientes al día en que cumpla dicha edad.

La cuantía de dicha indemnización varía en función de la edad del beneficiario y oscila entre 12 y 84 mensualidades de la pensión según la escala prevista en el art. 5 O. 31-7-1972, tal y como se desglosa en la siguiente tabla:

<b>EDAD</b>	<b>NÚM. MENSUALIDADES</b>
Menos de 54 años	84
54	72
55	60
56	48
57	36
58	24
59	12

## 2.1 El porcentaje aplicable

La prestación por incapacidad permanente total representa un 55% de la base reguladora (arts. 139.2 LGSS y 12.2 D. 3158/1966<sup>172</sup>). Ahora bien, aun siendo la prestación compatible con el trabajo, el ordenamiento también valora la posibilidad real, efectiva, de realizar una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, de forma que si, dadas las circunstancias concurrentes, resulta poco probable que el beneficiario pueda obtener otra fuente de ingresos, la cuantía de la prestación se incrementa. Es lo que ocurre con la incapacidad permanente total cualificada, pues de conformidad con lo previsto en el art.

---

<sup>171</sup> O. 31-7-1972, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del D. 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (BOE 11-8-1972, nº192).

<sup>172</sup> D. 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE 30-12-1966, nº312).



139.2 LGSS, en relación con el art. 6 D. 1646/1972, los declarados afectos a una incapacidad permanente total para su profesión habitual verán incrementada su pensión en un 20% cuando por su edad, su falta de preparación general o de especialización, o por las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener un empleo en actividad distinta a la habitual. En definitiva, en tales casos, concurren una serie de factores de los que se deriva una mayor dificultad en la capacidad de ganancia (STC 137/1997) y que justifican una mayor protección del sistema. Lo que ocurre es que, en la práctica, la especial protección que merece la incapacidad permanente cualificada sólo ha tenido virtualidad para el grupo de inválidos de más edad<sup>173</sup>.

La pensión de invalidez, en su grado de absoluta, asciende a un 100% de la base reguladora (arts. 12.4 D. 3158/1966 y 17 O. 15-4-1969<sup>174</sup>). Y si el trabajador es calificado de gran inválido, el importe de la pensión se incrementará con un complemento, destinado a que el sujeto pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente (art. 139.4 LGSS). En ningún caso, el complemento podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

## 2.2 La base reguladora

La base reguladora se obtiene de distinta manera en función de cuál sea la causa de la que derive la incapacidad. De ahí que abordemos este tema diferenciando los siguientes supuestos:

§ Incapacidad permanente derivada de enfermedad común (con independencia del grado) o de accidente no laboral (en los grados de absoluta o gran invalidez, siempre y cuando se acceda a la pensión desde una situación de no alta): A raíz de la reforma introducida por la Ley 26/1985<sup>175</sup>, el arco temporal computable en el cálculo de la base reguladora se amplió sustancialmente. Antes de la reforma, la base reguladora de la incapacidad permanente por contingencias comunes suponía el resultado de dividir entre 28 la suma de las bases de cotización de un período ininterrumpido de 24 meses;

---

<sup>173</sup> DESDENTADO BONETE, A. La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº4, p. 74.

<sup>174</sup> O. 15-4-1969, por la que se regulan las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 8-5-1969, nº110).

<sup>175</sup> Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora (BOE 1-8-1985, nº183).



período elegido por el propio interesado dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se causase el derecho a la prestación.

La modificación introducida por la Ley 26/1985 cuadruplicó el período computado y, en su virtud, la base reguladora de la pensión de invalidez permanente derivada de enfermedad común es el cociente de dividir por 112, las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante; regla que resulta también aplicable respecto de las pensiones de invalidez permanente derivada de accidente no laboral en los grados de absoluta o gran invalidez cuando el beneficiario no se encuentre en alta o situación asimilada.

Con motivo de la reforma operada por la Ley 40/2007, al resultado obtenido, se aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el art. 163.1 LGSS (relativo a la cuantía de la pensión de jubilación), considerándose a tal efecto como cotizados los años que resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad legal de jubilación [art. 140.1.b) LGSS]. En el caso de que el beneficiario no acreditara quince años cotizados –que, como sabemos, es el período mínimo exigido para devengar la pensión de jubilación- el porcentaje aplicable será del 50%. Finalmente, se aplicará el porcentaje que corresponda en función del grado de incapacidad. § Incapacidad permanente derivada accidente no laboral. En caso de incapacidad permanente por accidente no laboral en los siguientes supuestos: a) incapacidad permanente total, b) incapacidad permanente absoluta o gran invalidez siempre y cuando los interesados se encuentren en alta o situación asimilada<sup>176</sup>, el cálculo de la base reguladora se rige por criterios específicos, al margen de la regla general; una regla que, como sabemos, fue introducida por la Ley 26/1985. Pues bien, su reglamento de desarrollo (el RD 1799/1985<sup>177</sup>) mantuvo vigente la regulación anterior a la Ley con respecto a la incapacidad permanente derivada de accidente no laboral. Según lo establecido en su art. 5.4 *“el cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente total, invalidez permanente absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente no laboral, en que los beneficiarios se encontrasen en situación de alta o asimilada a la de alta, continuará rigiéndose por las normas ya en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985.”* Por lo tanto, la base reguladora se calcula –en tales casos- en base a los arts. 15.2.a) O. 15-4-1969 y 7 D. 1646/1972.

Existe así una norma no derogada que establece específicamente el criterio de cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente por accidente no laboral, conforme a la cual la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del trabajador durante un período ininterrumpido de 24

---

<sup>176</sup> Pues ya hemos visto que si los interesados no se encontraran en alta o en situación asimilada al alta, la base reguladora se calcularía conforme a la regla general desarrollada en el apartado anterior.

<sup>177</sup> RD 1799/1985, de 2 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 26/1985, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de la Seguridad Social (BOE 5-10-1985, nº239).



meses naturales, período que será elegido por el interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante.

§ Incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional). Cuando la prestación deriva de una contingencia profesional, la base reguladora de las pensiones se calcula así sobre los salarios reales abonados al trabajador, según los criterios de cálculo establecidos en el D. 22-6-1956<sup>178</sup>. El módulo de referencia no es por tanto la base de cotización, sino la retribución efectivamente percibida por el beneficiario; criterio de cálculo que privilegia, sin duda, los riesgos profesionales con respecto a los comunes. Así es, a efectos del cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales, la DT. 1ª D. 1646/1972 mantuvo la vigencia de la legislación anterior. En consecuencia, resulta de aplicación, según lo establecido en el art. 15.2.b) O. 15-4-1969, las normas previstas en el capítulo V del Reglamento aprobado por el D. 22-6-1956, que establecen una serie de pautas para determinar el salario regulador de las prestaciones por incapacidad permanente cuando traigan su causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional.

### 2.3 El abono de la prestación

Cuando se trate de indemnizaciones, el pago se realiza de una sola vez en la cuantía que corresponda.

Cuando se trata de pensiones, el pago se realiza de forma periódica: a) Las pensiones derivadas de enfermedad común y accidente no laboral se abonan en catorce pagas, una por cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias al año que se hacen efectivas junto con las mensualidades de junio y de noviembre y por el mismo importe que el de la mensualidad ordinaria correspondiente a dicho mes; y b) Las pensiones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional se abonan en 12 mensualidades, ya que las pagas extraordinarias están prorrateadas dentro de las mensualidades ordinarias, al haber sido tenidas en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión.

La indemnización correspondiente a la incapacidad permanente parcial y la pensión por incapacidad permanente total están sujetas a tributación, en los términos establecidos en las normas reguladoras del impuesto sobre la renta de las personas físicas. Sin embargo, las pensiones de incapacidad permanente absoluta y las de gran invalidez están exentas de retención.

---

<sup>178</sup> D. 22-6-1956, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y el reglamento para su aplicación (BOE 15-7-1956, nº197).



### III. LA COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE

#### 1. *La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente parcial*

Ya hemos visto que la incapacidad permanente parcial se define como aquella que ocasiona una disminución del rendimiento normal en un porcentaje no inferior a un 33%, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la profesión habitual. Y precisamente por ello, la protección del sistema no se concreta en una pensión de carácter vitalicio, sino en una indemnización a tanto alzado. Por lo expuesto, la compatibilidad de la situación de incapacidad con el trabajo remunerado está implícita en el propio concepto de este grado de incapacidad<sup>179</sup>.

#### 2. *La compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad permanente total*

##### 2.1 La necesaria delimitación del concepto profesión habitual

Teniendo en cuenta que la incapacidad permanente total se define como aquella que inhabilita al trabajador para la realización de todas o las más importantes tareas de la profesión habitual, pero no le impide dedicarse a otra profesión distinta, el análisis de la compatibilidad entre el trabajo y este concreto grado de invalidez, exige necesariamente la previa delimitación del concepto de profesión habitual.

De conformidad con lo establecido en el art. 137.2 LGSS (en la redacción previa a la Ley 24/1997 que, como hemos visto, continúa siendo aplicable), “*se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.*”

En caso de accidente, la literalidad del art. 137.2 LGSS está confiriendo a las labores que se desarrollan al sobrevenir la contingencia causante y con las que se obtenía un medio de vida fundamental, el carácter de profesión habitual, aunque con anterioridad o posterioridad al accidente, el trabajador hubiera desempeñado otro tipo de trabajos. De esta forma, la profesión habitual no es la desempeñada en la fecha de la emisión del dictamen del EVI, sino la ejercida en el momento en que se produjeron las lesiones de

---

<sup>179</sup> LEONÉS SALIDO, J.M. ¿Es compatible el cobro de la pensión de invalidez permanente con la realización de un trabajo? *Relaciones Laborales*, 1993, vol. I, pp. 1311 a 1320. ROQUETA BUJ, Remedios. *La incapacidad permanente*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 235.



las que se derivaron las reducciones anatómicas o funcionales graves de carácter definitivo y determinación objetiva, susceptibles de mermar la capacidad laboral<sup>180</sup>.

En el caso de la enfermedad común o profesional, el art. 137.2 LGSS define la profesión habitual como *“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”*; determinación que se realiza por el art. 11.2 O. 15-4-1969 que concreta dicho período en el lapso de doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez. El problema es que esta regulación no satisface la especial situación que se produce cuando la enfermedad aflora con posterioridad a la fecha en que ésta se contrajo (p.e.: patologías de carácter insidioso latente y larga evolución). En opinión del Tribunal Supremo ha de tomarse en consideración, en tales casos, la profesión que se realizaba en la fecha en que se contrajo<sup>181</sup>.

De otro lado, se evidencia que el precepto considera profesión habitual la última, la desempeñada en el momento de sobrevenir el accidente, por lo que parte de un hito temporal determinado, de una foto fija que puede provocar disfunciones, pues, en carreras profesionales irregulares, es posible que la última profesión ejercida, no sea la habitual por lo que dicho hito no debería servirnos como referencia para definir el perfil laboral del trabajador. Pues bien, ha sido el Tribunal Supremo el que, en la práctica, ha venido corrigiendo este problema, considerando que la profesión “habitual” es la ejercida prolongadamente, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la propia situación invalidante<sup>182</sup>.

Además, hemos de tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que la referencia a la profesión habitual abarca todas las funciones propias de la misma. Inicialmente, el Tribunal Central de Trabajo partió de una interpretación mucho más restrictiva, pues identificó la profesión habitual con el conjunto de trabajos que constituían el contenido del puesto desempeñado por el trabajador, al margen de los correspondientes a su categoría profesional<sup>183</sup>. Pero esta tesis interpretativa fue posteriormente superada por otra que pasó a identificar la profesión habitual con el conjunto de tareas que conforman la categoría profesional del trabajador<sup>184</sup>. Pues bien, esta última corriente del Tribunal Central de Trabajo, fue acogida por el Tribunal

---

<sup>180</sup> SSTs 31-5-1996, R° 2759/1995, 9-2-2000, R° 1545/1999, 23-11-2000, R° 3533/1999 y 8-6-2005, R° 1678/2004.

<sup>181</sup> STS 18-1-2007, R° 2827/2005.

<sup>182</sup> SSTs 7-2-2000, R° 1595/2001, y 9-12-2002, R° 1197/2002.

<sup>183</sup> STCT 24-5-1975, RTCT 1975\2648

<sup>184</sup> SSTCT 1-3-1977, RTCT 1977\1210, 15-4-1977, RTCT 1977\2080, 20-9-1982, RTCT 1982\4832, 6-2-1986, RTCT 1986\720.





Supremo en su STS 17-1-1989, RJ 1989\259<sup>185</sup>, en la que concluyó que la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica. Por lo tanto, según esta consolidada corriente jurisprudencial, a efectos de la calificación de la incapacidad permanente, no sólo han de tenerse en cuenta las concretas funciones que el trabajador afectado se encontrara desempeñando antes de la actualización de la contingencia causante, sino todas las que integran objetivamente su profesión, las cuales vienen delimitadas por el sistema de clasificación profesional y el alcance del *ius variandi* empresarial, de conformidad con la normativa laboral aplicable.

La LGSS de 1994, por su parte, se limitó a realizar una concreción meramente temporal de qué había de entenderse por profesión habitual, sin especificar cuál era el ámbito funcional que ha de tenerse en cuenta para establecer la incidencia de las lesiones en la reducción de la capacidad de trabajo. No obstante lo anterior, la Ley 24/1997 dio una nueva redacción al art. 137 LGSS y, en su virtud, a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendría 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.* Aunque la ausencia de desarrollo reglamentario impidió la entrada en vigor de esta modificación legislativa, la redacción del precepto evidenciaba la voluntad del legislador de acoger una interpretación mucho más amplia, pues desaparecía la referencia a la “profesión habitual”, y se ponía en conexión la capacidad de trabajo con el grupo profesional en que quedara encuadrada la profesión que ejercía el interesado. Por lo expuesto, y tal y como ya advirtió la doctrina<sup>186</sup>, la aplicación de este criterio hubiera provocado el reconocimiento de menos incapacidades permanentes totales.

Pero, como sabemos, está nueva redacción no se encuentra aún vigente. Y, de hecho, el Tribunal Supremo ha descartado la conexión entre profesión habitual y grupo profesional<sup>187</sup>. En opinión de la Sala 4ª, estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de su profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria.

---

<sup>185</sup> Seguida, entre otras, por las SSTs de 15-10-2004, R° 5809/2003, 29-10-2004, R° 5644/03, 19-11-2004, R° 1133/2004, 26-11-2004, R° 4266/2003, 27-1-2005, R° 981/2004.

<sup>186</sup> LÓPEZ GANDÍA, J y TOSCANI GIMÉNEZ, D. *Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto*. El Derecho, 2011, p. 177.

<sup>187</sup> STS 28-2-2005, R° 1591/2004.



Esta consolidada corriente jurisprudencial que conecta la profesión habitual con las funciones que el trabajador está cualificado para realizar y a las que la empresa puede destinarle en movilidad funcional, se ha aplicado en pronunciamientos recientes, relativos al reconocimiento y calificación de la incapacidad permanente en supuestos en los que el sujeto afectado había sido destinado a una segunda actividad. A este respecto, hemos de tener en cuenta que la situación de segunda actividad está contemplada tanto a nivel estatal, como autonómico y local, en el ámbito de profesiones realizadas por funcionarios públicos que exigen una determinada aptitud física para el desempeño ordinario de las tareas que tienen encomendadas<sup>188</sup> (como bomberos o policías).

Pues bien, en tales casos, a efectos de determinar la existencia de una situación de incapacidad y de concretar su alcance, ¿cuáles son las concretas funciones que han de ser tenidas en cuenta? Si concluimos que las correspondientes a la primera actividad, hemos de aceptar, de un lado, la existencia de una incapacidad permanente en el grado de total y, de otro, la compatibilidad de la pensión con el salario percibido en el nuevo destino. Por el contrario, si concluimos que las funciones que han de tomarse en consideración son las correspondientes a la segunda actividad, no podríamos admitir la existencia de situación de necesidad alguna, pues las secuelas que padece el individuo no le impiden la realización de funciones que son igualmente propias de su profesión, aunque no constituyan su núcleo esencial. Pero cabe, incluso, una tercera interpretación que consiste en valorar tanto las funciones correspondientes a la primera actividad, como las propias de la segunda, teniendo en cuenta que unas y otras quedan encuadradas en la misma profesión. El criterio del Tribunal Supremo, en coherencia con la corriente jurisprudencial anteriormente apuntada, sigue cabalmente esta tercera interpretación. Y de esta forma, a efectos de determinar la merma de capacidad que pudiera aquejar al interesado, la valoración ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual, por lo que no puede limitarse ni a las funciones correspondientes a la primera actividad, ni a las propias de la segunda<sup>189</sup>.

Para concluir, conviene advertir que el art. 8 Ley 3/2012 ha modificado el art. 22 ET y, en su virtud, el sistema de clasificación profesional deberá realizarse necesariamente por grupos, no admitiéndose las clásicas categorías profesionales; lo que favorece una mayor flexibilidad interna de las empresas e incrementa las facultades organizativas del empresario. Esta regulación, en la medida en que amplía los límites de la movilidad funcional, tendría una clara repercusión en el reconocimiento y la calificación de la incapacidad permanente (teniendo en cuenta el concepto de profesión habitual que maneja el Tribunal Supremo), si no hubiera sido porque el 1-1-2013 entra en vigor la

---

<sup>188</sup> ÁLVAREZ MORENO, A. Las prestaciones por incapacidad permanente y por gran invalidez. En: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs). *La reforma de la Seguridad Social 2011*. Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 99.

<sup>189</sup> SSTs 23-2-2006, R° 5135/2004, 10-6-2008, R° 256/2007, 25-3-2009, R° 3402/2007, 10-10-2011, R° 4611/2010, 22-5-2012, R° 2111/2011, 7-6-2012, R° 1939/2011.



nueva redacción del art. 141.1 LGSS que vincula la incapacidad permanente total con las concretas funciones desempeñadas por el trabajador, al margen de las que pudiera desempeñar con base en su clasificación profesional.

## 2.2 La compatibilidad entre la pensión por la incapacidad permanente total y el desempeño de una profesión distinta a la habitual

- a.) De conformidad con el art. 141.1 LGSS en la redacción previa a la entrada en vigor de la Ley 27/2011

De conformidad con el art. 141.1 LGSS en la redacción actualmente vigente<sup>190</sup>, en caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma o en distinta empresa, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente; términos que son recogidos en el 24.3 O. 15-4-1969 -precepto que se mantiene tras la vigencia del RD 1300/1995<sup>191</sup>-, y que son inequívocamente expresivos de la compatibilidad del cobro de la pensión con la percepción de un salario, aunque fuese en la misma empresa.

Pues bien, aunque la redacción actual del art. 141.1 LGSS no lo diga de forma expresa, partiendo del propio concepto de incapacidad permanente total, se entiende que la compatibilidad con el salario se predica únicamente con motivo del ejercicio de una profesión distinta a la habitual<sup>192</sup>. En esencia, entre la prestación por incapacidad permanente total y el desempeño de la profesión habitual existe una incompatibilidad esencial. Como afirma la doctrina más solvente, la inactividad en la profesión a que se refiera la incapacidad permanente total constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de incapacidad permanente total, que es aquel que inhabilita al trabajador para realizar las tareas de una determinada profesión, pudiendo destinarse a otra distinta<sup>193</sup>. En palabras del propio Tribunal Supremo, la pensión de invalidez total tiene una función de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual. Ello comporta su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido (se supone con esfuerzo

---

<sup>190</sup> Pues téngase en cuenta que en el momento de cierre del presente estudio (9-11-2012), la modificación legislativa operada por el art. 3.Dos Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2-8-2011, nº184) no ha entrado todavía en vigor, dado que su DF 12ª la ha postergado hasta el 1-1-2013.

<sup>191</sup> RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30-12-1994, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 19-08-1995, nº198).

<sup>192</sup> ROQUETA BUJ, R. *La incapacidad permanente*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 235.

<sup>193</sup> ROQUETA BUJ, R. El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, nº29, pp. 112 y 113.



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<sup>194</sup>.

No obstante, parte de la doctrina considera que la normativa sí permite un pequeño margen de actuación a los trabajadores declarados en incapacidad permanente total dentro del terrero de su profesión habitual<sup>195</sup>. Esta corriente doctrinal entiende que el trabajador, aunque no pueda desarrollar el núcleo fundamental de su profesión habitual, sí podría mantener una prestación aceptable en alguna de sus funciones no fundamentales, lo que puede ser de interés para el empleador. Además, si su prestación fuera deficiente podría aplicarse el art. 24.3 Orden 15-4-1969, que prevé una reducción del salario en proporción a la mengua del rendimiento. En efecto, este precepto, en orden a fomentar la ocupación de los trabajadores con discapacidad, autoriza a las empresas a que puedan reducirles el salario hasta un determinado importe (no más del 50% de la cuantía de la pensión), si bien sólo en los casos en los que la reducción de su capacidad laboral incida en el nuevo puesto a desempeñar y contando con la plena conformidad del interesado, lo que significa que estos trabajadores pueden emplearse incluso en trabajos para los que tengan afectada su capacidad laboral. Esta medida se caracteriza, en primer lugar, por su origen paccionado. Y, en segundo, por establecer un límite de reducción del salario (el 50%), pero no una garantía de salario mínimo. A este respecto, se plantea la duda de si cabría la posibilidad de abonar al trabajador una retribución inferior al Salario Mínimo Interprofesional o resultaría de aplicación, con carácter supletorio, el art. 27 ET. Pues bien, esta corriente doctrinal se inclina por la primera opción, en la medida en que, en tal caso, se permite la compatibilidad entre el salario y la prestación por incapacidad permanente total, en base a lo previsto en el art. 141 LGSS<sup>196</sup>. En consecuencia, esta disminución de las rentas de activo justificaría, por tanto, el percibo de una renta de sustitución que, como sabemos, alcanza el 55% de la base reguladora de la prestación.

En consecuencia, el art. 141.1 LGSS no formula una regla de incompatibilidad respecto a trabajos correspondientes a profesiones distintas de la de referencia, sino que lo que establece es un principio general de compatibilidad, aunque condiciona su alcance a lo que se determine reglamentariamente. Esa determinación tendría que abordarse en la Orden 15-4-1969, pero es necesario advertir que tampoco contiene limitación alguna de compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario obtenido con ocasión del ejercicio de una profesión diferente a la habitual.

Tradicionalmente, el INSS venía entendiendo que la situación de incapacidad permanente total y la prestación económica correspondiente, por su propia naturaleza, resultaban incompatibles con la realización de un trabajo que supusiera el desarrollo de

---

<sup>194</sup> STS 18-1-2002, R° 2479/2001.

<sup>195</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 250.

<sup>196</sup> Ídem, p. 347.



esfuerzos para los que el pensionista se encontraba incapacitado, acordando en tal caso, la suspensión del abono de la pensión. El problema se centraba de esta manera en determinar si bastaba con que se tratase de una profesión diferente a aquélla respecto de la que la incapacidad fue declarada, o si podían y debían ponerse en relación las dolencias que causaron la declaración de incapacidad con las actividades propias de la nueva y diferente profesión desempeñada. En opinión del Tribunal Supremo, el art. 137 LGSS vincula la incapacidad permanente total a la imposibilidad del trabajador para desarrollar las tareas fundamentales de la profesión concreta que realizaba, pero del precepto no se desprende una comparación hacia el futuro, pues dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de incapacidad permanente total para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuros trabajos, es crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa.

La única incapacidad permanente que exige un examen completo de toda la capacidad funcional y laboral de una persona es la absoluta –y, por supuesto, la gran invalidez–; el resto, esto es la parcial y la total, exige un análisis concreto de unas determinadas lesiones en comparación con una determinada profesión. A lo que no autoriza la ley es a comparar unas determinadas lesiones con las profesiones que pueda ejercitar en el futuro una persona, sino es con fines revisorios.

Ciertamente, el legislador pudo haber estimado que, puesto que se reconocía al sujeto en situación de incapacidad permanente total una pensión vitalicia, tal circunstancia era incompatible con el desempeño de determinados trabajos. Sin embargo, ha optado por un criterio general de compatibilidad del cobro de la pensión con la retribución correspondiente a un trabajo distinto<sup>197</sup>. Por lo expuesto, si el pensionista desarrolla una profesión distinta a aquélla para la que fue declarado en situación de incapacidad permanente total, resulta innecesario analizar si las secuelas que fueron tenidas en cuenta para esa declaración también le inhabilitan para la realización de las tareas básicas de la profesión nueva; pues aunque ello ocurriese, estaríamos ante un supuesto de afectación de la capacidad que permitiría a empresario y trabajador mermar la retribución de los servicios prestados, pero nunca les obligaría a hacerlo.

Especialmente ejemplificadora de lo expuesto resulta la STS 2-3-2004, Rº 1175/2003, que declara la compatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total para la profesión de albañil encargado, por cuenta ajena, con el salario percibido con motivo de la realización de funciones como azujelista autónomo, dado que tales trabajos pueden realizarse sin estar sujeto a un horario y a una actividad ininterrumpida laboral, en donde son factibles tareas que no exijan esfuerzo físico, manejo de pesos y posturas forzadas. Además, argumenta el Tribunal, el trabajador autónomo puede utilizar el servicio remunerado de otras personas y ser titular de empresas individuales y

---

<sup>197</sup> SSTs 28-1-2002, Rº 1651/2001, 28-7-2003, Rº 3669/2002, 2-3-2004, Rº 1175/2003, 15-10-2004, Rº 5809/2003, 19-11-2004, Rº 1133/2004, 27-1-2005, Rº 981/2004, 20-9-2005, Rº 3115/2004, 10-10-2005, Rº 3111/2004, 20-3-2006, Rº 3550/2004 y 17-5-2006, Rº 1571/2005.



familiares. Pero en todo caso, concluye, *“nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por invalidez total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquella para la que ha sido declarado incapaz.”*

Ahora bien, la regla de compatibilidad apuntada no impide que la Administración, con base en la realización de una actividad lucrativa por parte del beneficiario de la pensión, puede instar la revisión de la incapacidad. De hecho, el art. 2 RD 1071/1984<sup>198</sup> obliga a 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 propia o ajena, a comunicar tal circunstancia a la entidad gestora competente. .

Sabemos que toda resolución por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, ha de indicar el plazo a partir del cual se puede instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional. No obstante lo anterior, si el pensionista estuviera ejerciendo cualquier trabajo, el INSS podrá promover de oficio la revisión de la incapacidad, con independencia de que no haya transcurrido el plazo señalado en la resolución. Pues bien, la normativa de desarrollo de ese procedimiento de revisión se contiene en la sección IV de la Orden de 18-1-1996<sup>199</sup>, cuyo art. 18 regula tanto la revisión por agravación, mejoría o error de diagnóstico, como la revisión basada en razón a que el percceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, estableciéndose en dicho apartado que si el procedimiento se hubiera iniciado por tal causa, y no se hubiera constatado error de diagnóstico y mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección del INSS actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, podrá acordar la suspensión de aquélla, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el art. 141.2 LGSS.

El problema es que si nos remitimos a dicho precepto legal (el art. 141.2 LGSS) nos encontramos con que en el mismo lo que se dispone es que las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Nada se dice en dicho apartado, sobre la incapacidad permanente total. Precisamente por ello, el Tribunal Supremo ha concluido que la Orden 18-1-1996 permite que el INSS suspenda 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 una gran

---

<sup>198</sup> RD 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos de la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social (BOE 7-6-1984, nº136).

<sup>199</sup> Orden 18-1-1996, por la que se aplica y desarrolla el RD 1300/1995, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social (BOE 26-1-1996, nº23).





invalidez y la actividad del beneficiario excede de lo previsto en el segundo apartado del art. 141 LGSS, *“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”*<sup>200</sup>. En consecuencia, partiendo de que el legislador no autoriza al INSS para acordar la suspensión de la prestación, será necesario que, en tales casos, la entidad gestora acuda al Juzgado de lo Social para solicitarla<sup>201</sup>.

Por último, y al margen de todo lo anteriormente expuesto, hemos de tener en cuenta la plena incompatibilidad de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia con el incremento del 20% correspondiente a la incapacidad permanente cualificada. El segundo párrafo del art. 141.1 LGSS prevé la posibilidad de que se determine (se entiende que de forma reglamentaria), la incompatibilidad entre la percepción del incremento correspondiente a la incapacidad permanente total cualificada y la realización de un trabajo por cuenta propia o ajena. Pues bien, el art. 6.4 D. 1646/1972 dispone que el incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo.

b.) Tras la reforma operada por la Ley 27/2011

Con motivo de la reforma llevada a cabo por el art. 3.Dos Ley 27/2011, a partir del 1-1-2013<sup>202</sup>, el primer párrafo del apartado 1 del art. 141 LGSS queda redactado en los siguientes términos: *“En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla 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”*.

Esta nueva redacción del art. 141.1 LGSS obedece a la enmienda nº188 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió (GPCIU), que justificó su propuesta como una mejora técnica con la que clarificar la compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total con la realización de funciones distintas a las que habitualmente se venían realizando, *“como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad, como pueden ser los bomberos y policías”*. Lo que ocurre es que, al margen del concreto propósito perseguido por la enmienda, lo que queda para el futuro es la simple literalidad de la norma que no limita la compatibilidad a aquellos colectivos que pueden asumir funciones llamadas de segunda actividad<sup>203</sup>. En consecuencia, a partir del 1-1-2013, la

---

<sup>200</sup> STS 3-5-2005, Rº 1113/2004.

<sup>201</sup> *In extenso*: RON LATAS, R.P.. ¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el trabajo, suspendiendo su percibo? *Aranzadi Social*, 2006, vol. III, pp. 2951 a 2956.

<sup>202</sup> De conformidad con lo establecido en la DF 12ª Ley 27/2011.

<sup>203</sup> ÁLVAREZ MORENO, A. Las prestaciones por incapacidad permanente y por gran invalidez. En: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dirs). *La reforma de la Seguridad Social 2011*. Op. Cit. p. 98.



compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta se condiciona a que las nuevas funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la propia pensión.

De lo expuesto se deduce la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente total con la realización de funciones que pueden resultar propias de la profesión habitual del sujeto, lo que supone una alteración determinante del concepto mismo de este concreto grado de incapacidad. Ciertamente, la reforma de la Ley 27/2011 no ha alcanzado al art. 137 LGSS que, en consecuencia, continúa definiendo la incapacidad permanente total como aquélla que inhabilita para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que el sujeto pueda dedicarse a otra distinta. La interpretación de este precepto a la luz de la nueva redacción del art. 141.1 LGSS nos lleva a conectar la profesión habitual con las concretas funciones que dieron lugar a la incapacidad permanente total, al margen de las que pudiera desempeñar el individuo con base en el *ius variandi* empresarial.

Esta nueva definición supone la recepción, por parte del legislador, de la tesis restrictiva construida originariamente por el Tribunal Central de Trabajo, que entra en clara colisión con el criterio consolidado del Tribunal Supremo que, a efectos de determinar la existencia de una incapacidad permanente en grado de total, ponía en conexión la capacidad funcional del individuo con todas las funciones que integraban objetivamente la profesión habitual. Si a partir del 1-1-2013, la pensión correspondiente resulta 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, no sólo se amplía el ámbito funcional de la regla general de compatibilidad contenida en el art. 141.1 LGSS, sino que, al mismo tiempo, se facilita el acceso a la protección del sistema<sup>204</sup>; lo que no se corresponde ni con la progresiva flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012<sup>205</sup>, no con la lógica de racionalización del gasto que inspira la misma Ley 27/2011.

Al margen de lo anterior, esta regulación coloca a determinados colectivos en una posición muy ventajosa respecto al resto de trabajadores que, cuando son declarados en situación de incapacidad permanente total, no tienen garantizada una “segunda actividad”, un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones que tuvieran derecho a percibir por el anterior<sup>206</sup>. Y de ahí que la

---

<sup>204</sup> En contra: PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J. La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: Del Estado del bienestar al Estado asistencial. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, nº29-30, p. 250, quien considera que la nueva redacción del precepto implica una mayor dificultad para acceder a esa situación.

<sup>205</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-2012, nº162).

<sup>206</sup> En el mismo sentido: ÁLVAREZ MORENO, A. Las prestaciones por incapacidad permanente y por gran invalidez. En: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.). *La reforma de la Seguridad Social 2011*. Op. Cit. pp. 98 y 99.



compatibilidad que se desprende del art. 141.1 LGSS, en su nueva redacción, se haya calificado por la doctrina como un privilegio sin ninguna justificación razonable, dada la finalidad de la pensión de sustituir las rentas de activo<sup>207</sup>.

### 3. *La compatibilidad del trabajo con la incapacidad permanente absoluta o con la gran invalidez.*

#### 3.1 Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011

De conformidad con el art. 141.2 LGSS, en la redacción vigente a la fecha de cierre del presente estudio, las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Como se aprecia de lo expuesto, son dos los elementos que han de concurrir para que opere la regla de compatibilidad: el primero se refiere al estado del inválido, en lo que fácilmente se comprende como mención a su estado de salud y responde a una finalidad de protección de la misma, de tal forma que existirá incompatibilidad cuando el trabajo resulte perjudicial; y el segundo alude a que no haya habido un cambio en la capacidad de trabajo del inválido (puesta de manifiesto por el trabajo desarrollado), susceptible de dar lugar a una revisión del grado de invalidez reconocido.

No cabe duda de que, en el caso de la incapacidad permanente absoluta o de la gran invalidez, la compatibilidad entre el trabajo y la pensión resulta mucho más compleja que en la incapacidad permanente total, pues en aplicación del precepto citado, el percibo de la pensión no impide el ejercicio de determinadas actividades, pero ya vimos que estos dos grados de incapacidad inhabilitan para el ejercicio de toda profesión u oficio, concediéndose cuando al trabajador no le resta capacidad laboral alguna. Si la calificación de la incapacidad permanente como absoluta o como gran invalidez se condiciona a la total ausencia de capacidad de trabajo, resulta difícil admitir la posibilidad del inválido de prestar una actividad profesional; sin embargo, el propio art. 141.2 LGSS está admitiendo, en la práctica, la existencia de una cierta capacidad de trabajo residual.

Esta compleja regulación normativa no ha provocado sino que, con base en un mismo precepto, se hayan avalado interpretaciones jurídicas radicalmente contrapuestas:

---

<sup>207</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. *La reforma de la Seguridad Social tras la Ley 27/2011 y normas posteriores*, p. 34. Disponible en Internet, en la página: [www.iuslabor.org](http://www.iuslabor.org). PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J. La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: Del Estado del bienestar al Estado asistencial. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, nº29-30, p. 249.



- a.) Tesis restrictiva: Compatibilidad únicamente con trabajos marginales, esporádicos o de poca entidad.

Como ya hemos visto, el art. 137 LGSS define la invalidez permanente absoluta como aquella que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Partiendo de la literalidad del precepto, pareciera que no cabe compatibilizar la pensión con ningún tipo de actividad lucrativa. Pero sucede que, pese a la rotundidad de la definición de esta situación de necesidad, se contempla legalmente la posibilidad de que el sujeto compatibilice la pensión con la realización de algún trabajo: las actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (art. 141.2 LGSS).

Se recoge con ello una regla de compatibilidad conforme a la cual se concede al inválido permanente absoluto y al gran inválido la posibilidad de percibir la pensión al tiempo que se lleva a cabo un determinado trabajo. Pues bien, el Tribunal Supremo entendió inicialmente que esta regla de compatibilidad se refería única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, a aquellas actividades que no podían ser objeto de contratación normal en el mercado de trabajo por razones varias, incluidas las que afectaban al modo o condiciones en que el trabajo se desarrollaría, dadas las especiales circunstancias que concurrían en el eventual sujeto de la prestación<sup>208</sup>.

En palabras del propio Tribunal, partiendo de lo contradictorio que resulta el contenido del art. 137 LGSS, en relación con el art. 141.2 del mismo cuerpo legal, en orden a la significación de la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez, en el sentido de que las pensiones derivadas de estas situaciones no impidan el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, *“ha de entenderse 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”*.<sup>209</sup>

En definitiva, según esta tesis restrictiva, la situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y el percibo de la prestación correspondiente es compatible

---

<sup>208</sup> MARTÍN PUEBLA, E. *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*. Granada: Comares, 2000, p. 123.

<sup>209</sup> STS 20-12-1985, RJ 1985\6166. Este mismo criterio fue mantenido con posterioridad por la SSTS 13-5-1986, RJ 1986\2546 (de conformidad con la cual los trabajos a los que se refiere el art. 141.2 LGSS son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta ni cotizar por ellos a la Seguridad Social; es decir, los residuales mínimos y limitados y en manera alguna, los que constituyan la propia profesión u oficio con pleno desenvolvimiento) y 7-3-1989, RJ 1989\1807.



con la idoneidad del afectado para realizar las actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, *“pero siempre, naturalmente, que éstas y la aptitud para desarrollarlas, no comprenda el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sean éstos, pues a todos afecta tal grado de invalidez”*<sup>210</sup>.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, esta tesis se fundamentaría en los siguientes argumentos:

En primer lugar, en la propia definición de la situación de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez: Partiendo de la base de que el inválido absoluto se considera *ex lege* incapacitado para todo trabajo y de que, en este contexto, la posibilidad de trabajar prevista en el art. 141.2 LGSS constituye una excepción, la realización de una actividad distinta a la señalada en dicho precepto entraría de lleno en el ámbito de la incompatibilidad con la percepción de la pensión. Y ello aunque no exista, ciertamente, enunciado jurídico alguno que declare la expresa incompatibilidad entre la percepción de la pensión de invalidez permanente absoluta y la realización de un trabajo, pues es claro que, *ex definitione*, la incompatibilidad se encuentra implícitamente plasmada en la normativa<sup>211</sup>.

En segundo lugar, esta tesis restrictiva se fundamenta en la configuración de las prestaciones del sistema como mecanismos de sustitución de las rentas de activo. Con carácter general, las prestaciones del sistema de Seguridad Social tienen por finalidad la cobertura de situaciones de necesidad que se concretan, en la práctica, en la pérdida (temporal o definitiva de las rentas de trabajo). Pero si el sujeto, poniendo en juego su capacidad laboral residual, es capaz de obtener por sí mismo unos ingresos profesionales, decae la necesidad de protección por parte del Estado

Las consecuencias de esta tesis restrictiva serían, por tanto, las siguientes:

---

<sup>210</sup> STS 19-12-1998, RJ 1988\9864. En el mismo sentido: SSTS 26-12-1988, RJ 1988\9915, y 26-1-1989, RJ 1989\302. También ROQUETA BUJ, Remedios. *La incapacidad permanente*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, p. 238. Y de esta misma autora: El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, nº29, p. 114. Para LÓPEZ-TARRUELLA, F; VIQUEIRA PÉREZ, C. *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid: Civitas, 1991, p. 41, *“la actividad que puede desarrollar el pensionista de incapacidad permanente absoluta, esto es, la actividad compatible que no represente un cambio en su capacidad, será aquella que no suponga el ejercicio de una profesión u oficio”* (p. 41), matizando después que la actividad que la ley permite compatibilizar al pensionista de invalidez permanente absoluta ha de circunscribirse a *“actividades que no pueden ser objeto de contratación normal en el mercado de trabajo”* (p. 46). Se trataría, para estos autores, de un trabajo que la propia LGSS excluye de su ámbito de aplicación, aquel que en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida.

<sup>211</sup> LÓPEZ-TARRUELLA, F; VIQUEIRA PÉREZ, C. *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid: Civitas, 1991, p. 54.



Primera: Si el trabajo que realiza el pensionista es compatible con su capacidad residual, podrá simultanear la percepción de un salario con el cobro de la prestación.

Segunda: Si, por el contrario, el trabajo no resulta compatible con la capacidad residual del beneficiario, éste no podría desempeñar dicha actividad. Esta era, precisamente, la postura tradicional del INSS, que venían entendiendo que las actividades no compatibles con el percibo de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, estaban jurídicamente vedadas al pensionista; hasta el punto de que, en la práctica, se negaba el derecho al alta en el sistema.

Pero si el beneficiario de la pensión realiza tales actividades, deberá ponerlo en conocimiento de la entidad gestora que podrá 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.

En consecuencia, la realización por parte del pensionista de actividades distintas a las permitidas en el art. 141.2 LGSS, implica la posibilidad de revisión del grado de invalidez con la consiguiente posibilidad de pérdida de la prestación o asignación de la que corresponda al nuevo grado.

- b.) Tesis laxa: Posibilidad de compatibilizar la pensión con un trabajo no marginal, ni residual

Una segunda corriente doctrinal (que hemos calificado de laxa) considera que el art. 141.2 LGSS no consagra prohibición legal de trabajo para el inválido permanente absoluto o para el gran inválido, pues 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<sup>212</sup> y 18.4 Orden 18-1-1996. De hecho, el propio art. 141.2 LGSS no establece límite alguno a la simultaneidad entre trabajo y prestación, siendo de destacar que la remisión al reglamento, a efectos de determinar el alcance de la regla de compatibilidad se hace, exclusivamente, en el primer apartado del art. 141 LGSS, con respecto a la incapacidad permanente total.

Pues bien, ésta es actualmente la postura mantenida por el Tribunal Supremo que indica que no puede negarse la compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconoce el art. 35 CE<sup>213</sup>. Además,

---

<sup>212</sup> RD 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican aspectos de la normativa en materia de invalidez permanente en el sistema de Seguridad Social (BOE 7-6-1984, nº136).

<sup>213</sup> Pero como afirma GONZÁLEZ ORTEGA, S. Capacidad laboral de los incapaces: La prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias. En: AGUSTÍ JULIÀ, J. y FARGAS FERNÁNDEZ, J. (Coord.). *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo, 2010, p. 193, "negar la compatibilidad entre un trabajo y la pensión





el Tribunal entiende que otra interpretación haría de mejor condición al trabajador declarado en incapacidad permanente total (legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido) que al incapaz declarado en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, al que se le negaría toda actividad –e ingresos- extramuros de la marginalidad<sup>214</sup>. Pero no cabe duda de que este argumento presenta fisuras importantes, pues no podemos olvidar que la pensión por invalidez (en los grados de absoluta y gran invalidez) es cuantitativamente superior a la pensión por incapacidad permanente total, partiendo, precisamente, de la imposibilidad del beneficiario de obtener por sí mismo nuevos ingresos de activo<sup>215</sup>.

Otro de los argumentos en los que sostiene el Tribunal Supremo su cambio de doctrina es el efecto desmotivador que, sobre la inserción social y laboral de quien se halla en situación de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, tendría la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario. Y aun siendo un argumento sólido, no cabe duda de que la compatibilidad plena y, sin ningún tipo de modulación, distorsiona la lógica de un sistema de protección social que se fundamenta en el abono de prestaciones económicas sustitutivas de las rentas de activo<sup>216</sup>.

Por otro lado, el Tribunal trae a colación las nuevas posibilidades de trabajo que se derivan del uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación que favorecen la prestación de servicios sin el desplazamiento del empleado al centro de trabajo. Pero este argumento, sin dejar de ser cierto, puede volverse en contra de los futuros beneficiarios, al poderse utilizar por el INSS para endurecer el reconocimiento de la condición de incapacitado para el trabajo y para catalogar al sujeto en los distintos grados de incapacidad.

Pues bien, las consecuencias de esta nueva corriente jurisprudencial son las siguientes:

Primera: La compatibilidad de la pensión de invalidez con el ejercicio de aquellas actividades compatibles con el estado del inválido.

---

*no significa impedir desarrollar ese trabajo; lo que puede hacer el inválido libremente, con la sola condición, muy coherente, de la pérdida (o ni siquiera eso, bastando la mera suspensión) de la pensión. Lo que el derecho al trabajo no avala es que el inválido obtenga ingresos simultáneos, de semejante entidad, por causas contradictorias y que se niegan entre sí: pensión porque no puede desarrollar un trabajo productivo de ningún tipo, y salario porque sí puede hacerlo”.*

<sup>214</sup> STS 14-7-2010, Rº 3531/2009.

<sup>215</sup> En el mismo sentido: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y ALONSO RUSSI, E.. Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena. *Temas Laborales*, 2010, nº106, p. 254.

<sup>216</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S. Capacidad laboral de los incapaces: La prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias. En: AGUSTÍ JULIÀ, Jordi y FARGAS FERNÁNDEZ, J. (Coord.). *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo, 2010, p. 194.



Segunda: Del desarrollo de un trabajo se deriva, como es obvio, la obligación de cotizar, lo que implica la posibilidad de generar nuevas prestaciones, incluso, de invalidez. Ahora bien, si tales cotizaciones se han ingresado en el mismo régimen que reconoció y otorgó la pensión suspendida, solamente se podrá conceder una nueva prestación de incapacidad si ésta se solicita en base a nuevas dolencias o agravación de las anteriores y si se aprecia un grado superior de invalidez.

Tercera: La realización de una actividad no compatible no puede quedar vedada al sujeto, ni justifica necesariamente la suspensión de la prestación. En efecto, según el Tribunal Supremo, las disposiciones reglamentarias recogidas en los arts. 2 RD 1071/1984 y 18.4 Orden 18-1-1996, han de considerarse *ultra vires* de la manifestación legal de compatibilidad que establece el art. 141.2 LGS. Por lo expuesto, no cabe la automática suspensión de la pensión por parte del INSS, dado que dicha medida no está prevista legalmente<sup>217</sup>.

Cuarta: La realización de una actividad no compatible sólo podría justificar la iniciación de un procedimiento de revisión del que podría derivarse la extinción de la pensión o la atribución de un nuevo e inferior grado de incapacidad permanente. Según esta nueva corriente jurisprudencial, el art. 141.2 LGSS no introduce una regla general de incompatibilidad entre la realización de una actividad lucrativa y la percepción de la pensión de invalidez, por lo que no procede la suspensión del derecho, sino la iniciación de expediente de revisión en caso de que el desempeño del trabajo ponga de manifiesto que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido. La única incompatibilidad que formula el art. 141.2 LGSS para la pensión por incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean incompatibles en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado. Pero el desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad con la pensión, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico.

El Tribunal Supremo está así rechazando que el trabajo ordinario, para quien se encuentra en las situaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, justifique por sí mismo ni la suspensión de las prestaciones a percibir por tal concepto, ni la automática revisión a la baja de su estado<sup>218</sup>. Lo único que provocaría el trabajo del pensionista sería que el INSS iniciara un expediente de revisión, en tanto que representa un razonable indicio de que el estado incapacitante ha mejorado, pero en forma alguna comporta que el grado de incapacidad permanente reconocido haya de ser dejado sin efecto, pues esta consecuencia sólo puede producirse si efectivamente se constata la mejoría que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de incapacidad permanente y la que existe cuando se lleva a cabo la revisión) y llegar a la conclusión de

---

<sup>217</sup> SSTs 30-1-2008, R° 480/2007, 10-11-2008, R° 56/2008, 23-4-2009, R° 2512/2008, 14-7-2010, R° 3531/2009, 14-10-2009, R° 3429/2008, y 22-12-2009, R° 2066/2009.

<sup>218</sup> STS 23-4-2009, R° 2512/2008.



que han variado las dolencias, sino, sobre todo, que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en incapacidad permanente, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada.

### 3.2 Tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011

El art. 3. Tres Ley 27/2011, y con efectos del 1-1-2014, ha incorporado un nuevo apartado 3º art. 141 LGSS del siguiente tenor: *“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 apartado 1 del artículo 165 de esta Ley”*. Es importante destacar que esta reforma supone un reconocimiento implícito de la tesis laxa sostenida últimamente por el Tribunal Supremo<sup>219</sup>, en virtud de la cual se parte de una regla general de compatibilidad entre la pensión y el trabajo, pues, la limitación que se desprende del nuevo art. 141.3 LGSS únicamente opera a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación.

Con esta modificación, el legislador suprime además la incoherencia que, en la práctica, se derivaba de la regulación anterior, de acuerdo a la cual los pensionistas de invalidez podían compatibilizar la pensión con el trabajo incluso más allá del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, lo que provocaba una diferencia de trato difícilmente justificable con respecto a los beneficiarios de la pensión de jubilación<sup>220</sup>.

Como se aprecia de lo expuesto, la norma confiere un mismo tratamiento a los beneficiarios de la pensión de jubilación y a los beneficiarios de una incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez, a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Y en este sentido, hemos de tener en cuenta que el art.

---

<sup>219</sup> Así lo han entendido también: LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D. *Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto*. El Derecho, 2011, p. 187.

<sup>220</sup> Disfunción criticada por el Documento de Revisión del Pacto de Toledo de 29-1-2010, que ya entonces advertía: *“Las pensiones de jubilación resultan ser incompatibles con realización de una actividad, salvo en aquellos supuestos especiales en los que se permite compaginar trabajo a tiempo parcial y jubilación parcial. Sin embargo, cuando se trata de incapacitados, sean grandes inválidos o absolutos incluso después de los 65 años de edad 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.*



165.1 LGSS parte de una regla general de incompatibilidad entre el trabajo y la pensión de jubilación; si bien, reconoce que la misma se aplicará *“con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”*. Teniendo en cuenta que tales salvedades se abordan con profusión en el capítulo siguiente, baste ahora con hacer notar la disfunción que se deriva de esta equiparación, a efectos de compatibilidad, a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

Antes de la reforma operada por la Ley 27/2011, la edad ordinaria de jubilación se situaba, con carácter general, en los 65 años de edad. A raíz de esta modificación legislativa, ya no se parte de una edad de jubilación fija, sino de una edad variable en función de la carrera de seguro del beneficiario, pues con base en la nueva redacción del art. 161.1 LGSS, será necesario que el causante acredite haya cumplido 67 años de edad, o 65 cuando acredite una carrera completa de seguro, que se concreta en 38 años y medio cotizados. De esta forma, habrá tantas edades teóricas de jubilación como días hay comprendidos en un marco de referencia de dos años: los que transcurren entre los 65 y los 67 años, ya que todo dependerá del momento en el que, dentro de dicho marco temporal, se alcance la carrera completa de cotización. Lo anterior, no obstante, no será plenamente aplicable mientras no finalice el período transitorio contenido en la DT 20ª LGSS, introducida por el art. 4.Dos Ley 27/2011.

De lo anterior, se desprende que para el beneficiario de la pensión de incapacidad permanente (en los grados de absoluta o gran invalidez) que acredite 38 años y medio cotizados, la regla de incompatibilidad entre el trabajo y la pensión emerge, de forma sobrevenida, a partir de los 65 años de edad. Por el contrario, el beneficiario que acredite una carrera de cotización inferior a la citada, podrá seguir compatibilizando la pensión y el trabajo durante dos años más, hasta el cumplimiento de los 67 años de edad, lo que supone una clara penalización con respecto a quienes más han contribuido al sostenimiento del sistema.

#### *4. La compatibilidad del trabajo con la pensión no contributiva de invalidez.*

De la esencia de las prestaciones no contributivas, en la medida en que cubren situaciones de necesidad real y no presunta, que se materializan en la ausencia de rentas por encima de un determinado umbral, pareciera deducirse una regla de incompatibilidad entre la percepción de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva y el ejercicio de una actividad profesional por cuenta propia o ajena. Y, de hecho, la regulación inicial de las pensiones de invalidez de carácter asistencial partía de esta misma lógica, pues de conformidad con el art. 144 LGSS, en su redacción originaria, serían beneficiarios de las pensiones quienes, entre otros requisitos, carecieran de rentas o ingresos suficientes, computándose a tales efectos *“cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional”*.



Esta regla de incompatibilidad se clarificó más, si cabe, con la reforma introducida por el art. 90 Ley 13/1996<sup>221</sup>, que añadió un nuevo apartado en el precepto citado con el fin de aclarar que los beneficiarios de la pensión de invalidez, en su modalidad contributiva, que fueran contratados por cuenta ajena o que se establecieran por cuenta propia, recuperarían automáticamente el derecho a la pensión cuando cesaran en su actividad. Con ello, el legislador disipaba la posible reticencia de los beneficiarios a su inserción laboral ante el riesgo de perder definitivamente la pensión pero, al tiempo, reconocía de forma indirecta que el ejercicio de una actividad profesional suponía, en la práctica, la suspensión de la prestación, siempre y cuando, obviamente, los ingresos de activo percibidos superaran el umbral de pobreza fijado por el legislador.

Así, aun cuando el art. 147 LGSS, relativo a la compatibilidad de las pensiones, no impedía el ejercicio de aquellas actividades profesionales que fueran compatibles con el estado del inválido, y que no representaran un cambio en su capacidad de trabajo, se entendía que el desempeño de un trabajo por cuenta propia o ajena, por el que se obtuvieran unos ingresos, en cómputo anual, superiores al importe de la pensión (computada también anualmente), generaba la reducción o, incluso, la suspensión de la prestación.

Dicho panorama cambió de forma sustancial a raíz de la reforma introducida en el art. 147 LGSS por la Ley 8/2005, que persiguió favorecer la compatibilidad entre la pensión con el ejercicio de una actividad lucrativa. La propia Exposición de Motivos de la ley reconocía que la regulación anterior dificultaba la integración laboral de las personas con discapacidad, por cuanto la realización de una actividad profesional lucrativa tenía una incidencia negativa en la pensión. En virtud de la nueva redacción, 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 podrán ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50% del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el indicador público de renta de efectos múltiples.

---

<sup>221</sup> Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE 31-12-1996, nº315).



#### IV. PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA

##### 1. Favorecer el mantenimiento en el empleo en los supuestos de incapacidad sobrevenida.

Uno de los principios que consagra la Convención es el del mantenimiento en el empleo en los supuestos de discapacidad sobrevenida. Un principio que resulta clave si tenemos en cuenta que, a efectos de integración de este concreto colectivo, deviene determinante el momento de la intervención, pues tanto la motivación, como la cualificación van en descenso a medida que aumenta el tiempo de inactividad<sup>222</sup>. Precisamente por ello, es importante favorecer la retención en el mercado de trabajo de las personas con discapacidad, en los supuestos en que ésta tenga carácter sobrevenido. En esta línea, el art. 27.1 de la Convención exige a los gobiernos que salvaguarden el derecho al trabajo, incluso, de las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, y en el apartado k) de este mismo artículo, se impone a los Estados la obligación de promover el mantenimiento del empleo y la reincorporación al trabajo de las personas con discapacidad.

Sin embargo, en tales casos, nuestro ordenamiento jurídico se ha preocupado más por la garantía de una pensión que por el mantenimiento del empleo<sup>223</sup>. Y de hecho, de la muestra continua de vidas laborales correspondiente al año 2007 se evidencia que sólo un 11,7% de los profesionales a los que se reconoció una incapacidad permanente permanecieron en la empresa donde prestaban servicios, en otro puesto de trabajo<sup>224</sup>.

Es cierto que nuestro Ordenamiento trata de garantizar el mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad mediante determinados incentivos económicos<sup>225</sup>, pero el problema es que se dirigen, exclusivamente, a la contratación *ex novo* y a la transformación de determinados contratos temporales en indefinidos. Salvo un concreto supuesto de carácter absolutamente excepcional –que después mencionaremos-, no se reconocen incentivos al mantenimiento del empleo del trabajador que adquiera una minusvalía o al que se le reconozca una incapacidad permanente durante el desarrollo de su relación laboral.

---

<sup>222</sup> CUETO IGLESIAS, M<sup>a</sup> B. (Resp.). *El empleo después de la incapacidad permanente: Trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración; Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008, p. 105.

<sup>223</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 246, nota al pie 91.

<sup>224</sup> Ídem, p. 144.

<sup>225</sup> Por un lado, las bonificaciones previstas en el programa de fomento del empleo de la Ley 43/2006 para los trabajadores con discapacidad se prolongan durante toda la vigencia del contrato y, por otro, la transformación en indefinido de un contrato formativo o de fomento del empleo suscrito con un trabajador con discapacidad genera el derecho a la obtención de las bonificaciones reguladas en el programa de fomento del empleo (art. 2.2.1 Ley 43/2006) y, en el segundo caso, también de las subvenciones previstas en el RD 1451/1983 (DA 1<sup>a</sup>.6 Ley 43/2006).





A mayor abundamiento, una de las pocas exclusiones del programa de fomento del empleo que afecta a los desempleados con discapacidad, con carácter general, es aquella que deja fuera de su ámbito de aplicación a quienes, en los 24 meses anteriores a la contratación, hubieran prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad, mediante un contrato por tiempo indefinido (art. 6.3 Ley 43/2006). Con ello, ciertamente se impide el fraude que supondría el hecho de que la empresa, tras una discapacidad sobrevenida del trabajador, acordara con el empleado la resolución de la relación laboral, con el propósito de contratarle con posterioridad -una vez que éste se hubiera inscrito como demandante de empleo- y de beneficiarse de los correspondientes incentivos por la contratación *ex novo* de trabajadores discapacitados. Pero tal regulación genera una importante disfunción, pues se incentiva la contratación de ese profesional por otra empresa distinta, al tiempo que se penaliza la conservación del empleo en la empresa anterior.

Por otro lado, como sabemos, la merma de la capacidad profesional puede ser causa de extinción del contrato de trabajo, ya sea por ineptitud sobrevenida [art. 52 a) ET] o por el reconocimiento de una incapacidad permanente [art. 49.1.e) ET]. En efecto, la pérdida o el deterioro de las facultades profesionales derivados de una discapacidad producida durante la relación laboral podría ser justa causa de despido objetivo vía art. 52.a) ET, en la medida en que encontraría encuadre en el concepto de ineptitud sobrevenida, definido por la jurisprudencia como la *“inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, percepción, destreza, falta de capacidad de concentración, rapidez, etc.”*<sup>226</sup>

Por su parte, el reconocimiento de una incapacidad permanente (en sus grados de total, absoluta y gran invalidez) es también causa de extinción del contrato de trabajo, de acuerdo con lo establecido en el art. 49.1.e) ET. No obstante, dicha causa de resolución del vínculo laboral únicamente se da cuando la situación de incapacidad permanente está consolidada, bien porque el trabajador no ha impugnado la resolución del INSS, bien porque tal impugnación ya se ha resuelto por sentencia firme. Ahora bien, mientras la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez son causa automática de extinción del contrato de trabajo, la incapacidad permanente total para la profesión habitual exige la decisión de la empresa de acogerse a esta causa extintiva, en la medida en que tal grado de incapacidad no impide que el profesional desempeñe otra profesión u oficio, y cabría que el empresario reubicara al trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. En definitiva, en tal caso, estamos ante un supuesto en el que no se impone la extinción, sino que se habilita al empresario para que decida la resolución del contrato<sup>227</sup>.

Lo que ocurre es que nuestro ordenamiento no obliga al empresario, ni en uno, ni en otro caso, a reubicar al empleado en otro puesto de trabajo aunque existiera una vacante de tales características. Tanto la ineptitud sobrevenida, como el reconocimiento de la

---

<sup>226</sup> STS 2-5-1990, RJ 1990\3937.

<sup>227</sup> NUÑEZ GONZÁLEZ, C. *La integración laboral de las personas con discapacidad*. Madrid: Escuela Libre, 2000, p. 332.



incapacidad permanente, habilitan al empresario a extinguir la relación laboral. Es cierto que el art. 1 RD 1451/1983 sí que reconoce el derecho del trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente parcial, a ser reubicado en un puesto de trabajo adecuado con su capacidad residual. Pero esta protección no se ha hecho extensiva ni a la incapacidad permanente total, ni a la ineptitud sobrevenida.

No cabe duda que resulta complejo defender una regulación que imponga, en todo caso, la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual. Lo que sí que cabría, en nuestra opinión, sería condicionar la extinción del contrato a la imposibilidad de adaptar el puesto de trabajo o de reubicar al trabajador, siendo necesario al respecto el informe de la representación legal de los trabajadores. De esta forma, la extinción de la relación laboral sería la última de las opciones posibles, a la que cabría acudir únicamente ante la imposibilidad de aplicar soluciones menos drásticas, como la adaptación del puesto de trabajo (que se podría concretar en la introducción de ajustes razonables, en la reducción de la jornada o en la adaptación de las concretas funciones), o como la reubicación del trabajador en otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual.

Con ello, se favorecería el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad sobrevenida y, al tiempo, se aligerarían las cargas del sistema público de pensiones, pues sólo se devengaría una pensión de carácter vitalicio ante una pérdida de los ingresos de activo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, o ante una minoración de los mismos, fruto de una reducción de jornada o de la asignación de funciones propias de un nivel retributivo inferior. En tales casos, la protección del sistema se concretaría en paliar la pérdida o disminución del salario mediante prestaciones económicas sustitutivas de las rentas de activo.

Pues bien, de ser posible la adaptación del puesto de trabajo o la reubicación del trabajador en otro puesto distinto, tales cambios revestirían carácter imperativo para ambas partes. A tal efecto, deviene necesario incentivar económicamente el mantenimiento del empleo, en la línea abierta por la DA 7ª Ley 2/2008 para los supuestos de cambio de puesto con motivo en la enfermedad profesional del trabajador. Y, de hecho, en esta última dirección se orienta la Estrategia Global para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012 que aboga por *“estudiar la posibilidad de ayudas para la adaptación de puestos de trabajo en los casos de discapacidad sobrevenida y en los de cambio de puesto de trabajo en la empresa y de movilidad geográfica”* (objetivo 6.6). Sería necesario además revisar la cuantía de la subvención prevista en el art. 1 O. 13-4-1994<sup>228</sup> con la finalidad de adaptar el puesto de trabajo y dotarlo de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes de trabajo o para eliminar barreras u obstáculos que dificulten el trabajo de la persona con discapacidad y que asciende a 900 €.

---

<sup>228</sup> O. 13-4-1994, por la que se regula la concesión de ayudas y subvenciones sobre el fomento del empleo de los trabajadores minusválidos establecidas en el Capítulo II del Real Decreto 1451/1983 (BOE 5-5-1994, nº107).



## 2. Favorecer la inserción profesional en caso de recuperación de la capacidad

Como vimos con anterioridad, el art. 27.1 de la Convención no sólo impone a los Estados miembros la obligación de promover el mantenimiento en el empleo de las personas con discapacidad, sino también de favorecer su reinserción profesional. Es cierto que nuestro ordenamiento prevé determinadas garantías a este respecto, como la suspensión del contrato de trabajo si el órgano de calificación de la incapacidad permanente considera previsible la recuperación del trabajador (art. 48.2 ET) o como el reconocimiento de un derecho preferente al reingreso en la última empresa en la que el trabajador hubiera prestado servicios, en el caso de que hubiera recuperado –total o parcialmente– su capacidad laboral (art. 2 RD 1451/1983), pero una y otra presentan importantes disfunciones, como veremos a continuación.

a) La suspensión del contrato de trabajo: Si el órgano que califica la invalidez considera que es previsible la recuperación del trabajador en el plazo de dos años, así se lo hará saber al empresario con la finalidad de que el contrato de trabajo no se extinga, sino que quede en suspenso (art. 7.2 RD 1300/1995)<sup>229</sup>. La empresa, durante este lapso de tiempo, tendría la obligación de reservar al trabajador su puesto de trabajo para el caso de que éste recuperara su capacidad profesional (art. 48.2 ET). A este respecto, no podemos perder de vista que toda incapacidad es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación (art. 143 LGSS), pero el art. 48.2 ET parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable; probabilidad de la que se deriva la suspensión –y no la extinción– de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo.

Pues bien, el plazo de dos años previsto por el legislador constituye de un período máximo, transcurrido el cual cesa la causa de la suspensión y emerge la de extinción. A este respecto, creemos que es necesario flexibilizar la duración máxima de este período de letargo de la relación laboral, al objeto de que sea el servicio de valoración de incapacidades el que lo determine en función de la concreta incapacidad del trabajador. En caso contrario, las personas afectadas por una patología cuyo proceso de recuperación sea lento y prolongado, se encontrarían ante una situación de cierta indefensión pues habrían perdido su derecho a la reserva del puesto de trabajo y únicamente mantendrían una expectativa al reingreso en el caso de que existieran vacantes<sup>230</sup>.

b) La preferencia absoluta a la reincorporación en caso de recuperación: Conforme a lo previsto en el art. 2.1 RD 1451/1983, los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por habérseles reconocido una incapacidad permanente (en los grados de total o absoluta) y recuperaran su plena capacidad laboral, gozarán de preferencia para su

---

<sup>229</sup> *In extenso*: HEREDIA RUÍZ, I. B. de. La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría. *Aranzadi Social*, 2009, vol. II, pp. 95 a 107.

<sup>230</sup> En este sentido, ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 399, defiende incluso un plazo de suspensión de seis años desde que se inició la incapacidad temporal.



readmisión en la última empresa, al objeto de cubrir la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo profesional. Ahora bien, si el trabajador al que se le ha reconocido una incapacidad permanente total o absoluta, tras haber recibido las prestaciones de recuperación profesional, continuara afecto de una incapacidad permanente parcial, tendrá también preferencia absoluta para su readmisión en la última empresa, pero esta vez para ocupar la primera vacante que resulte adecuada a su capacidad residual (art. 2.2 RD 1451/1983). La empresa que readmitiera al trabajador, en cualquiera de los supuestos mencionados con anterioridad, tendría derecho a la reducción del 50% en la cuota patronal por contingencias comunes, durante un período de dos años (art. 2.3 RD 1451/1983).

La regulación contenida en el art. 2 RD 1451/1983 plantea varios problemas prácticos: En primer lugar, esta protección se otorga en exclusiva a aquellos trabajadores que han visto extinguido su contrato de trabajo con motivo del reconocimiento de una incapacidad permanente. Y en este sentido, hemos de tener en cuenta que tal reconocimiento, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo reviste una estructura compleja por cuanto constata, al mismo tiempo, la existencia de una incapacidad para el trabajo de carácter definitivo y el cumplimiento de los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación del sistema público de pensiones<sup>231</sup>. Si ambos aspectos no son susceptibles de contestación recíproca, el INSS eludiría el pronunciamiento sobre la incapacidad. Por lo tanto, si el interesado cumpliera los requisitos médicos y no así los jurídicos, no tendría derecho a la prestación y, en consecuencia, no se le reconocería una situación de incapacidad. El contrato no podría extinguirse, por tanto, con base en el art. 49.1.e) ET pero, partiendo de la existencia de una efectiva incapacidad para el trabajo, nada obsta para que el empresario resuelva la relación laboral por ineptitud sobrevenida. Si con posterioridad, el trabajador recuperara su aptitud profesional se encontraría en una situación de total desprotección. Y, en la práctica, está siendo la negociación colectiva la que está otorgando una solución al problema. Por ejemplo, el art. 53 del I Convenio colectivo de Safety Kleen España, S. A.<sup>232</sup> reconoce a los trabajadores que devienen ineptos *“los derechos de permanencia en la empresa y reincorporación a la misma que se contemplan en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo”*.<sup>233</sup>

Resulta sorprendente que el campo de aplicación del art. 13 D. 2531/1970<sup>234</sup> -ya derogado- fuese mucho más amplio, pues reconocía el derecho a la reincorporación a los trabajadores que hubieran cesado en la empresa por *“la disminución de su capacidad”*, cuando obtuvieran plena recuperación funcional.

En segundo lugar, el trabajador cesado por incapacidad, al no formar parte de la plantilla, no tiene facilidad para conocer si se ha producido o no una vacante en su categoría profesional, por lo que en la práctica resulta difícil ejercer el derecho a la reincorporación.

---

<sup>231</sup> Entre otras, STS 14-10-1991, Rº 344/1991.

<sup>232</sup> BOE 199 de 20/8/2007.

<sup>233</sup> Una regulación similar se recoge también en el art. 31 del Convenio Colectivo del sector de mayoristas y minoristas de juguetes, deportes, armerías deportivas, cerámicas, vidrio, iluminación y regalo (BO. Comunidad de Madrid 18-5-2007, nº117).

<sup>234</sup> D. 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos (BOE 15-09-1970, nº221).



Además, el legislador no ha concretado cuáles son las consecuencias del incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa. Ante esta laguna legislativa, cabe plantearse si la ausencia de readmisión constituiría un despido. En la práctica, está siendo la doctrina judicial la que está dando respuesta a esta cuestión, equiparando el supuesto a la ausencia de readmisión tras una excedencia voluntaria y aplicando, de forma analógica, la doctrina jurisprudencial recaída sobre ésta última<sup>235</sup>.

En consecuencia, si el empresario se niega, rotunda e incondicionadamente, al reingreso del trabajador, se produciría un despido, frente al cual éste debe reaccionar adecuadamente ejercitando la oportuna acción dentro del plazo de caducidad que previene el art. 59.3 ET; pero, en los demás casos, en los que el empresario lo que hace es posponer la readmisión del trabajador, demorándola hasta la existencia de plaza vacante, la acción que tiene el trabajador para reaccionar ante la conducta empresarial es la tendente a obtener el reconocimiento del derecho que se le niega. El hecho de que el empleador desatienda, expresa o tácitamente, la petición de reingreso que efectúa el trabajador no es, por sí sólo, demostrativo de la existencia de una voluntad extintiva del vínculo laboral hasta entonces suspendido. Así, salvo que concurren circunstancias que denoten inequívocamente dicha voluntad extintiva, el comportamiento empresarial sólo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho al reingreso.

### 3. Reordenar la protección por incapacidad permanente

La protección social de las personas con discapacidad, por parte del sistema público de pensiones, debería articularse de tal forma que ni hiperprotegiere, ni impidiera la compatibilidad entre el empleo y las pensiones por invalidez, pues ambas opciones desincentivan la incorporación al mercado de trabajo y pueden perpetuar la segregación laboral y, en consecuencia, social de las personas con discapacidad.

En efecto, el sistema público de pensiones no debería representar un obstáculo o un desincentivo a la inserción laboral de las personas con discapacidad, partiendo de que la misma es determinante para lograr su plena integración en la sociedad<sup>236</sup>. Y del estudio realizado por VERDUGO ALONSO<sup>237</sup>, se desprende que las prestaciones de Seguridad Social tienen un efecto inhibitorio de la búsqueda activa de empleo, pues entre las personas con discapacidad en activo, hay un mayor número de no perceptores de pensión que de pensionistas y la tasa de empleo desciende diez puntos cuando el análisis se ciñe a las personas con discapacidad beneficiarias de una prestación. En resumidas cuentas, una tasa de sustitución elevada puede producir una dependencia

---

<sup>235</sup> STSJ Cataluña 5-09-2002, Rº 521/2002.

<sup>236</sup> En sentido contrario: ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y ALONSO RUSSI, E. Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena. *Temas Laborales*, 2010, nº106, p. 257, para quienes no puede pretenderse que el sistema de Seguridad Social sirva como mecanismo de reinserción social de los discapacitados.

<sup>237</sup> VERDUGO ALONSO, M.A (Dir). *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*. Op. Cit., pp. 71 y 72.



excesiva de las prestaciones y suponer un desincentivo al trabajo y de ahí que nos parezca acertado que la cobertura del sistema, en el caso de la incapacidad permanente total, no sea plena y únicamente alcance el 55% de la base reguladora. De hecho, en determinados casos, la protección del sistema debería limitarse a un subsidio temporal de adaptación, pues no es razonable que trabajos profesionales que se desarrollan en exclusiva en una parte de la vida generen pensiones vitalicias<sup>238</sup>.

Al margen de lo expuesto, resulta cuestionable que se mantenga la prestación por incapacidad permanente total, en su cuantía íntegra, cuando se compatibiliza la percepción de la pensión con un salario elevado. A este respecto, conviene plantearse cuál debe ser la función de la incapacidad permanente total: ¿indemnizar la pérdida de la capacidad para la realización de un determinado trabajo o compensar la disminución o pérdida de unos ingresos de activo como consecuencia de la correlativa disminución de la capacidad profesional? En nuestra opinión, la pensión por incapacidad permanente total no debería tener una finalidad indemnizatoria, sino de sustitución de las rentas salariales que ya no se pueden obtener en el ejercicio de la profesión habitual<sup>239</sup>. Precisamente por ello, algunos autores proponen la suspensión parcial o incluso total de la pensión mientras el individuo desempeña otro trabajo<sup>240</sup>.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que este porcentaje del 55% puede resultar insuficiente con respecto a los beneficiarios de la prestación por incapacidad permanente total que no hayan alcanzado la edad para la cualificada y no han encontrado otro empleo<sup>241</sup>. Según se desprende de las estadísticas, las variables que en mayor medida determinan la inserción profesional de las personas con discapacidad son el sexo, la edad en que se reconoce la prestación, la experiencia profesional previa, así como el grado y el tipo de discapacidad (física, sensorial, intelectual, etc.). La cuantía de la prestación, por el contrario, no se ha evidenciado como un criterio determinante al respecto<sup>242</sup>.

---

<sup>238</sup> En línea con lo establecido en el Documento sobre Revisión Pacto Toledo de 29-1-2010

<sup>239</sup> En el mismo sentido: BLASCO LAHOZ, J.F. *Prestaciones por incapacidad: Incapacidad temporal, incapacidad permanente, invalidez del SOVI e Invalidez no contributiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 204.

<sup>240</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*. Op. Cit., p. 251.

<sup>241</sup> DESDENTADO BONETE, A. La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº4, p. 74. En el mismo sentido: LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D. *Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto*. El Derecho, 2011, p. 175.

<sup>242</sup> MALO, M.A. CUETO, B. y RODRÍGUEZ, V. Compatibilidad entre pensiones contributivas por incapacidad y empleo: el caso español. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2011, vol. 29, nº1, p. 146. En sentido similar, se pronuncia CUETO IGLESIAS, Begoña (resp.). *El empleo después de la incapacidad permanente: trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración: Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008, p. 150, para quien





Al objeto de evitar estos supuestos de infraprotección, la cuantía de la pensión por incapacidad permanente total debería modularse en función de los criterios anteriormente expuestos. Asegurando un mínimo general, que podría concretarse en un 50% de la base reguladora, la cuantía de la pensión por incapacidad permanente total podría incrementarse hasta un máximo de un 75% por la aplicación de diferentes coeficientes correctores que tomasen en consideración las variables apuntadas: a) la edad del trabajador en el momento de sobrevenir la situación de necesidad, bajo la premisa –obvia- de que a mayor edad, mayor prestación (con lo que se evitaría el salto drástico del 55 al 75% de la base reguladora a partir de los 55 años de edad); b) el tipo de discapacidad, teniendo en cuenta que las discapacidades de carácter sensorial (visual o auditiva) presentan tasas de empleo superiores a las discapacidades de tipo intelectual o mental; y c) la cualificación profesional del trabajador, con base en su formación y su experiencia previa. La percepción de este importe adicional, fruto de la aplicación de los diferentes coeficientes multiplicadores, sería incompatible con el desempeño de otro trabajo, salvo que la suma de la prestación y el salario percibido con ocasión del trabajo no superara un determinado nivel de rentas.

Pero, de otro lado, el sistema de pensiones no debería impedir la compatibilidad entre el trabajo y las pensiones por invalidez, pues tal regla no genera sino “la trampa del subsidio” advertida por la doctrina<sup>243</sup>, de forma que ante el miedo a perder la prestación, el beneficiario permanece al margen del mercado laboral. Del estudio realizado por CUETO IGLESIAS, con base en la muestra continua de vidas laborales correspondiente al año 2007<sup>244</sup>, se desprende que entre las personas menores de 64 años con una incapacidad permanente, sólo un 14,8% trabajó durante ese año a la vez que recibió la prestación; si bien un 31,1% lo había hecho en algún momento después de que tal prestación le fuera reconocida. Como es razonable, dicho porcentaje se incrementaba hasta un 24,7% para aquellos que acreditan una incapacidad permanente en el grado de total y se reducía hasta cerca de un 2% con respecto a los beneficiarios de una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez.

En función del sexo, del total de beneficiarios de una incapacidad permanente que, durante el año 2007, se encontraban simultaneando el trabajo y el percibo de la prestación, el 85,2% eran hombres. De otro lado, tomando en consideración la variable edad, se constata que de los que han trabajado con posterioridad al reconocimiento de la prestación, algo más de la mitad (el 50,8%) tenían entre 31 y 45 años cuando se les

---

el análisis de la muestra continua de vidas laborales no evidencia con total claridad a mayor pensión existan menores incentivos para compatibilizar la prestación con un empleo.

<sup>243</sup> MALO, M.A y PAGÁN, R. Participación laboral y discapacidad. *Revista de Estudios Regionales*, 2005, nº74, p 111.

<sup>244</sup> CUETO IGLESIAS, B. (resp.). *El empleo después de la incapacidad permanente: trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración: Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008, p. 131.



reconoció la prestación, el 24,9% tenía entre 46 y 55 años y tan sólo un 7,4% tenía más de 56 años. Por último, un 16,9% eran menores de 30 años.

Pues bien, algunos autores han defendido, con respecto a la pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez, la incompatibilidad plena entre la pensión con cualquier trabajo lucrativo o, cuando menos, el establecimiento de un límite de las rentas de activo<sup>245</sup>. No podemos, sin embargo, compartir esta opinión porque para que las personas con discapacidad tengan un incentivo al trabajo es necesario que los ingresos que perciban, incluyendo todas las transferencias recibidas, sean mayores para las personas con discapacidad que trabajen que para aquellas que se encuentran fuera del mercado laboral<sup>246</sup>. Es necesario, por tanto, permitir la compatibilidad entre el trabajo y la pensión por incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez, pero su cuantía debería coordinarse con las rentas procedentes de aquél.

La incapacidad permanente absoluta tiene una tasa de sustitución privilegiada, tanto por el porcentaje aplicable sobre la base reguladora (que asciende al 100%), como por el tratamiento fiscal. Permitir plenamente y sin limitaciones la compatibilidad entre el trabajo y la pensión supone una hiperprotección económica no deseable, que colisiona con la lógica de un nivel contributivo de Seguridad Social que confiere prestaciones económicas sustitutivas del salario. La pensión de invalidez no tiene carácter indemnizatorio, sino que se configura como un mecanismo de sustitución de las rentas de activo<sup>247</sup>. Por lo expuesto, la realización por parte del beneficiario de una actividad profesional debería suponer una modulación de la cuantía de la prestación. En este sentido, el propio Documento sobre Revisión del Pacto de Toledo de 29-1-2010 considera que no es razonable que prestaciones pensadas para cubrir la imposibilidad de trabajar (incapacidad permanente absoluta) se compaginen con el trabajo y, a tal efecto, propone un tratamiento fiscal distinto y la minoración de la prestación, como una forma de evitar acumulaciones de rentas que se niegan a colectivos más vulnerables y necesitados. Como afirma la doctrina más solvente, si se quiere proteger eficazmente dentro de un sistema financieramente viable, la protección debe centrarse en los verdaderamente necesitados<sup>248</sup>. Por su parte, algunos autores proponen la reducción de

---

<sup>245</sup> LÓPEZ-TARRUELLA, F; VIQUEIRA PÉREZ, C. *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 92 y 93.

<sup>246</sup> CUETO IGLESIAS, B. (resp.). *El empleo después de la incapacidad permanente: trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración: Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008, 175 p. Premio FIPROS.

<sup>247</sup> En palabras del propio Tribunal Supremo, la declaración de incapacidad permanente tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajo a las que el inválido no puede acceder, como consecuencia de las limitaciones funcionales derivadas de sus dolencias (STS 28-2-2005, Rº 1591/2004).

<sup>248</sup> DESDENTADO BONETE, A. La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº4, p. 75.



la cuantía de la pensión por incapacidad permanente absoluta de un 100% de la base a un 75-65%, mientras se desarrolle una actividad lucrativa<sup>249</sup>.

La propuesta de este estudio se concreta en los términos indicados en la introducción, con carácter general; una propuesta que sugiere un modelo de compatibilidad entre el trabajo y la prestación del que se deriva la disminución progresiva de la renta prestacional a medida que se incrementan los ingresos de activo. El cese en la actividad lucrativa supondría la recuperación de la prestación originaria, con lo que se evitaría la “trampa del subsidio” anteriormente apuntada.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. La Ley de reforma de pensiones de 1985, *Relaciones Laborales*, 1986, vol. I.
- ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos y ALONSO RUSSI, Enriqueta. Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena. *Temas Laborales*, 2010, nº106, pp. 245 a 259.
- ÁLVAREZ MORENO, Ana. Las prestaciones por incapacidad permanente y por gran invalidez. En: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús R. (dir). *La reforma de la Seguridad Social 2011*. Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 85 a 112.
- BARBA MORA, Antonio. *Incapacidad permanente y Seguridad Social*. Elcano (Navarra): Aranzadi, 2001, 309 p.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco. *Prestaciones por incapacidad: Incapacidad temporal, incapacidad permanente, invalidez del SOVI e Invalidez no contributiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, 612 p.
- CUETO IGLESIAS, Begoña (resp.). *El empleo después de la incapacidad permanente: trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración: Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008, 175 p. Premio FIPROS
- DESDENTADO BONETE, Aurelio. La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1997, nº4, pp. 61 a 80.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio. “El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente”. *Social mes a mes*, 2004, nº97.

---

<sup>249</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R. *Contrato de trabajo y discapacidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, p. 256.



- DESDENTADO BONETE, Aurelio. Incapacidad permanente y trabajo. Diario La Ley, 2009, nº7121.
- ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo. *Contrato de trabajo y discapacidad*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, 495 p.
- GARRIDO PÉREZ, Eva. El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social al a noción del derecho a la igualdad de oportunidades. *Temas Laborales*, 2001, nº59, pp. 165 a 192.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. “Invalidez permanente derivada de riesgos comunes: la aplicación de la disposición transitoria cuarta del R.D. 1799/1985, de 2 de octubre”. *Temas Laborales*, 1986, nº9, pp 28 a 44.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. Capacidad laboral de los incapaces: La prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias. En: AGUSTÍ JULIÀ, Jordi y FARGAS FERNÁNDEZ, Josep (coord.). *La Seguridad Social en continuo cambio: un análisis jurisprudencial*. Albacete: Bomarzo, 2010, pp. 163 a 205.
- HEREDIA RUÍZ, Ignasi Beltrán de. La suspensión de la relación de trabajo por incapacidad permanente con previsible revisión por mejoría. *Aranzadi Social*, 2009, vol. II, pp. 95 a 107.
- LEONÉS SALIDO, José M<sup>a</sup> “¿Es compatible el cobro de la pensión de invalidez permanente con la realización de un trabajo?”. *Relaciones Laborales*, 1993, vol. II, pp. 1311 a 1320.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan. *Las claves de la reforma de la Seguridad Social: análisis práctico de la Ley 27/2011, de 2 de agosto*. El Derecho, 2011, 382 p.
- LÓPEZ-TARRUELLA, MARTÍNEZ, Francisco y VIQUEIRA PÉREZ, Carmen. *El trabajo del inválido permanente absoluto: compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*. Madrid: Civitas, 1991, 163 p.
- MALO, Miguel Ángel, CUETO, Begoña y RODRÍGUEZ, Vanesa. Compatibilidad entre pensiones contributivas por incapacidad y empleo: el caso español. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2011, nº29, pp. 125 a 153.
- MALO, Miguel Ángel y PAGÁN, Ricardo. Participación laboral y discapacidad. *Revista de Estudios Regionales*, 2005, nº74, p 111.
- MARTÍN PUEBLA, Eduardo. *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*. Granada: Comares, 2000, 173 p.
- NUÑEZ GONZÁLEZ, Cayetano. *La integración laboral de las personas con discapacidad: Régimen jurídico*. Escuela Libre, Madrid, 2000, 404 p.
- OLARTE ENCABO, Sofía. “Gran invalidez de Derecho del Trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social”. *Temas Laborales*, 2009, nº98, pp. 213 a 227.
- RON LATAS, Ricardo Pedro. ¿Puede el INSS declarar de oficio la incompatibilidad de una pensión por incapacidad permanente total con el



trabajo, suspendiendo su percibo? *Aranzadi Social*, 2006, vol. III, pp. 2951 a 2956.

- ROQUETA BUJ, Remedios. *La incapacidad permanente*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000, 302 p.
- ROQUETA BUJ, Remedios. El régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, nº29, pp. 111 a 132.
- RIVAS VALLEJO, Pilar. La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo. *Aranzadi Social*, 2007, vol. I, pp. 3270 a 3277.
- SEMPERE NAVARRO. *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Aranzadi, 2012, 808 p.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. Las reformas llevadas a cabo en las pensiones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia por la Ley 27/2011. *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, 2012, nº153, pp. 47 a 70.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos. En: AA.VV. *Relaciones Laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 365 a 386.
- VERDUGO, M.A. et al. *Influencia en la protección social y el sistema de pensiones en la actividad y el acceso al empleo de las personas con discapacidad*, Ministerio de Trabajo e Inmigración: Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, Madrid, 2009, 130 p. Disponible en internet: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/119777.pdf>



## CAPÍTULO IV: COMPATIBILIDAD ENTRE EL TRABAJO Y LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN

**SUMARIO: I. COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN ORDINARIA (Y COMPLETA) DE JUBILACIÓN.** 1. *Antecedentes de la regla de incompatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria de jubilación.* 1.1 Fundamentos históricos de la regla de incompatibilidad. 1.2 Propuestas de futuro. 2. La marginalidad de la actividad como excepción a la regla de incompatibilidad.. 2.1 Pensión de jubilación e ingresos obtenidos por la realización de trabajos por cuenta propia que no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. 3. *Otros ejemplos de compatibilidad entre pensión de jubilación y desarrollo de actividades marginales.* 3.1 Compatibilidades en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: Pensionista de jubilación y mantenimiento de la titularidad del negocio. 3.2 Compatibilidades en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios. 3.3 Otros ejemplos de trabajos marginales: Los profesores eméritos. a) Profesores eméritos en Universidades Públicas. b) Profesores eméritos en Universidades Privadas. 4. *Excepciones “residuales” de la Ley General de Seguridad Social a la regla de incompatibilidad.* 4.1 Compatibilidad derivada de la integración en el Régimen General de Regímenes Especiales de Seguridad Social: el caso de Régimen Especial de los Trabajadores Ferroviarios. 4.2 Compatibilidad derivada de la integración en la Seguridad Social de las Mutualidades sustitutorias de previsión. a) Delimitación del concepto Mutualidades sustitutorias de previsión. b) Mutualidades integradas en el Régimen General de la Seguridad Social: La Mutualidad de la Previsión. c) Pensiones de jubilación reconocidas por la Institución Telefónica de Previsión. d) Pensiones de jubilación reconocidas por la Mutualidad Nacional de la Administración Local. 5. *La aceptación de la plena compatibilidad entre la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social y el ejercicio de una profesión colegiada: el caso de las Mutualidades alternativas.* 5.1 Antecedentes: el caso de las Mutualidades alternativas. 5.2 ¿Es compatible la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, y el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión social?. 5.3 La Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados. 5.4 Freno y marcha atrás en la incompatibilidad: la disposición adicional 37 de la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social. 6. *Efectos de la suspensión de pensión.* 7. *A modo de conclusiones....*

**II. EXCEPCIONES SISTEMÁTICAS DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL A LA REGLA DE INCOMPATIBILIDAD: JUBILACIÓN PARCIAL Y JUBILACIÓN FLEXIBLE.** 1. *Aspectos generales.* 1.1 La jubilación parcial. a) Jubilación parcial anticipada. b) Jubilación parcial diferida. 1.2 La jubilación flexible. 2. *Conclusiones y propuestas.*

**III. REGLAS DE INCOMPATIBILIDAD Y COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN O RETIRO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS.** 1. *Normativa aplicable y rasgos diferenciadores del régimen de pensión de jubilación o retiro.* 2. *El transito desde la especialidad en el régimen de incompatibilidad trabajo-pensión hacia una legislación aproximada al régimen general de la seguridad social.* 2.1 Pensiones ordinarias. a) La regla general de incompatibilidad. b) La incompatibilidad de segundo grado. El supuesto específico de la jubilación por incapacidad permanente. c) La compatibilidad parcial. La jubilación parcial en el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos tras la reforma del RD Ley 20/2012. 3. *Las reglas de compatibilidad/incompatibilidad trabajo/pensión de los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011.* 4. *Otras propuestas de lege ferenda. El replanteamiento a futuro de la regla de jubilación*





forzosa. 5. Conclusiones y propuestas de reforma **IV. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PROFESIONAL.V. BIBLIOGRAFIA. .**

## **I. COMPATIBILIDAD ENTRE TRABAJO Y PENSIÓN ORDINARIA (Y COMPLETA) DE JUBILACIÓN**

### *1. Antecedentes de la regla de incompatibilidad entre trabajo y pensión ordinaria de jubilación*

#### 1.1 Fundamentos históricos de la regla de incompatibilidad

Si buscamos los antecedentes remotos del establecimiento en nuestra legislación de reglas específicas sobre la compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación, deberíamos remontarnos a la normativa reguladora del seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI) que vino a establecer en su art. 9 de la OM de 2 de febrero de 1940<sup>250</sup> la incompatibilidad entre la percepción del subsidio de vejez “*con todo trabajo remunerado*”. Regla que vino subrayada por la modificación por la OM de 24 de octubre de 1946<sup>251</sup> del citado precepto, a tenor de la cual aquél pasó a declarar la incompatibilidad del subsidio “*con todo trabajo prestado por cuenta ajena*”. Similar expresión se contenía en el art. 60 del Reglamento general del mutualismo laboral<sup>252</sup> y que fue interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que la misma incluía “los trabajos comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la relación laboral”, esto es, los prestados en virtud de un contrato de trabajo. Posteriormente, la OM de 10 de agosto de 1957, dispuso en su art. 2 que “*el percibo de las pensiones de vejez o invalidez es incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que determine la inclusión del pensionista en un régimen o rama de subsidios o seguros sociales obligatorios*”.

La entrada en vigor del sistema de la Seguridad Social, a través del art. 156 del Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social, aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966<sup>253</sup> y, posteriormente, del Texto refundido de la Ley general de la

---

<sup>250</sup> Orden de 2 de febrero de 1940, dictando normas para la aplicación de la Ley de 1 de septiembre de 1939, que establece un régimen de Subsidio de Vejez, en sustitución del régimen del Retiro Obrero (BOE 8-2-1940, nº39)

<sup>251</sup> Orden de 24 de octubre de 1946 por la que se modifican algunos artículos del Reglamento del Subsidio de Vejez de 2 de febrero de 1940 (BOE 10-11-1946, nº314)

<sup>252</sup> Orden de 10 de septiembre de 1954 por la que se aprueba el Reglamento General de Mutualismo Laboral (BOE 17-9-1954, nº260)

<sup>253</sup> Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963 de 26 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE 22-4-1966, nº96)



Seguridad Social, aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1974<sup>254</sup>, establecieron sucesivamente que el disfrute de la pensión de jubilación “*será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que reglamentariamente se determinen*”. Esa declaración encuentra concreción en el art. 16.1 de la OM de 18 de enero de 1967<sup>255</sup>, precepto clave para la adecuada comprensión del tema, al aclarar que la referida incompatibilidad lo es “*con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del régimen general o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, previstos en los números 2 y 3 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social*”. Dicho precepto aclara que la incompatibilidad no surge por la realización de cualquier actividad, sino con aquella que determine la inclusión del beneficiario en el sistema de la Seguridad Social, ya sea en el Régimen General o en alguno de los distintos Regímenes Especiales.

La referida norma supuso una evidente regresión si se la compara con la regulación de la incompatibilidad contenida en el Reglamento general del mutualismo laboral y normativa del SOVI. En primer lugar, porque extiende la incompatibilidad a la realización de trabajos por cuenta propia. En segundo lugar, porque sienta las bases para terminar con la general aceptación de la compatibilidad de la prestación de servicios retribuidos como funcionario público con el percibo de las pensiones de jubilación otorgadas por los regímenes de previsión de los trabajadores ligados por un contrato de trabajo o, más rotundamente todavía, introduce abiertamente el principio de la incompatibilidad. De este modo, nuestra legislación ha venido sentando como regla general, que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo por cuenta propia o ajena del pensionista.

La normativa de Seguridad Social permite compatibilizar -mientras no sea forzoso el retiro laboral- trabajo y pensión “con las salvedades que reglamentariamente se determinen”. Es importante subrayar que lo que es incompatible con el trabajo es el disfrute de la pensión, pero sin que ello pueda suponer “que el jubilado percceptor de pensión no pueda -si le es posible y lo desea- trabajar”. En efecto, como señaló la STS 11-7-1995, Rº 3137/1993, la jubilación “no es incompatible con el trabajo por cuenta ajena (...) ni supone un abandono del mercado de trabajo, ni existe una limitación legal por razón de edad para ejercer el derecho al trabajo consagrado en el artículo 35.1 CE ya que la única incompatibilidad existe entre el trabajo y el percibo de la prestación económica de jubilación”. En suma, esta incompatibilidad no implica prohibición de trabajar para el jubilado, sino simplemente el hecho de que el trabajo deja en suspenso la percepción de la pensión.

---

<sup>254</sup> Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 20-7-1974, nº173)

<sup>255</sup> Orden de 18 de enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 26-1-1967, nº22)



Así pues y como regla general, el ordenamiento de la Seguridad Social ha venido consagrado la incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista, por cuenta propia o ajena, determinando en tales supuestos la referida suspensión. En la actualidad, el número de pensiones suspendidas en su percibo, en razón del desarrollo de una actividad por cuenta propia o ajena, por parte del pensionista se eleva a 3.574.

Tal solución, como ha tenido oportunidad de precisar el propio Defensor del Pueblo, no posee carácter confiscatorio, por cuanto el desarrollo de un trabajo por el pensionista no determina la pérdida del derecho a la pensión de jubilación que viniera percibiendo, sino tan sólo su suspensión, reanudándose su percepción al cesar en el trabajo, momento en el cual, si se cumplieran los requisitos establecidos al efecto, podría surtir efectos la nueva cotización para mejorar la pensión, por cuanto aquélla podría computarse para incrementar, en su caso, el porcentaje de ésta.

## 1.2 Propuestas de futuro

Si, hasta el momento, el ordenamiento español de Seguridad Social se ha caracterizado por su rigidez al establecer la incompatibilidad entre la percepción de la pensión de jubilación, los nuevos aires que recorren el sistema económico obligan a cambiar el sentido de marcha. Nuestra regla muestra netos factores diferenciales con aquellas otras más flexibles existentes en la mayoría de los países de la Unión Europea y que gozan de rancio abolengo, como ya pusiera de manifiesto la Recomendación de la Comunidad Económica Europea, de 10 de diciembre de 1982, relativa a los principios de una política comunitaria sobre la edad de jubilación, conforme a la cual los pensionistas de jubilación no deberían ser excluidos de cualquier otra forma de actividad remunerada. De ahí que fuera deseable que el ordenamiento español se acomodase a esta, no tan nueva, realidad.

Esta línea de tendencia se encuentra entre las más significativas recomendaciones aprobadas por el Congreso de los Diputados el 25-1-2011 en la Comisión de seguimiento del Pacto de Toledo<sup>256</sup>, según la cual la citada Comisión “considera que debe mejorar la coordinación entre la legislación laboral y la de seguridad social respecto al objetivo de ocupación de los mayores; en particular, sobre las pensiones de incapacidad y su conexión con el empleo, sobre la regulación del contrato de relevo, sobre la cotización del empleo a tiempo parcial o sobre las entradas y salidas del empleo de los pensionistas, entre otros extremos”. A ello añade que: “hay que introducir esquemas de mayor permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, que permitan e incrementen la coexistencia de salario y pensión. Resulta adecuada, en la misma línea que otros países de nuestro ámbito, una mayor compatibilidad entre

---

<sup>256</sup> BOCG 31-1-2011, nº513



percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral, hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral”.

Hasta hace poco, la regla fundamental de la percepción de pensiones de la Seguridad Social era estimular la jubilación y establecer su total incompatibilidad con cualquier trabajo remunerado. Ello era así porque se suponía que, de esta manera, los jubilados dejarían paso a los más jóvenes y ello ayudaría a paliar el desempleo. Fracasados dichos intentos, los objetivos inmediatos se dirigen a aliviar la carga económica que suponen las jubilaciones y se busca retrasar la jubilación y favorecer el que se pueda tener un trabajo remunerado después de cumplir los 65 años. De esta manera, la antigua máxima de la absoluta incompatibilidad entre recibir una pensión de jubilación y ejecutar cualquier trabajo por cuenta ajena o propia exige ser repensada. No obstante, dicho replanteamiento debe pasar por la valoración de los efectos que tanto desde el plano del ahorro en prestaciones, como del incremento de cotizaciones puede suponer la misma para el sistema de Seguridad Social.

En esta línea, el Consejo de Ministros del 27-10-2012 ha acordado remitir a la Comisión parlamentaria de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un informe sobre la sostenibilidad del sistema público de pensiones y la prolongación voluntaria de la vida laboral. Las nuevas normas acerca de la compatibilidad entre trabajo y pensión, que anuncia una línea de desarrollo que, sin duda alguna, permite prever que esa compatibilidad será uno de los elementos centrales de la futura regulación de la jubilación<sup>257</sup>.

El nuevo régimen de compatibilidad entre pensión y salario enunciado en el *Informe sobre la compatibilidad de la percepción de las pensiones de jubilación y la realización de una actividad laboral o profesional*, permitiría la compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y la realización de una actividad (lo fuese por cuenta ajena o por cuenta propia), siempre que se accediese a la pensión de jubilación al cumplimiento de la edad ordinaria. En los casos de jubilación anticipada, se mantendría la incompatibilidad actual, al menos hasta que el interesado no alcanzase la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación.

La compatibilidad permitiría la percepción de la pensión que le correspondiese al interesado, en el porcentaje que fuese posible desde la viabilidad del sistema de pensiones con las rentas procedentes de dicha actividad. A título de ejemplo, Durante el tiempo en que se simultanease la pensión y la realización de la actividad, se podría percibir un porcentaje de pensión que podría fijarse desde el 40 % hasta el 60 % de la pensión.

Para que existiese esa compatibilidad, además de acreditar la edad de acceso ordinario a la jubilación, sería necesario el cumplimiento de otros requisitos, como serían, que el

---

<sup>257</sup> Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Informe sobre la compatibilidad de la percepción de las pensiones de jubilación y la realización de una actividad laboral o profesional*, Octubre 2012.



interesado acreditase tener cubierto el período de cotización requerido para tener derecho a la percepción del 100% de la base reguladora de la pensión. Hay que tener en cuenta que, en la regulación propuesta, la pensión, una vez causada, no es objeto de modificación por la realización de los trabajos compatibles y, de ahí, que se proponga la no cotización, a efecto de las prestaciones, por la realización de la actividad compatible, sin perjuicio de una eventual cotización de “solidaridad”. Por ello, en el caso de un trabajador que no acreditase un periodo de cotización equivalente a aquél con el que se generan los derechos máximos de pensión, le podría resultar beneficioso suspender el percibo de la pensión y seguir cotizando ordinariamente, de modo que, una vez cesado el trabajo o la actividad, la cuantía de la pensión pudiese ser objeto de recalcu en función de las nuevas cotizaciones acreditadas

El desarrollo de la actividad debería llevarse a cabo en el ámbito del sector privado, sin que se aplicase al ámbito del sector público, al aplicarse en este ámbito unas reglas específicas de incompatibilidad.

La nueva regulación sería compatible con otras figuras que tienen como finalidad el favorecimiento de la prolongación de la vida activa, como es el caso de la jubilación demorada o la exoneración de cotizaciones. En los casos de trabajadores con 65 o más años, que acrediten un período de cotización equivalente al que permite alcanzar los derechos máximos de la pensión de jubilación.

En el esquema propuesto, la pensión causada no es objeto de modificación posterior. Por ello, por las actividades realizadas no habría obligación de cotizar (salvo para el supuesto de incapacidad temporal y por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), sin perjuicio de que se pudiesen establecer cotizaciones “*de solidaridad*”, sin efecto en las prestaciones.

A la espera de las citadas modificaciones normativas, las reformas realizadas al amparo de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social<sup>258</sup> ha dado, sin duda, pasos importantes en esta dirección, si bien sería conveniente una mayor clarificación del modelo. La nota que caracteriza la actual situación es la complejidad y diversidad de situaciones. Falta, sin duda, “una visión global de la jubilación posterior a los 65 años que regule de manera coherente y coordinada tanto el retraso total como el parcial en la jubilación, de un lado; y, de otro, las suspensiones total o parcial de la pensión de jubilación por realizar de manera sobrevenida un trabajo a tiempo parcial o a tiempo completo”<sup>259</sup>.

En todos estos supuestos debería darse una regulación más clara y unitaria de las posibles situaciones en el momento actual, como seguidamente tendremos oportunidad

---

<sup>258</sup> BOE 2-8-2011, nº184.

<sup>259</sup> LOPEZ GANDIA, J., *Compatibilidades e incompatibilidades en la pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social*, en L. López Cumbre (Coord.), “*Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luís Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*”, Madrid, Iustel, 2007, p. 429.



de analizar, las actividades que admiten la compatibilidad entre trabajo y pensión poseen carácter marginal o residual y, únicamente, en el caso de los profesionales colegiados se permite una plena complementariedad entre actividad profesional y conservación de la prestación de Seguridad Social.

La experiencia comparada puede servir de ejemplo para el cambio. Como señala el *Informe sobre la compatibilidad de la percepción de la pensiones de jubilación y la realización de una actividad laboral o profesional*, la posibilidad de que el pensionista jubilado pueda compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación con la realización de una actividad laboral o por cuenta propia, se observa una tendencia hacia una mayor permisibilidad. Son escasos los sistemas que prohíben esa compatibilidad (Eslovaquia, Irlanda, Letonia o Malta) o que la restringen al máximo de tal forma que sólo es posible cuando de la actividad reporta ingresos reducidos o la suma de la pensión y los ingresos de la actividad laboral o profesional no superan un determinado límite (caso de Bélgica, Bulgaria, España, Islandia, Países Bajos, Rumanía o Suiza). También es frecuente que la compatibilidad se permita únicamente al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, de modo que cuando se accede a la jubilación de forma anticipada no se permite esa compatibilidad (Alemania, Austria, Chipre, Francia o Luxemburgo).

## *2. La marginalidad de la actividad como excepción a la regla de incompatibilidad.*

### *2.1 Pensión de jubilación e ingresos obtenidos por la realización de trabajos por cuenta propia que no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual*

La Ley 27/2011 establece un supuesto de compatibilidad entre la percepción de pensión de jubilación y de ingresos por trabajo, conforme dispone su Disposición Adicional Trigésima primera, titulada *“Complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación”*, al añadir un nuevo apartado 4 al artículo 165 de la Ley General de la Seguridad Social, cuyo contenido es el siguiente: *“El percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social. Las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social”*.

La norma tiene su origen en la enmienda nº313 presentada en el Congreso por el Grupo Parlamentario de Convergencia y Unión (BOCG, 17-6-2011). En la misma se proponía la incorporación de una nueva Disposición adicional relativa a la *“complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación”*, con el siguiente tenor: *“1. El disfrute de la pensión será compatible con la realización de trabajos por cuenta ajena o propia, o con*





la realización de actividades para cualesquiera de las Administraciones Públicas, cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social” y “2. Las actividades especificadas en el apartado 1, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social”. La misma se justificaba lacónicamente en la necesidad de “permitir la complementariedad de los ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional con el disfrute de la pensión de jubilación”.

Lo relevante de la incorporación del apartado 4 al art. 165 LGSS es que se contempla un supuesto más de compatibilidad, con dos únicos presupuestos exigibles:

1º Que los trabajos que realice el pensionista jubilado sean por cuenta propia, es decir, en virtud de un contrato de libre prestación de servicios.

2º Que los ingresos totales que el interesado perciba por tales trabajos, computados en su totalidad durante un ejercicio anual, no superen el límite que venga establecido por el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para dicha anualidad (en referencia al año 2012, el SMI vigente es de 8.979,60 €, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012<sup>260</sup>).

La propia norma establece dos precisiones más al respecto de los ingresos obtenidos como complemento a la pensión de jubilación: en primer lugar, que el interesado no tiene obligación de cotizar a la Seguridad Social por tales ingresos adicionales; y, en segundo lugar, que tales ingresos no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones que se estuvieran percibiendo de la Seguridad Social; es decir, los ingresos así obtenidos no serán computados de ningún modo por ésta, ni para exigir al interesado una contribución o cotización adicional, ni para incrementar la prestación que el mismo viniera percibiendo como pensión de jubilación.

Nos encontramos, en principio, con actividades y retribuciones que en cómputo anual son inferiores al umbral mínimo de los contratos a tiempo parcial que darían lugar a la jubilación flexible. En este sentido, se considera como situación de jubilación flexible la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un contrato a tiempo parcial (reducción de la jornada entre un 25% y un 85%-75%), con la consecuente minoración 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. En el caso concreto, el desarrollo de actividades por debajo del 25% del tiempo de trabajo y del salario de un trabajador a tiempo completo comparable, le otorga un cierto grado de marginalidad e intrascendencia que, en principio, no requiere de la comunicación a la entidad gestora ni de la inclusión en el

---

<sup>260</sup> BOE 31-12-2011, nº315.



campo de aplicación de la Seguridad Social, al preverse que ni existe obligación de cotizar ni protección por la realización de dichas actividades.

En este sentido, recuérdese que el anterior criterio resulta coherente con el concepto de habitualidad del trabajador por cuenta propia construido por la doctrina del Alto Tribunal que ha admitido la posibilidad de hacer depender la habitualidad de los ingresos percibidos por parte del profesional. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido interpretando, tomando como sentencia leader la STS 20-3-2007, Rº 5006/2005, el requisito de la habitualidad contenido en el art. 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como sigue: *“El criterio del montante de la retribución es apto para apreciar el requisito de la habitualidad. Tal requisito hace referencia a una práctica de la actividad profesional desarrollada no esporádicamente sino con una cierta frecuencia o continuidad. A la hora de precisar este factor de frecuencia o continuidad puede parecer más exacto en principio recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, pero las dificultades virtualmente insuperables de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad han inclinado a los órganos jurisdiccionales a aceptar también como indicio de habitualidad al montante de la retribución. Este recurso al criterio de la cuantía de la remuneración, que por razones obvias resulta de más fácil cómputo y verificación que el del tiempo de dedicación, es utilizable además, teniendo en cuenta el dato de experiencia de que en las actividades de los trabajadores autónomos o por cuenta propia el montante de la retribución guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido».*

*«A la afirmación anterior debe añadirse que la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad. Aunque se trate de una cifra prevista para la remuneración del trabajo asalariado, el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de Seguridad Social, de suerte que en la actual situación legal resulta probablemente el criterio operativo más usual a efectos de medir rentas o actividades. La superación de esta cifra, que está fijada precisamente para la remuneración de una entera jornada ordinaria de trabajo, puede revelar también en su aplicación al trabajo por cuenta propia y, en concreto, al trabajo de los subagentes de seguros, la existencia de una actividad realizada con cierta permanencia y continuidad, teniendo además la ventaja, como indicador de habitualidad del trabajo por cuenta propia, de su carácter revisable».*

*«La conclusión del razonamiento es que la sentencia impugnada ha dado una respuesta correcta a la cuestión controvertida. La sentencia de contraste, que ha incluido en el requisito de habitualidad la exigencia de que la actividad del subagente de seguros constituya también su medio de vida, no se ajusta en cambio a derecho. La valoración de lo que la actividad realizada pueda significar económicamente para el asegurado es*



*un dato subjetivo que, aparte razones de interpretación gramatical, no debe ser tenido en cuenta a efectos de encuadramiento en Seguridad Social, donde es preciso operar con criterios aplicables indistintamente a todos los miembros de un grupo o colectividad de personas».*

La citada disposición no contempla mecanismos específicos a través de los cuales deba justificarse el desarrollo de la citada actividad. No es, por tanto, necesario que el beneficiario de la pensión de jubilación lo comunique debidamente a la Entidad Gestora.

Esta disposición podría ser un resquicio para que los profesionales colegiados por cuenta propia puedan compatibilizar su pensión de jubilación con el desarrollo de una actividad profesional. Ciertamente, “podría haberse establecido el medio que servirá de instrumento para justificar los ingresos, como por ejemplo las declaraciones que habitualmente realizan los trabajadores por cuenta propia ante el órgano competente del Ministerio de Hacienda o el órgano autonómico competente, en su caso. De cualquier forma, tales controles que servirán de justificante al trabajador, no impiden que éste pueda realizar una doble contabilidad prestando y justificando solamente aquellos ingresos hasta el mencionado límite del SMI”<sup>261</sup>.

Otra cuestión no resuelta es la relativa a qué debe entenderse por “ingresos anuales totales” a la hora de fijar el límite que no deberá superar el Salario Mínimo Interprofesional. La propia dicción literal de la norma permite considerar que tales ingresos deben entenderse como brutos, esto es, aquellos obtenidos sin descontar impuestos, gastos, etc... Esta afirmación vendría refrendada por el propio tenor de la norma que al señalar que “quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social”, implícitamente está admitiendo la anterior imposibilidad de efectuar otros descuentos. Por otro lado, a los efectos analizados debe tenerse en cuenta lo dicho por la DF 7ª Ocho de la Ley 27/2011 en la que se introduce una nueva DA 62 LGSS, con la siguiente redacción: “Se considerarán como ingresos los rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y ganancias patrimoniales, en los mismos términos en que son computados en el apartado 1 del art. 50 de esta Ley para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones, cuando para el acceso o el mantenimiento del derecho a prestaciones comprendidas en el ámbito de la acción protectora de esta Ley, distintas de las pensiones no contributivas y de las prestaciones por desempleo, se exija, legal o reglamentariamente, la no superación de un determinado límite de ingresos”.

En todo caso, no se entiende bien por qué la limitación opera, exclusivamente, en relación con los trabajos por cuenta propia y no con los realizados por cuenta ajena. Las

---

<sup>261</sup> FERNANDEZ ORRICO, F.J. *El porvenir de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados y su provisional compatibilidad con la pensión de jubilación de la Seguridad Social*, Economía Española y Protección Social, 2011, p. 111.



condiciones de aplicación de la norma deberían extenderse a todo tipo de trabajos sin que se entiendan las razones de su limitación.

### 3. *Otros ejemplos de compatibilidad entre pensión de jubilación y desarrollo de actividades marginales*

#### 3.1 Compatibilidades en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos: Pensionista de jubilación y mantenimiento de la titularidad del negocio

El derecho a la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es incompatible con cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a la inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social, del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o de cualquiera de los demás Regímenes especiales de la Seguridad Social. Dicha incompatibilidad se consagra normativamente en los arts. 45.2 del D. 2.530/1970<sup>262</sup>, y 93.1 OM 24 de septiembre de 1970<sup>263</sup>. No obstante, en este Régimen se ofrece la posibilidad de la compatibilidad de la percepción de la prestación con el mantenimiento de la titularidad del negocio y el desarrollo de las funciones inherentes a dicha titularidad, siempre y cuando ello no signifique realizar un trabajo por cuenta propia o ajena que dé lugar a su inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

Buen ejemplo del conflicto latente en esta materia podemos encontrarlo en la STS 8-5-1986, Rº 1332/1985. La misma desestima el recurso del INSS por el que reclama un cobro indebido de la pensión de jubilación causada por el propietario de una empresa dedicada a la actividad de artes gráficas. Tras obtener, la pensión el interesado continuó explotando personalmente el negocio, lo cual había comunicado en su momento a los organismos competentes al tiempo que se daba de baja en licencia fiscal y nombraba como regente del negocio a otra persona, cursando su alta en el RETA. Según la sentencia, el art. 93 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 permite distinguir entre el ejercicio de funciones inherentes a la titularidad del negocio y aquellas otras que suponen llevar personalmente la explotación, siendo esta segunda situación la que da lugar a incompatibilidad con el percibo de la pensión de jubilación. La sentencia desestima el recurso del INSS porque no hay indicio alguno de la presencia física del demandado en el negocio, haciendo trabajo de despacho, de oficina o de otro tipo, aun admitiendo la existencia de zonas coincidentes entre las funciones de titularidad y las actividades de explotación, «lo que no debe llevar a desvirtuar el supuesto de excepción, si no se justifica el ejercicio en plenitud de los trabajos por cuenta propia que dan lugar a la inclusión en el Régimen Especial (...)».

---

<sup>262</sup> BOE 15-9-1970, nº221

<sup>263</sup> Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, BOE 30-9-1970, nº234 y 1/10/1970, nº235.



La Resolución de 13 de agosto de 1999, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, mediante Circular 5.028, de 14 de octubre de 1999, precisaron el alcance de la expresión “funciones inherentes a la titularidad del negocio”, utilizada en el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, a efectos de la compatibilidad del ejercicio de tales funciones con el percibo de la pensión de jubilación del RETA. La propia doctrina de suplicación se ha sumado de manera “entregada” a esta interpretación al asumirla de forma integral en la STSJ Navarra 29-3-2000, Rº 103/2000.

Para delimitar las “funciones inherentes a la titularidad” la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social acuden a la normativa mercantil relativa a la actividad del empresario (comerciante en la terminología del Código de Comercio, C. de c.), aun cuando, como es sabido, ni todos los trabajadores autónomos se rigen por aquella ni deben ser empresarios, pues no sólo la legislación mercantil sirve para clarificar la cuestión planteada, sino que, además, es aplicable en todo caso en los supuestos objeto de consulta.

En principio, el titular de un negocio puede realizar personalmente cualquier función conveniente o necesaria para la consecución de sus fines, es decir, toda actividad de su negocio la es “inherente”, si bien lo habitual es que utilice, en mayor o menor medida, el concurso de otras personas, bien porque no pueda, bien porque no quiera actuar personalmente, pues la titularidad de un negocio o empresa no exige al empresario desarrollar una actividad empresarial directa y personalmente, sino que basta con que ésta se realice en su nombre, es decir, de tal forma que se le atribuyan las relaciones jurídicas con terceros que se generen y todos los derechos y obligaciones que se produzcan, asumiendo el titular el riesgo y ventura del negocio.

Pues bien, esa actuación a través de otras personas puede llegar incluso al otorgamiento de un poder general para administrar, dirigir y contratar sobre el establecimiento (artículo 283 del C. de c.). La persona que recibe ese poder es el llamado gerente o factor mercantil, que es un apoderado general (artículos 281, 282 y 292 del C. de c.) nombrado por el empresario, que posee facultades para administrar, dirigir y contratar sobre todo lo que constituye o forma parte del normal u ordinario giro o tráfico de la empresa. Incluso, cabe la posibilidad de que los poderes conferidos por el empresario sean aún más amplios que los indispensables para dicho giro o tráfico ordinario (artículos 283 y 286 del C. de c.), incluyendo, por ejemplo, el apoderamiento para comprar y vender inmuebles, enajenar establecimientos, liquidar o crear sucursales, o para vender o arrendar la propia empresa. Por el contrario, cabe también limitar el poder general del factor para realizar el giro o tráfico normal de la empresa, siempre que tal poder siga siendo general.

Esta figura mercantil del gerente o factor se denomina en el ámbito laboral “personal de alta dirección” en el artículo 2.1.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,



desarrollado por el Real Decreto 1382/1985<sup>264</sup>, de 1 de agosto, normas que determinan el carácter laboral especial de su relación con el empresario, sea ésta individual o social, caracterizándole por “ejercitar poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instituciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

No debe confundirse, visto lo anterior, al alto cargo o factor con el administrador de la sociedad mercantil, ya que este último es miembro del órgano de administración, esto es, parte de la sociedad misma, concretamente su órgano ejecutivo (siendo la junta general el órgano deliberante), al que le falta el vínculo jurídico de dependencia que caracteriza al factor.

Tanto de la regulación mercantil del factor como de la laboral se desprende que puede desempeñar, previo apoderamiento, cualquier actividad “inherente a la titularidad del negocio” sirviendo a los objetivos generales de la empresa como un “alter ego” del empresario, sea este social o individual (con la salvedad que más adelante se dirá en relación con las sociedades mercantiles capitalistas).

La pregunta que esta regulación sugiere es, ¿a qué funciones se refiere entonces el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, si todas las pretendidas funciones del empresario son inherentes a la titularidad del negocio pero también pueden realizarse por otra persona mediante apoderamiento?

Entiende al respecto la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social que el precepto se está refiriendo a los “criterios e instrucciones directas” a que alude el art. 1.2 del RD. 1382/1985, antes citado o, lo que es lo mismo, al poder de orientar y fiscalizar la actuación de sus colaboradores, pero sin intervención directa en la gestión de la empresa, con las siguientes precisiones.

La primera de ellas es la excepción, aludida anteriormente, que existe en el ámbito de las sociedades mercantiles capitalistas en cuanto a la posibilidad de encomendar a un tercero cualquier función inherente a la titularidad de la empresa. Señala la Dirección General de Ordenación que estas sociedades actúan en virtud de representación legal mediante dos órganos: la junta general, órgano deliberante, y el órgano de administración social, u órgano ejecutivo, que desenvuelven el papel propio del empresario. La ley mercantil regula minuciosamente el reparto de funciones entre ambos órganos, interesándonos aquí exclusivamente las atribuidas a los administradores, por cuanto son las únicas que pueden constituir un trabajo que exija el alta de quien lo desempeña en la Seguridad Social.

---

<sup>264</sup> BOE 12-8-1985, nº192





Pues bien, si al empresario individual le es dado apoderar al factor para cualquier actividad inherente a la titularidad, comprendidas todas las funciones ejecutivas al mas alto nivel de decisión, incluyendo poderes de disposición si así lo estima conveniente, en el caso del empresario social la ley veta a los administradores –facultados, en principio, para realizar desde el más sencillo acto de administración hasta el más importante de disposición, según reiteradísima jurisprudencia– la posibilidad de apoderar a personas ajenas al órgano de administración para realizar determinadas funciones, como es la convocatoria de juntas generales (artículo 166 LSC); informar a los accionistas (artículo 196 y 197 LSC); formular y firmar las cuentas anuales y redactar el informe de gestión (artículo 235 LSC) o depositar las cuentas en el Registro Mercantil (artículo 279 LSC).

Por consiguiente, cuando por asimilación el “titular” del artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 sea un administrador que posee el control de la sociedad, en los términos de la DA 27.1 LGSS, y éste acceda a una pensión de jubilación, habrá que entender incluidas las mencionadas facultades “indelegables” junto a la orientación y control de los apoderados, dentro de aquellas inherentes a la titularidad del negocio que el citado artículo le permite compatibilizar con dicha pensión.

La segunda precisión a que se refiere la Dirección General de Ordenación es que si bien, al margen de las funciones expuestas, cualquier empresario, individual o social, puede apoderar a un tercero para el ejercicio no solo de la administración y gestión ordinaria de su empresa, sino también para actividades que van mas allá de aquélla, como son los actos de disposición no necesarios para la gestión ordinaria, no es exigible al empresario individual ni a la persona física que controla una sociedad mercantil capitalista, o “empresario de hecho”, que apodere a sus colaboradores para realizar tales actos para compatibilizar la pensión de jubilación con la titularidad del negocio, no sólo por cuanto constituiría un sacrificio y un riesgo excesivo que podría hacer peligrar su patrimonio, sino porque los actos de disposición que no sean necesarios para la gestión ordinaria difícilmente pueden considerarse “per se” un “trabajo” que obligue al alta en el Sistema de la Seguridad Social.

Resumiendo todo lo expuesto, la Dirección General de Ordenación llega a la conclusión de que las “funciones inherentes a la titularidad del negocio de que se trate” a que se refiere el artículo 93.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, comprenden exclusivamente dictar instrucciones directas y criterios de actuación a las personas que tienen encomendada la gestión y administración de la empresa, así como los actos de disposición que no sean necesarios para efectuar aquéllas. Además, cuando ese “titular” se asimile a un administrador con control sobre la sociedad en los términos de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, las “funciones inherentes a la titularidad” incluirán también aquellas actividades que por ley no pueden encomendarse a personas ajenas al órgano de administración.



Fuera de lo anterior, es decir, todo lo que suponga gestión, administración y dirección ordinaria de la empresa debe reputarse actividad incompatible con la pensión de jubilación del RETA, tanto para el empresario individual como para el empresario “de hecho” de una sociedad mercantil capitalista, pues dará lugar al alta en el Sistema de la Seguridad Social –RETA–, pudiéndose citar, a título de ejemplo, la firma de contratos en general, de convenios colectivos, solicitudes de crédito, representación en juicio y fuera de él de la empresa, firma de avales y cuantos actos jurídicos requiera la gestión y administración ordinaria reiteradamente aludida.

En línea con lo anterior, la Administración de la Seguridad Social ha entendido que la pensión de jubilación es incompatible con el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de los Administradores o Consejeros de sociedades mercantiles capitalistas que ejercen funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño de dichos cargos y poseen el control efectivo, directo o indirecto, de la empresa a los que se refiere la disposición adicional vigésimo séptima LGSS en la redacción dada a la misma por la Ley 50/1998, de 30-12<sup>265</sup>. Tal y como expresamente señala la Circular de la TGSS núm. 5-019, de 10 de junio de 1999: “en lo que atañe a la compatibilidad de la pensión de jubilación con el desempeño del cargo de Administrador ejecutivo, cuando el trabajador se encuentre en alguno de los supuestos que implican una situación de control sobre la sociedad previstos por el apartado 1 de la disposición adicional vigésima séptima de la Ley General de la Seguridad Social, al no ser necesario para la inclusión en el RETA que dicho cargo de Administrador sea retribuido según los estatutos sociales, sino que basta al efecto con que los servicios se presten “a título lucrativo” en los términos expuestos anteriormente, la única conclusión posible es que, procediendo el alta en el mencionado Régimen Especial por cumplirse, además del indicado, todos los requisitos exigidos por la Ley, la pensión de jubilación devenga incompatible durante el período en que deba mantenerse la situación de alta en el RETA”.

Ciertamente, como ha señalado la STS 23-9-1992, Rº1991/1990, las especiales características de la actividad propia de los trabajadores por cuenta propia o autónomos aconseja que el cese en su actividad por razón de edad, no tiene que ser forzosamente una total y absoluta separación del trabajador de la empresa de la que es titular, bastando el que su intervención deje de reunir las circunstancias de trabajo directo, personal y habitual determinantes de la inclusión en el RETA.

Un ejemplo que ayuda a comprender el razonamiento del Tribunal Supremo puede encontrarse en la STSJ La Rioja 2-9-2011, Rº 290/2011. En la misma, el recurrente venía percibiendo la pensión de jubilación desde el 1 de enero de 2005. Como consecuencia de la actuación inspectora, la TGSS formalizó su alta de oficio en el RETA a partir del 1 de enero de 2005 y efectos del 1 de marzo de 2007. La Inspección

---

<sup>265</sup> BOE 31-12-1998, nº313



de Trabajo había comprobado que el actor continuaba «realizando por cuenta propia, de manera habitual, personal y directa, la actividad de "abogacía", sin figurar de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos». Por sentencia firme se declaró conforme a derecho dicha resolución. Lo pretendido por el recurrente es que se declare la compatibilidad de la pensión con el ejercicio de la abogacía en términos generales, o bien para terminar los asuntos pendientes. La sentencia desestima la demanda, pues entiende que: “aunque sea admisible la compatibilidad del percibo de la pensión con la actividad profesional destinada a concluir los asuntos pendientes y anteriores a la fecha de la jubilación, no resulta de los hechos probados de la sentencia recurrida, a los que ha de estar esta Sala para resolver el recurso, que la actividad profesional del actor sea residual y limitada a dar término a los asuntos pendientes, ni que haya quedado restringida a realizar funciones propias del mantenimiento de la titularidad del negocio, sino que, por el contrario, está comprobado que realiza la actividad profesional de abogado de un modo directo, personal y habitual, sin constancia alguna de que lo sea para terminar asuntos pendientes; de manera que no es posible reconocer la compatibilidad que reclama el recurrente”.

Ciertamente, “la escasa litigiosidad que se proyecta en los repertorios de doctrina judicial pone de relieve las dificultades que la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo encuentran para verificar sin margen de duda que el empresario compatibiliza indebidamente sus derechos prestacionales con la gerencia del negocio”<sup>266</sup>. Lo cierto es que, en esta materia, como en general, en el caso del desarrollo de trabajos marginales, las posibilidades de control resultan limitadas y, por tanto, el margen de tolerancia hacia las mismas es muy elevado.

### 3.2 Compatibilidades en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios

Sucede a menudo que cuando los trabajadores que provienen del Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios pasan a la situación de pensionistas de jubilación, mantienen un margen de actividad agraria, con carácter más bien residual. El ejercicio de la citada actividad agraria, por razón de su carácter marginal, no debería comportar la obligación de causar alta en dicho régimen, pero ha habido dudas al respecto.

Tras algunas vacilaciones, se ha consolidado el citado criterio jurisprudencial a partir de la STS 29-10-1997, Rº 406/1997 en el que se toma como referencia el criterio del montante de la retribución obtenida, considerando apto éste para apreciar la concurrencia del expresado requisito, lo que lleva a concluir que “la superación del

---

<sup>266</sup> CABEZA PEREIRO, J. *La incompatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación total*, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE Y M<sup>a</sup> NIEVES MORENO VIDA (Coordinadores), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, p. 662.



umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad” y, en consecuencia, de la existencia de la obligación de causar alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

La Ley 18/2007, de 4 de julio, procedió a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos<sup>267</sup>, con efectos de 1 de enero de 2008, a través del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios creado por dicha Ley, siéndoles de aplicación la normativa que en cada momento esté vigente en el último de los indicados regímenes especiales. En concordancia con dicha previsión legal, en el apartado 2 de la disposición adicional tercera del RD 1382/2008, de 1 de agosto<sup>268</sup>, dictado en desarrollo de la citada Ley 18/2007, se determina que las prestaciones causadas a partir de 1 de enero de 2008 se regirán por las normas del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

En relación con estos supuestos y habida cuenta que la regulación que sobre tal materia se contiene en las normas reguladoras del Régimen Especial Agrario, es decir, el art. 52 del Reglamento General aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre<sup>269</sup>, ha devenido en inaplicable, se vienen suscitando dudas en el seno de las Organizaciones Agrarias acerca de si la actividad descrita da lugar a la inclusión de quienes la llevan a cabo en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, específicamente en el propio Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, lo que resulta de interés no sólo a efectos de cumplir debidamente con las obligaciones relativas a encuadramiento, sino también por las consecuencias que comportan en orden a la compatibilidad o no de tal actividad con la pensión de jubilación de la que se viniera disfrutando.

Es preciso recordar que como excepción al principio de incompatibilidad en el Régimen Especial Agrario el art. 52.2 del D. 3772/1972, de 23 diciembre, pese a establecer la incompatibilidad del disfrute de la pensión de vejez con el trabajo del pensionista que de lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, dicha disposición establecía que si resultaba compatible la pensión y el trabajo cuando se tratase de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional, y sin que en ningún caso pueden llevarse a cabo tales labores durante más de 6 días laborales consecutivos, ni invertir en ellas un tiempo que exceda el equivalente a un trimestre por

---

<sup>267</sup> BOE 5-7-2007, nº160

<sup>268</sup> Real Decreto 1382/2008, de 1 de agosto, por el que, en desarrollo de la Ley 18/2007, de 4 de julio, por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, se modifican diversos reglamentos generales en el ámbito de la Seguridad Social, BOE 10-09-2008, nº219.

<sup>269</sup> BOE 19-2-1972, nº43.



cada año. Así se puso de manifiesto, a título de ejemplo, en la STSJ Castilla y León 21-12-19, R°757/1998, en la que el recurrente realiza un trabajo por cuenta propia consistente en la explotación de una finca de su propiedad, en la que hay dos invernaderos y útiles de labranza, lo que significa que obtiene unos beneficios de tal explotación o, en la STSJ Andalucía/Sevilla 30-9-1999, R°560/1998, donde se declara la incompatibilidad por el desempeño de una actividad agraria por cuenta propia. Si estas labores se llevan a cabo por cuenta ajena, el empresario que le emplee ha de formalizar su protección por contingencias profesionales; y si se desarrollan por cuenta propia el pensionista queda protegido por ello sin abonar cuota alguna. Por otra parte, si, de acuerdo con lo expuesto, desarrolla un trabajo incompatible con la pensión, está obligado a comunicarlo a la entidad gestora, cesar en el percibo de la misma y abonar las cotizaciones que correspondan, motivando su inclusión en el censo si se trata de labores agrarias. Desempeño de actividad que podrá ser por cuenta propia o ajena, al disponerse que cuando la realización de labores que se declaran compatibles con el percibo de la pensión se lleve a cabo por cuenta ajena, el empresario que emplee en ellas al pensionista vendrá obligado a formalizar su protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Con todo, la citada duda ha venido a ser resuelta por la Resolución de 4 de marzo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, sobre compatibilidad de la pensión de jubilación de los trabajadores provenientes del sistema especial para trabajadores por cuenta propia agrarios con la realización de determinadas labores agrarias. En la misma, se pone de manifiesto que “teniendo en consideración el carácter marginal o residual de la actividad agraria que se desarrolla en los aludidos supuestos, cabe interpretar que no se debe producir en tales casos la realización de forma habitual personal y directa de una actividad económica a título lucrativo, conforme se indica en el artículo 2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, para la delimitación del concepto de trabajador incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, dentro del cual se ubica el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios”.

A este respecto, tal y como ha quedado expuesto, procede tener presente el criterio jurisprudencial establecido en torno a la consideración del requisito de “habitualidad de la actividad económica a título lucrativo” que se exige para quedar encuadrado en el indicado Régimen Especial, y que, tras algunas vacilaciones, se ha consolidado a partir de la citada STS 29-10-1997. En ella se toma como referencia el criterio del montante de la retribución obtenida, considerando apto éste para apreciar la concurrencia del expresado requisito, lo que lleva a concluir que “la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad” y, en consecuencia, de la existencia de la obligación de causar alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

De la aplicación de esta doctrina jurisprudencial puede deducirse que el ejercicio de la repetida actividad agraria, por razón de su carácter marginal, no ha de comportar la



obligación de causar alta en dicho régimen, que es el único en el que, por razón de la naturaleza de la actividad desarrollada, habría de producirse el eventual encuadramiento.

Por todo lo expuesto, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, consideró que “la realización por el pensionista de jubilación procedente del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios de actividades agrarias cuyos rendimientos, en cómputo anual, no superen el importe, también en cómputo anual, del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento, se entenderá que no da lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”. En suma, se puede simultanear el percibo de la pensión de jubilación con determinadas actividades agrarias, siempre que las mismas estén destinadas básicamente al autoconsumo.

Asimismo, y en relación con los trabajos agrarios por cuenta ajena, la disposición adicional 7ª de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>270</sup>, mandata al Gobierno para que determine reglamentariamente, los términos y condiciones en los que la pensión de jubilación del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios sea compatible con la realización de labores agrarias que tengan carácter esporádico y ocasional.

### 3.3 Otros ejemplos de trabajos marginales: Los profesores eméritos

#### a.) Profesores eméritos en Universidades Públicas

El personal docente e investigador de las Universidades públicas está compuesto por funcionarios de los cuerpos docentes universitarios y por personal contratado. Al ostentar los primeros la condición de funcionarios civiles de la Administración del Estado, su posición social por jubilación se dispensa a través del régimen de Clases Pasivas del Estado, integrado en el régimen especial de los funcionarios civiles del Estado, mientras que la protección social del profesorado contratado se canaliza a través del régimen general de la Seguridad Social.

Para el personal docente e investigador integrado en el régimen de Clases Pasivas del Estado, la percepción de pensiones de jubilación o retiro, tanto ordinarias como extraordinarias, es incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público. Se entiende, a estos efectos, por actividad en el sector público, la desarrollada por los miembros electivos de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las corporaciones locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes,

---

<sup>270</sup> BOE 23-9-2011, nº229.





entendiéndose comprendidas las entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria.

Los profesores eméritos son aquellos que pueden nombrar las universidades públicas, de acuerdo con sus respectivos estatutos, entre profesoras y profesores jubilados que hayan prestado servicios destacados a la universidad. La Ley 27/1994, de 29 de septiembre, de modificación de la edad de jubilación de los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios<sup>271</sup> regula esta materia. La procedencia de esta condición podía derivar de una situación de jubilación forzosa, esto es, la obligada por el cumplimiento de la edad legalmente establecida para la jubilación que, en el caso de los funcionarios de los Cuerpos Docentes Universitarios, está fijada en 70 años, pudiendo optar por jubilarse a la finalización del año académico en que los cumplen o bien de la situación de jubilación anticipada.

En este último caso, las Universidades aprobaron numerosos *Acuerdos sobre las jubilaciones voluntarias del personal docente e investigador funcionario* al que podían acogerse el personal docente e investigador que cumpliera determinados requisitos de edad y un tiempo mínimo de servicios al Estado. Conviene recordar en este punto el “Informe de fiscalización del sector público autonómico, ejercicios 2006 y 2007”, aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas, en su sesión de 29 de marzo de 2012. El Tribunal recuerda la previsión del artículo 67.2 del EBEP, el art. 5 del Real Decreto legislativo 670/1987 y la DA 23ª de la Ley orgánica 4/2007, que modifica la LOU, que estableció que el Gobierno, las CCAA y las universidades promoverán el establecimiento de acuerdos para la jubilación anticipada del PDI, “en el marco del estudio que el Gobierno realice y envíe al Congreso de los Diputados sobre el acceso a la jubilación voluntaria anticipada de determinados colectivos” y concluyendo que un futuro Estatuto del personal Docente e Investigador fuese encargado de desarrollar todas esas provisiones. La conclusión nº20 del informe dice: “Los acuerdos adoptados en el seno de las Universidades estableciendo planes de jubilaciones voluntarias anticipadas e incentivadas para el PDI funcionario carecen de soporte legal, por lo que las Universidades deberían suspender la vigencia de los mismos y, en consecuencia, poner fin a la incorporación de nuevos beneficiarios”. En la actualidad, las universidades han paralizado el proceso de jubilaciones anticipadas.

La figura de Profesor Emérito se contempló en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y se ha regulado posteriormente por el RD 898/1985 de 30 de abril, sobre Régimen de Profesorado Universitario<sup>272</sup>, modificado por el RD 1200/1986, de 13 de junio<sup>273</sup>, por el RD 554/1991, de 12 de abril<sup>274</sup> y RD 70/2000, de 21 de enero<sup>275</sup>. El art. 22 de la citada

---

<sup>271</sup> BOE 30-9-1994, nº234.

<sup>272</sup> BOE 19-6-1985, nº146

<sup>273</sup> BOE 25-6-1986, nº151

<sup>274</sup> BOE 19-4-1991, nº94



norma establece que: “las Universidades, previo informe de la Comisión Académica del Consejo de Universidades, podrán declarar profesores eméritos a aquellos numerarios jubilados que hayan prestado servicios destacados a la Universidad española, al menos, durante diez años”. La declaración de profesor emérito implica “la constitución de una relación de empleo contractual, de carácter temporal, conforme establezcan los Estatutos de la Universidad respectiva, con la correspondiente retribución que será siempre compatible con la percepción de su pensión como jubilados. La citada relación será revisada, al menos, cada tres años y su prórroga tendrá que ser expresa, para lo cual se tendrá en cuenta la capacidad docente e investigadora del interesado y deberá oírse al departamento universitario al que pertenezca”. El nombramiento como profesor emérito, además de su carácter honorífico y demás derechos que comporta, implicará que dichos profesores puedan realizar todo tipo de colaboraciones con la Universidad que los nombre, en la forma que establezcan sus Estatutos. Los departamentos universitarios podrán asignarles obligaciones docentes y de permanencia diferentes a los regímenes de dedicación del resto del profesorado y, preferentemente, la impartición de seminarios y cursos monográficos y de especialización. En todo caso, el número de profesores eméritos contratados no podrá exceder, en ningún caso, del 3% de la plantilla docente de cada Universidad.

La Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades<sup>276</sup> (en adelante, LOU), por su parte, disponía en su art. 54.1 que: “Las Universidades públicas podrán contratar con carácter temporal, en régimen laboral y de acuerdo con lo establecido en los Estatutos, profesores eméritos entre funcionarios jubilados de los cuerpos docentes universitarios que hayan prestado servicios destacados a la Universidad.” La modificación de la LOU por la Ley orgánica 4/2007, de 12 de abril<sup>277</sup>, suprime el requisito de la previa pertenencia a los cuerpos docentes universitarios, en la nueva redacción de su art. 54 bis, al establecer 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.”

La Disposición adicional 12 LGSS permite compatibilizar el percibo de la pensión de jubilación y el desempeño de las tareas de Profesor universitario emérito. En consecuencia, el supuesto se configura como una excepción a la declarada incompatibilidad entre el percibo de una pensión de jubilación en su modalidad contributiva y la realización de un servicio para la Administración pública, en este caso, para la Universidad pública. La aplicación de la norma en sus estrictos términos exige acudir a la ordenación correspondiente para concretar la figura, teniendo en este aspecto

---

<sup>275</sup> BOE 22-1-2000, nº19

<sup>276</sup> BOE 24-12-2001, nº307

<sup>277</sup> LEY ORGÁNICA 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE 13-4-2007, nº89)



en cuenta su regulación, legal y reglamentaria, y la reciente reforma introducida en la legislación universitaria.

En la ordenación de la figura se señalan las características básicas de la prestación de servicios, entre las que destaca su configuración obligatoria como una relación de empleo contractual laboral y con carácter temporal que viene completada por los convenios colectivos aplicables. A título de ejemplo, el I Convenio colectivo del Personal Docente e Investigador con vinculación laboral de las Universidades Públicas de Madrid en su art. 11.6 señala que la duración de los contratos del Profesor Emérito será de un año, prorrogable por otros dos periodos de un año cada uno. En todo caso, estos contratos no pueden superar el 2 % de la plantilla de personal docente contratado. En este régimen, el Profesor emérito realiza su actividad a cambio de una compensación salarial que resulta compatible con la obtención y el disfrute de la pensión de jubilación.

La DA 22 LOU establece que “los profesores eméritos no serán dados de alta en el Régimen general de la Seguridad Social”. Por su parte, el art. 22.10 10 del RD 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, establece que: “La contratación de profesores eméritos estará exenta del cumplimiento de las obligaciones que en materia de cotización establezcan las disposiciones del sistema de la Seguridad Social”. Se trata de una excepción a la regla general del art. 97.1 LGSS y “al no preverse un encuadramiento alternativo, implica la condición de emérito, considerada aisladamente, no permite el encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, ni genera, por tanto obligación de cotizar para la universidades contratantes ni para el trabajador. Esta singularidad implica lógicamente que los periodos trabajados como emérito no generarán una protección autónoma del sistema de Seguridad Social, sin que quepa causar prestaciones diferentes a la ya causada en el sistema de Clases Pasivas. Y, sobre todo, que esta última establecida en su cuantía en el momento de la jubilación administrativa, permanecerá inalterable”<sup>278</sup>.

En definitiva, sólo los profesores funcionarios que, tras el cese en el puesto por el cumplimiento de la edad y el acceso a la pensión de jubilación, sean contratados por una Universidad pública española como profesor emérito, pueden compatibilizar la realización de su actividad, de forma temporal y remunerada, con la percepción de la pensión que abona el sistema de la Seguridad Social.

#### b.) Profesores eméritos en Universidades Privadas

A la vista de lo anterior, otros sujetos protegidos que carezcan de las referidas condiciones deben optar por mantener la pensión de jubilación y abstenerse de cualquier actividad retribuida, o suspender el derecho a la prestación social en tanto desarrollan una nueva prestación de servicios, con las salvedades y condiciones previstas

---

<sup>278</sup> GOERLICH PESET, J.M. *Compatibilidad de las pensiones de jubilación con la retribución de los profesores eméritos* en L. López Cumbre (Coord.), “*Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luís Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*”, Madrid, Iustel, 2007, p. 447.



legalmente para la jubilación parcial (art. 166.3 LGSS) y para la jubilación “flexible” (art. 165.1.2º LGSS).

Así se extrae con claridad de la Resolución de 23 de julio de 1999, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, acerca de la Posibilidad de equiparación de los profesores mayores de 65 años de Universidades Privadas a los profesores eméritos de la Universidades Públicas, para la aplicación de la Disposición Adicional Duodécima de la Ley General de la Seguridad Social<sup>279</sup>.

En la misma se afirma con claridad que: “en definitiva, no puede deducirse de ello sino que las referencias contenidas en la antes reseñada Disposición Adicional Duodécima a los Profesores universitarios eméritos se proyecta exclusivamente sobre aquellos profesores que pertenezcan al indicado sector público y no así a los pertenecientes al sector privado, por más que los mismos puedan tener ciertas semejanzas con los primeros. [...] A este respecto, debe tenerse presente que el motivo o justificación de la creación de la figura administrativa del Profesor emérito se encuentra en el carácter forzoso de la edad de jubilación del personal funcionario, circunstancia que no concurre en el profesorado de las universidades privadas, que pueden mantener su vínculo laboral sin sujeción a límite de edad. [...] Por lo demás, la misma conclusión se alcanza si se repara, con carácter más general, en que la completa regulación vigente sobre los Profesores universitarios eméritos, regulación que ha sido reflejada en el presente escrito, se halla referida de manera exclusiva al indicado sector público de la Administración”. Para concluir que “por otra parte, la referencia contenida en el IX Convenio Colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria, no puede entenderse como una equiparación del profesor mayor de 65 años de una universidad privada con el Profesor emérito, al menos en lo que a su régimen de Seguridad Social se refiere, al ser ésta una materia no susceptible de negociación colectiva, con la excepción de las mejoras voluntarias, conforme determina el artículo 39.2 de la Ley General de la Seguridad Social”.

#### 4. Excepciones “residuales” de la Ley General de Seguridad Social a la regla de incompatibilidad

##### 4.1 Compatibilidad derivada de la integración en el Régimen General de Regímenes Especiales de Seguridad Social: el caso de Régimen Especial de los Trabajadores Ferroviarios

La Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social<sup>280</sup>, en su DA 2ª ordenó al Gobierno que, en el plazo de seis meses, realizara la supresión e integración en el

---

<sup>279</sup> SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Catálogo de resoluciones administrativas*, Madrid, MTAS, 2005, pp.431-432

<sup>280</sup> BOE 1-8-1985, nº183



Régimen General o en otros Regímenes Especiales de algunos Regímenes Especiales no previstos por el artículo 10.2 LGSS (74) y que se habían creado mediante normas reglamentarias, y también de algunos de los que sí aparecían listados. Se trataba de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios<sup>281</sup>, de Artistas<sup>282</sup>, de Profesionales Taurinos<sup>283</sup>, de Representantes de Comercio<sup>284</sup>, de Escritores de Libros<sup>285</sup> y de Futbolistas Profesionales<sup>286</sup>.

Mediante el RD. 2621/1986, de 24 de diciembre<sup>287</sup>, se procedió a efectuar la integración en el Régimen General de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, jugadores Profesionales de Fútbol, Representantes de Comercio, Artistas y Profesionales Taurinos, y el de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. De este modo, a partir del 1 de enero de 1987, quedaron obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen General, por razón de identidad en cuanto a la naturaleza jurídica de la relación profesional, de base netamente laboral, las categorías y grupos profesionales que hasta aquella fecha estaban comprendidos en el campo de aplicación de aquellos Regímenes Especiales extinguidos por la Ley 26/1985.

Tanto la escasa consistencia de los colectivos protegidos -pues, salvo el Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios (con alrededor de 70.000 trabajadores cotizantes en el momento de la integración), el resto destacaba por el corto número de personas incluidas en el campo de aplicación de los Regímenes Especiales integrados, en algún caso prácticamente ridículo (el Régimen Especial de Escritores de Libros apenas alcanzaba el medio millar de sujetos cotizantes), como la semejanza o identidad de la naturaleza jurídica de las actividades profesionales desarrolladas por los sujetos

---

<sup>281</sup> Regulado por el Decreto 2824/1974, de 9 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Ferroviarios (BOE7-10-1974, nº240).

<sup>282</sup> Regulado en el Decreto 2133/1975, de 24 de julio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Artistas (BOE 10-9-1975, nº217)

<sup>283</sup> Cuyo régimen jurídico se encuentra en el Real Decreto 1024/1981, de 22 de mayo, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Toreros (BOE 5-6-1981, nº134)

<sup>284</sup> Regulado en el Decreto 2409/1975 de 23 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Representantes de Comercio (BOE 16-10-1975, nº248)

<sup>285</sup> Decreto 3262/1970, de 29 de octubre, por el que se establece y regula el Régimen de la Seguridad Social de los Escritores de Libros (BOE 17-11-1970, nº275)

<sup>286</sup> Regulado en el Real Decreto 2806/1979, de 7 de diciembre, por el que se establece el Régimen Especial de la Seguridad Social de los jugadores profesionales de fútbol (BOE 15-12-1979, nº300)

<sup>287</sup> Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (BOE 30-12-1986, nº312)



incluidos en los Regímenes Especiales integrados en relación al Régimen General, hacían irracional la existencia diferenciada de cada uno de los Regímenes Especiales<sup>288</sup>.

Originariamente, la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>-b) del Decreto de 9 de agosto de 1974, sobre Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Ferroviarios, venía a establecer que la pensión de jubilación continuará siendo compatible con cualquier trabajo ajeno a la entidad ferroviaria de procedencia, en aquéllos regímenes que así lo tuvieren establecido.

Las pensiones de jubilación causadas al amparo de dicho extinto Régimen Especial de empleados ferroviarios<sup>289</sup>, resultan compatibles con el trabajo ajeno a la entidad ferroviaria de procedencia del interesado siempre que no se hallara prohibido por concurrencia o interés opuesto a la explotación ferroviaria. Así se extrae de la DT 3.I b) y cuarta del Decreto 2824/1974, de 9 de agosto. A tenor de la misma: “Los trabajadores fijos al servicio de RENFE ingresados con anterioridad al catorce de julio de mil novecientos sesenta y siete, y como compensación de los derechos que tenían reconocidos en el Reglamento de Régimen Interior de RENFE les serán de aplicación las siguientes normas, cuando así lo soliciten los interesados: b) La pensión de jubilación será compatible con cualquier trabajo retribuido ajeno a RENFE, salvo con aquellos que en activo estén prohibidos por su concurrencia o interés opuesto a la explotación ferroviaria, de acuerdo con lo que preveía el artículo ciento noventa y ocho de la Reglamentación Nacional de Trabajo de RENFE de veintinueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro. Será en cambio incompatible el percibo de la pensión de jubilación con un sueldo en activo de la propia RENFE. Por su parte, la DT 3.4 del Decreto 2824/1974, establece que los trabajadores fijos de FEVE y de las Compañías Concesionarias de Ferrocarriles de Uso Público, ingresados en dichas Entidades con anterioridad al diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, les serán de aplicación las siguientes normas, cuando así lo soliciten los interesados: La pensión de jubilación continuará siendo compatible con cualquier trabajo retribuido ajeno a la Entidad ferroviaria de procedencia en aquellos regímenes que así lo tuviesen establecido, salvo con aquellos trabajos que en activo estén prohibidos por concurrencia o interés opuesto a la explotación ferroviaria, de acuerdo con lo que preveían las disposiciones específicas en la materia”.

Tales preceptos dieron lugar a una consolidada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo («*ad exemplum*», STS 24-7-1992, R°2117/1991; 23-9-1992, R°2411/1992 y 18-12-1992, R° 658/1992) en el sentido de que determinan la compatibilidad entre jubilación voluntaria de los empleados de ferrocarriles que se

---

<sup>288</sup> Los datos en BLASCO LAHOZ, J.F., *Regímenes Especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

<sup>289</sup> Para una exposición de conjunto, CAMPS RUIZ, L. M. *Régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios*, RISS, 1972, n.º 4, pp. 791 a 852.





hallasen en el supuesto de referencia, y trabajo, «no sometido a comunicación a la Gestora, ni a autorización de la misma, constituyendo una excepción a la norma del art. 91 de la Ley General de la Seguridad Social, que además, refiere la incompatibilidad a pensiones dentro de un mismo régimen, dando lugar a unas cotizaciones que deben producir plenitud de efectos..., por lo que se sigue que carece de aplicación al caso el art. 16, dos, d) de la OM 18-1-1967».

Ahora bien, la situación varió a partir de 1 de enero de 1987, fecha de la integración en el régimen general, de determinados regímenes especiales, y entre ellos, el de trabajadores ferroviarios, por obra del Real Decreto 2621/1986, de 24 diciembre, (disposición final 2.<sup>a</sup>, ap. 2); cuyo Real Decreto 2621/1986 (dado en desarrollo de las previsiones de la Ley 26/1985, de 31 julio [disposición adicional 2.<sup>a</sup>]), deroga expresamente el antes referido Decreto 2824/1974; de modo que desde la entrada en vigor de aquel RD 2621/1986, y la integración operada según sus disposiciones, no sólo se declara expresamente incompatible la pensión de jubilación ex supuesto previsto en su transitoria 2.<sup>a</sup>, ap. 2 -expresamente para el beneficio anteriormente prevenido, del que se haga uso con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto 2621/1986-, sino que no es factible ya compatibilizar pensión con trabajo por cuenta ajena o propia, a los efectos de ser eficaces las consiguientes cotizaciones (por la segunda actividad, y por ende, hacer posible el lucro de una segunda pensión de jubilación).

Ciertamente, la discusión sobre la compatibilidad del trabajo con una pensión de jubilación causada en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Ferroviarios antes del 1 de enero de 1987 resulta hoy de una “relevancia muy limitada”, puesto que los posibles beneficiarios de las mismas debieron tener a 31 de diciembre de 1986 al menos 55 años de edad<sup>290</sup>.

#### 4.2 Compatibilidad derivada de la integración en la Seguridad Social de las Mutualidades sustitutorias de previsión

##### a.) Delimitación del concepto Mutualidades sustitutorias de previsión

Para obtener la delimitación de la tan reiterada categoría jurídica es necesario, en consecuencia, acudir al análisis del ordenamiento normativo precedente. Es en la Ley de Mutualidades de 1941<sup>291</sup>, en la que se establecía, en su art. 4, que las prestaciones de las Mutualidades y Montepíos en ella regulados "serán totalmente independientes de los beneficios que puedan corresponder a sus asociados como consecuencia de los Seguros Sociales Obligatorios establecidos por el Estado y compatibles con estos, salvo que disposición expresa del Ministerio de Trabajo las declare sustitutivas de dichos Seguros Sociales Obligatorios". Por otro lado, el Reglamento dictado en desarrollo de dicha Ley,

---

<sup>290</sup> CABEZA PEREIRO, J. *La incompatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación total*, cit., p. 652.

<sup>291</sup> Ley de 6 de diciembre de 1941, de Mutualidades (BOE 16-12-1941,nº350)



aprobado por Decreto de 26 de mayo de 1943<sup>292</sup>, en cuyo art. 11, reiterando y precisando la aludida previsión legal, se determinaba que las prestaciones de las citadas Mutualidades y Montepíos "serán compatibles y totalmente independientes de los beneficios que puedan corresponder a sus asociados por consecuencia del Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios establecidos por el Estado, salvo que por preceptos legales en contrario o Disposición expresa del Ministerio de Trabajo se les declare sustitutivos de dichos Seguros Sociales Obligatorios", añadiendo a continuación que "en ningún caso las prestaciones de carácter económico dispensadas por los Montepíos y Mutualidades podrán ser objeto de tal declaración cuando fuesen inferiores a las que se fijen por la legislación general del Seguro o Subsidio de que se trate".

El calificativo de entidades "*sustitutorias*" reaparece en el texto de la DT 6ª.7 de la Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974, que establecía que: "el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo [...], determinará la forma y condiciones en que se integrarán en el Régimen General de la Seguridad Social, o en alguno de sus Regímenes Especiales, aquellos sectores laborales que, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, se encuentren comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, pero que en 24 de abril de 1968 no estuvieran encuadrados en una Institución de Previsión Laboral de las enumeradas en el artículo 1 del Decreto de 10 de agosto de 1954 y tuteladas por el Servicio de Mutualidades Laborales del Ministerio de Trabajo o en las Entidades Gestoras correspondientes de los Regímenes Especiales. Las normas que se establezcan contendrán las disposiciones de carácter económico que compensen, en cada caso, la integración dispuesta".

El citado proceso de integración se reguló inicialmente en el RD 1879/1978, de 23 junio<sup>293</sup> y, de modo sucesivo, en los RRDD. 232/1980, 1 de febrero<sup>294</sup>; 1220/1984, de 20 de junio<sup>295</sup> y 2248/1985, de 22 noviembre<sup>296</sup>. El art. 1 del RD. 1879/1978, de 23 de junio, por el que se dictan normas de aplicación a las entidades de previsión social que actúan como sustitutorias de las correspondientes entidades gestoras del régimen general o regímenes especiales de la Seguridad Social definía en su art. 1 su campo de aplicación situándolo en aquellas "entidades de previsión regidas por la Ley de 6 de

---

<sup>292</sup> Decreto de 26 de Mayo de 1943, por el que se aprueba el Reglamento sobre Régimen de Mutualidades y Montepíos (BOE 10-6-1943, nº161)

<sup>293</sup> Real Decreto 1879/1978, de 23 de junio, por el que se dictan normas de aplicación a las Entidades de Previsión Social que actúan como sustitutorias de las correspondientes Entidades Gestoras del Régimen General de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, BOE 10-8-1978, nº190

<sup>294</sup> Real Decreto 232/1980, de 1 de febrero, por el que se aprueba la disolución de la Mutualidad de Funcionarios de la Obra de Protección de Menores y se autoriza la incorporación de su colectivo al Régimen General de la Seguridad Social, respecto de las contingencias gestionadas por dicha Entidad (BOE 8-2-1980, nº34)

<sup>295</sup> Real Decreto 1220/1984, de 20 de junio, sobre integración de los colectivos de la Mutualidad de la Previsión en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE 27-6-1984, nº153)

<sup>296</sup> Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, sobre integración en la Seguridad Social de las Entidades que actúan como sustitutorias de aquélla (BOE 30-11-1985, nº287).



diciembre de 1941 que actúen en sustitución de las Entidades Gestoras en la gestión de las contingencias correspondientes al Régimen General o de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social". Por su parte, el art. 3 regulaba un procedimiento de cómputo recíproco aplicable entre las cotizaciones realizadas a las entidades de previsión social que actuaran en sustitución de las entidades gestoras del régimen general o de regímenes especiales y las cotizaciones realizadas a tales regímenes configurando como régimen competente aquel en el que se encontrara el trabajador en el momento de suceder el hecho causante.

Finalmente, la DT 8 de la hoy derogada Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado<sup>297</sup>, cuyo contenido fue incorporado como DT 9 de la Ley General de la Seguridad Social (derogada con posterioridad por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados<sup>298</sup>), estableció ciertos criterios de actuación con respecto a las "Entidades de Previsión Social que no tengan la consideración legal de sustitutorias de la Seguridad Social y cuyos colectivos estén incluidos en el campo de aplicación de la misma, pero no hayan sido integrados en el Régimen de Seguridad Social que corresponda".

De la interpretación integrada de las referidas disposiciones es posible deducir el conjunto de rasgos y condicionamientos, de orden tanto formal como material, que las entidades sustitutorias habrían de acreditar para poder ser calificadas como tales:

1º) El carácter de entidad sustitutoria es susceptible de "consideración legal" y exige no sólo la mera materialidad de ejercer en sustitución de otro, sino que requiere inexcusablemente que esa función sustitutoria sea llevada a cabo en los términos y con los requisitos y condicionamientos que estén previstos legalmente.

2º) La entidad sustitutoria exigía que el colectivo de referencia estuviese integrado en la Seguridad Social a todos los efectos, de manera que, caso de no existir esa entidad, la gestión de las correspondientes prestaciones sería llevada a cabo por las respectivas Entidades Gestoras.

3º) Las entidades sustitutorias se obligaban a tener un régimen de prestaciones, como mínimo, igual al establecido por la Seguridad Social. Así, el art. 2.1 del RD 1879/1978, de 23 junio, citado, establecía que: "las Entidades de Previsión Social a que se refiere el artículo primero de este Real Decreto, deberán otorgar como mínimo las prestaciones incluidas en la acción protectora obligatoria de la Seguridad Social en las cuantías vigentes en cada momento en el régimen de que se trate".

4º) De igual forma, la entidad sustitutoria debía haber efectuado una separación económico- financiera y patrimonial entre los recursos afectos a la parte de Seguridad Social en que se producía esa sustitución, de la parte que podría calificarse como

---

<sup>297</sup> BOE 4-8-1984, nº186

<sup>298</sup> BOE 9-11-1995, nº268



complementaria (tanto por aplicación del RD 1879/1978, como de la Ley 33/1984). De igual modo, el art. 2.2 del RD 1879/1978, de 23 junio, señalaba que: “cuando la gestión de las Entidades de Previsión Social sea de carácter mixto por comprender Seguridad Social Obligatoria y la Previsión Social Voluntaria o complementaria, se separarán dichas funciones en el orden económico-financiero y contable, especificándose la afectación de los recursos correspondientes a cada una de ellas”. Plazo que se concretaba en la DF 2ª de la Ley 33/1984 en tres años.

5º) Las Mutualidades de Previsión Social, al menos en la parte en que fuesen sustitutorias, siempre quedaron bajo la dirección y tutela del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

6º) A su vez y con independencia de que las prestaciones fuesen gestionadas por la entidad sustitutoria, los interesados debían afiliarse en el sistema de la Seguridad Social y/o darse de alta en el respectivo Régimen de encuadramiento.

b.) Mutualidades integradas en el Régimen General de la Seguridad Social: La Mutualidad de la Previsión

La Mutualidad de la Previsión fue creada por Real Orden de 18 de septiembre de 1926, en el seno del Instituto Nacional de Previsión, con las siguientes características: se trata de un auténtico sistema de seguridad social, de carácter obligatorio para los funcionarios de una serie de Organismos descentralizados, que carecían de la protección del Estatuto de Clases Pasivas (concretamente, los del INP y otros organismos autónomos que se adhirieron). Se subraya el carácter obligatorio recogido en el art. 1 del Reglamento de la Mutualidad, de 10 de septiembre de 1929, reproducido en los Reglamentos de 1948, 1953, 1971 y 1978.

Como consecuencia del «advenimiento del sistema de la seguridad social», los funcionarios civiles y militares quedan integrados en sus respectivos regímenes especiales (MUFACE e ISFAS), en tanto para los funcionarios de las entidades estatales autónomas se mantiene su régimen preexistente a través de la Mutualidad de la Previsión, dictándose el Reglamento de 1971, que convierte la protección que ésta venía desempeñando en un auténtico Régimen Especial de la Seguridad Social y en modo alguno en un régimen sustitutorio del Régimen Especial de la Seguridad Social.

Conforme al art. 2.3 RD 1220/1984, de 20 de junio, por el que se produjo la integración de la antigua Mutualidad de la Previsión en el Régimen General de la Seguridad Social, las prestaciones causadas con anterioridad a la integración sólo serían asumidas por el Régimen General en los términos y condiciones reglamentarias vigentes en dicho Régimen y por las cuantías resultantes de las cotizaciones obligatorias del mismo.

El Reglamento de la Mutualidad de la Previsión, de 30 de julio de 1971 que en su art. 23 establecía que: “Las prestaciones de la Mutualidad serán compatibles con los beneficios o prestaciones que correspondan al Mutualista en cualquier mutualidad o régimen de previsión, ya sea voluntario u obligatorio”. Esto ha permitido a la



jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus SSTS 2-6-1993, R°2688/1992 y 7-12-1994, R° 776/1994, considerar que las pensiones de jubilación reconocidas por la Mutualidad de la Previsión son compatibles con las rentas de trabajo aún después de haberse producido la integración en la Seguridad Social. Asimismo, las prestaciones complementarias garantizadas por la disposición final segunda RD 1220/1984, de 20 de junio, por el que se produjo la integración de la citada Mutualidad en el Régimen General, son compatibles con el trabajo si cuando se reconoció la pensión originaria por la Mutualidad de Previsión lo eran, tal y como confirmara la STS 23-6-1998, R° 2905/1997.

También aquí, para el Tribunal Supremo la integración de los antiguos mutualistas (y de sus pensiones de jubilación) en el Régimen General en los términos y condiciones vigentes en el mismo debe entenderse como referida a las condiciones esenciales e intrínsecas de la prestación y no a las circunstancias ajenas que pertenecen a su desarrollo o dinámica. En este sentido, la regulación del régimen de incompatibilidades contenida en la LGSS no se entiende como un elemento o factor esencial; como consecuencia de la integración no cabe entender que las incompatibilidades de las prestaciones cambiaron para sus beneficiarios.

c.) Pensiones de jubilación reconocidas por la Institución Telefónica de Previsión

La Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966 establecía la inclusión obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social de todos los trabajadores por cuenta ajena de las distintas ramas de la actividad económica, entre los que se encontraban los trabajadores de «Telefónica de España Sociedad Anónima», asociados a Institución Telefónica de Previsión. No obstante, la propia Ley, en su disposición transitoria quinta, once, exceptuaba, con carácter transitorio, la inclusión inmediata de determinados colectivos que gozaban en aquel momento de un régimen específico de protección social.

Ante el exceso del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la citada Ley de Seguridad Social sin que se hubiera puesto fin a la referida excepción, que por su carácter de transitoriedad debería haber desaparecido en un tiempo prudencial, y que ni siquiera se hubieran dictado las disposiciones normativas adecuadas para establecer las condiciones en que tales integraciones deberían producirse, el Gobierno, en cumplimiento de lo establecido en la disposición transitoria sexta, siete, de la actual Ley General de la Seguridad Social, que recoge el contenido íntegro de la citada disposición transitoria quinta, once, de la Ley de 21 de abril de 1966, procedió, mediante el Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre<sup>299</sup>, a establecer las condiciones en que las integraciones de referencia deberían producirse.

---

<sup>299</sup> Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, sobre integración en la Seguridad Social de las Entidades que actúan como sustitutorias de aquélla (BOE 30-11-1985, nº287)



Por otra parte, la disposición final segunda de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación de Seguros Privados, establecía que las Entidades de Previsión Social que actuaran en sustitución de la Seguridad Social obligatoria y que otorgaran además otras prestaciones deberían establecer la separación económico-financiera y contable de los recursos y patrimonios afectos a las prestaciones de Seguridad Social, a la que la Entidad sustituyera, de los afectos a la Previsión Social voluntaria, salvo que se decidiera la integración de las prestaciones sustitutorias en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

El Acuerdo de Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 1991 decidió, con efectos de 1 de enero de 1992 y de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 2248/1985, de 20 de noviembre, la integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los colectivos de activos y pasivos que venían percibiendo, a través de la Institución Telefónica de Previsión Social, prestaciones en sustitución de las que otorga el sistema de la Seguridad Social.

A los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el Real Decreto citado, la Orden Ministerial de 30 de diciembre de 1991<sup>300</sup> procedió a determinar los efectos que dicha integración ha de producir para los activos, así como el procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones a asumir por el Régimen General de la Seguridad Social respecto a los pasivos de referencia.

Desde la premisa de su carácter sustitutorio, la doctrina de suplicación ha considerado que los pensionistas que habían accedido a dicha condición antes del 1 de enero de 1992 podían legítimamente compatibilizar el cobro de la prestación de Seguridad Social con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena que diera lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social. Ejemplo de dicha interpretación es la STSJ Madrid 5-10-1997, Rº 6353/1996, y ello pese al carácter equívoco del artículo único, segunda del RD 2248/1985, de 20 de noviembre, de acuerdo con el cual: “La Entidad Gestora competente, en la cuantía, términos y condiciones que resulten de aplicar las normas de la Seguridad Social vigentes en el momento del correspondiente hecho causante, asumirá las prestaciones económicas de carácter periódico que, comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social, vinieran percibiendo quienes se encuentren incluidos en los colectivos que se integran”.

d.) Pensiones de jubilación reconocidas por la Mutualidad Nacional de la Administración Local

La DT 3ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992 (BOE 31-12-1991, nº313), y la DT 3ª de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre,

---

<sup>300</sup> Orden de 30 de diciembre de 1991 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros sobre la integración en el Régimen General de la Seguridad Social de los colectivos de Institución Telefónica de Previsión y se desarrollan determinados aspectos del mismo (BOE 1-1-1992, nº1)





de Presupuestos Generales del Estado para 1993 (BOE 31-12-1992, nº312), autorizaron al Gobierno para que procediera a la integración del colectivo incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, en el Régimen General de la Seguridad Social, en las condiciones, términos y plazos que reglamentariamente se determinaran. A tal efecto, el RD 480/1993, de 3 de abril<sup>301</sup>, procedió a establecer los términos y efectos jurídicos de dicha integración en el Régimen General de la Seguridad Social del personal pasivo y activo que venía recibiendo la acción protectora de la Seguridad Social a través de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL). La disposición adicional Tercera del RD. 480/1993 procedió a suprimir la MUNPAL. De este modo y, de acuerdo con el art. 1 del citado Real Decreto, “el personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local, quedará integrado con efectos del 1 de abril de 1993 en el Régimen General de la Seguridad Social”.

Conforme al art. 1.2 RD 480/1993, de 2 de abril, a partir de la fecha de integración, al personal activo y pasivo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local le será de aplicación la normativa del Régimen General. Por su parte el art. 2 del citado Reglamento dispone que las pensiones -tanto la parte básica, como la mejora- reconocidas por la Mutualidad Nacional de la Administración Local por hechos causantes anteriores al 1 de abril de 1993, serán asumidas por el Régimen General de la Seguridad Social a partir de dicha fecha en la cuantía que tuvieran el 31 de marzo de 1993 y con la naturaleza y condiciones que fueron reconocidas, pasando sus titulares a tener la consideración de pensionistas en el Régimen. En fin, el art. 7.1 del mismo texto legal preceptúa, además, que las pensiones de jubilación que se causen a partir del 1 de abril de 1993 se reconocerán de acuerdo con lo previsto en el Régimen General de la Seguridad Social. Todo ello sin perjuicio de las particularidades que el propio RD 480/1993 contempla.

Aunque las normas legales y reglamentarias reguladoras de la pensión de jubilación en el Régimen General proclaman su incompatibilidad con el trabajo del pensionista, sin embargo, la naturaleza y condiciones de la pensión no se vieron modificadas por la integración, resultando de aplicación a las mismas lo dispuesto en el art. 42.1 de los Estatutos de la Mutualidad aprobados por Orden de 9 de diciembre de 1975<sup>302</sup> a cuyo tenor: “toda prestación de la Mutualidad tendrá carácter personal e intransferible y, en principio, será compatible con el percibo de otros ingresos, cualquiera que sea su

---

<sup>301</sup> Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el Régimen General de la Seguridad Social el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local (BOE 3-4-1993, nº80)

<sup>302</sup> ORDEN de 9 de diciembre de 1975 por la que se revisan los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (BOE 16-12-1975, nº301)



carácter”. De igual modo, el art. 49.3 de dichos Estatutos precisaba, para el caso específico de la jubilación, que la pensión solo era incompatible: “con el abono de sueldos, gratificaciones u otros cualesquiera devengos activos satisfechos con cargo a los presupuestos del Estado, Provincia, Organismo autónomo y servicios administrativos sin personalidad jurídica [...]”.

Como consecuencia de todo ello, cuando los servicios del titular de la pensión de la MUNPAL implicaban su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social o en el RETA antes del 4 de abril de 1993, ello no implicaba necesariamente la suspensión de la pensión de jubilación que viniera recibiendo ni resultaban indebidas las cantidades percibidas en concepto de pensión en el periodo en que coincidieran alta y pensión.

Como puso de manifiesto el Tribunal Supremo en su STS 1-4-1997, R° 4160/1996, la integración de los antiguos mutualistas (y de sus pensiones de jubilación) en el Régimen General “con las condiciones y naturaleza en que fueron reconocidas”, debe entenderse como referida a las condiciones esenciales e intrínsecas de la prestación y no a las circunstancias ajenas que pertenecen a su desarrollo o dinámica. Y en este sentido, la regulación del régimen de incompatibilidades contenida en la LGSS no aparece configurada como un elemento o factor esencial; de ahí que, como consecuencia de la integración, no cabe entender que el régimen de incompatibilidades de las prestaciones cambió para sus beneficiarios, por lo que permanece vigente la compatibilidad entre pensión mutual y trabajo. Reproduciendo el propio tenor de la citada sentencia: “No cabe entender que el precitado artículo 2 establezca, para el colectivo pasivo integrado, un régimen de incompatibilidades que no estaba en vigor en período anterior a la integración, en cuanto dicho precepto afirma que las pensiones reconocidas por la MUNPAL y que se reconozcan por hechos anteriores a 1 de abril de 1993, «serán asumidas por el Régimen General de la Seguridad Social... con la naturaleza y condiciones que fueran reconocidas». Esta norma no se dirige, sin duda, a establecer un régimen de incompatibilidades no existente en el Régimen Mutual previo, sino que ha de entenderse que aquellas palabras -naturaleza y condiciones- hacen estricta alusión a las circunstancias esenciales e intrínsecas de la misma, pero no a aquellas que sin conexión con el carácter intrínseco de la prestación, pertenecen a su dinámica y desarrollo. Ello conduce a concluir que el reconocimiento de la pensión ya causada en el Régimen Mutual y asumida por el Régimen General de la Seguridad Social, a partir de su integración, en abril de 1993, habrá de serlo, «con la naturaleza y condiciones que fuera reconocido, pasando sus titulares a tener la consideración de pensionistas del Régimen General». Consecuentemente, pues, permanece vigente, la compatibilidad entre pensión mutual y trabajo, conforme a la normativa en que la prestación fue reconocida, y sin que deba interpretarse aquellos términos citados -a falta de norma expresa- como instaurador de un régimen de incompatibilidad sobrevinida tras el hecho causante de la primitiva prestación de jubilación”.



Así pues, respecto a las pensiones de jubilación causadas por los funcionarios de la Administración Local y como resumen de todo lo anterior, cabe afirmar que:

a) Las pensiones de jubilación cuyo hecho causante sea posterior a 31 de marzo de 1993 estarán sometidas al sistema de incompatibilidades previsto en el Régimen General, como se extrae del art. 1.1 del RD 480/1993 que establece que: “las pensiones de jubilación que se causen a partir del 1 de abril de 1993 se reconocerán de acuerdo con lo previsto en el Régimen General de la Seguridad Social”.

b) Las pensiones de jubilación cuyo hecho causante sea anterior a 1 de abril de 1993, aunque hayan sido reconocidas con posterioridad a dicha fecha, serán incompatibles con el desempeño de cualquier puesto de trabajo en el sector público delimitado según lo establecido en el art. 1.1 Ley 53/1984; por el contrario, serán compatibles con cualquier otro trabajo que no se desarrolle en dicho sector.

Pudiera plantearse en estos casos una posible vulneración del principio de igualdad dada la diferencia de trato que se produce entre los referidos colectivos. A tal efecto es preciso recordar, en este punto, que el art. 14 CE sólo se viola si la diferencia de trato que una norma introduce está desprovista de una justificación objetiva y razonable, en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (SSTC 75/1983, 150/1991 y 222/1992, entre otras muchas). De esta forma, el respeto al principio de igualdad implica la superación de una triple comprobación sobre la razonabilidad, la proporcionalidad y la relevancia de las desigualdades. En el presente caso, el tratamiento diferencial obedece a un factor objetivo y del todo razonable, cual es, como ha quedado expuesto, la diferencia de régimen jurídico preexistente en ambas situaciones. En efecto, tras la modificación operada por el RD. 480/1993, el sistema de previsión social establecido para los afiliados a la MUNPAL ha dejado de tener virtualidad, siendo sustituido globalmente por el nuevo, y los preceptos del Real Decreto no hacen sino precisar el alcance de la integración de los funcionarios de Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social. Como el Tribunal Constitucional ha precisado en múltiples ocasiones, la diferencia de trato derivada de un cambio normativo no es contraria al principio de igualdad consagrado en la Norma fundamental, de modo que, como hemos señalado en la STC 39/1992, FJ. 8, “las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación, en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativas distintas constituyen, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato”.

Finalmente, la Administración de la Seguridad Social ha entendido en la Resolución emitida por la Dirección General de Ordenación Jurídica de 8 de noviembre de 1993 que es posible reconocer una única pensión de jubilación teniendo en cuenta, no sólo las cotizaciones acreditadas en el Régimen General, sino también las efectuadas previamente a la Mutualidad de la Administración Local y en razón de las cuales se



había causado anteriormente la pensión de jubilación de dicha Mutualidad previa renuncia a ella que, cuando la actividad desarrollada por el pensionista de la citada Mutualidad viniera siendo desempeñada con anterioridad al 1 de abril de 1993. En este caso, se afirma la misma podrá llegar a generar, incluso, derecho a otra pensión en el Régimen de que se trate siempre que se cumplan todos los requisitos exigidos, siendo además una y otra compatibles. De no acreditarse éstos, las cotizaciones efectuadas se totalizarán con las del régimen integrado teniendo en cuenta las reglas del cómputo recíproco de cotizaciones para reconocer una única pensión que, en estos casos, será incompatible con la anteriormente reconocida, por lo que se deberá optar entre una y otra; en estos supuestos, entendiéndose además que no resultarían de aplicación, respecto de los períodos de actividad simultánea, si los hubiere, las normas sobre pluriempleo para determinar la nueva pensión ya que ello supondría reconocerle más derechos que los atribuidos con anterioridad a la integración a los pensionistas de esta Mutualidad.

5. *La aceptación de la plena compatibilidad entre la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social y el ejercicio de una profesión colegiada: el caso de las Mutualidades alternativas*

5.1 Antecedentes: el caso de las Mutualidades alternativas

Frente a la posibilidad de inclusión obligatoria en el RETA, para todos los profesionales liberales colegiados que ejerciesen su actividad por cuenta propia, en igualdad de condiciones y exigencias previstas para el resto de las personas que ejercían una actividad por cuenta propia, el Real Decreto 2504/1980, de 24 de octubre<sup>303</sup>, estableció para aquéllas un régimen de incorporación colectiva, es decir, de todos los profesionales que, ejerciendo una actividad por cuenta propia, estuviesen colegiados en el respectivo Colegio Profesional, si bien dicha incorporación quedaba supeditada a dos condiciones esenciales: una previa solicitud de los órganos superiores del Colegio Profesional y la aprobación de la petición, manifestada a través de la aprobación de la respectiva Orden Ministerial. Esta exigencia fue declarada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional al entender en su STC 66/1982 que “la propia naturaleza del sistema de la Seguridad Social exige su evolución obligatoria, a amplias colectividades..., ya que, en otro caso, de admitir la inclusión individual, se alteraría fundamentalmente la naturaleza del sistema y se distorsionaría el sistema de financiación y la cobertura de riesgos», así como que «constituye una opción política legítima el proponer la incorporación de un determinado grupo o condicionándola a una previa negociación con el respectivo Colegio Profesional”.

---

<sup>303</sup> Real Decreto 2504/1980, de 24 de octubre, por el que se modifican los artículos 2.º y 3.º del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE 18-11-1980, nº277).



Éste fue, por tanto, el camino seguido por algunos profesionales liberales colegiados, a efectos de su incorporación en la Seguridad Social, si bien muchos otros optaron por la no incorporación —siendo uno de los colectivos más importante, el de abogados— manteniendo mecanismos alternativos a los propios de Seguridad Social, a través de Mutualidades de previsión social. Entre los Colegios Profesionales que se incorporaron a la Seguridad Social con posterioridad al Real Decreto 2504/1980, figuran los de Economistas<sup>304</sup>, Odontólogos y Estomatólogos<sup>305</sup>, Veterinarios<sup>306</sup>, Agentes y Comisionistas de Aduanas<sup>307</sup>, Agentes de la Propiedad Industrial<sup>308</sup>, Titulados Mercantiles<sup>309</sup>, Ingenieros Técnicos, Facultativos y Peritos de Minas<sup>310</sup>, Censores Jurados de Cuentas<sup>311</sup>, Asistentes Sociales y Diplomados de Trabajo Social<sup>312</sup>, Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología<sup>313</sup>, Doctores y Licenciados en Ciencias Física<sup>314</sup>, Capitanes, Jefes y Oficiales de la Marina Mercante<sup>315</sup>, Ópticos<sup>316</sup> o Ingenieros Agrónomos<sup>317</sup>.

---

<sup>304</sup> Orden de 17 de julio de 1981 por la que se incluye en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos a los Economistas que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio profesional (BOE 5-8-1981, nº186)

<sup>305</sup> Orden de 25 de septiembre de 1981 por la que se incluye en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los Odontólogos y Estomatólogos que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio profesional (BOE 10-11-1981, nº269).

<sup>306</sup> Orden de 3 de octubre de 1981 por la que se incluyen en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los Veterinarios que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio Profesional (BOE 17-11-1981, nº275).

<sup>307</sup> Orden de 7 de octubre de 1981 por la que se incluye en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos a los Agentes y Comisionistas de Aduanas que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio profesional (BOE 14-12-1981, nº298).

<sup>308</sup> Orden de 20 de octubre de 1981 por la que se incluyen en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los Agentes de la Propiedad Industrial que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio Profesional (BOE 7-12-1981, nº292).

<sup>309</sup> Orden de 18 de diciembre de 1981 por la que se incluye en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los titulados mercantiles que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio profesional (BOE 22-1-1982, nº19)

<sup>310</sup> Orden de 1 de abril de 1982 por la que se incluye en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los Ingenieros Técnicos, Facultativos y Peritos de Minas que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio profesional (BOE 10-4-1982, nº86)

<sup>311</sup> Orden de 13 de abril de 1982 por la que se incluye en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los Censores jurados de Cuentas de España que trabajan por cuenta propia y figuran adscritos al correspondiente Colegio Profesional (BOE 23-4-1982, nº97)

<sup>312</sup> Orden de 29 de julio de 1987 por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros sobre la integración en el Régimen General de la Seguridad Social de la Organización de Trabajos Portuarios y se desarrollan determinados aspectos del mismo (BOE 3-8-1987, nº184)

<sup>313</sup> Orden de 27 de octubre de 1988 por la que se incluye en el Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos a los Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas y Sociología que ejerzan su actividad por cuenta propia y figuren inscritos en el correspondiente Colegio profesional (BOE 8-11-1988, nº268).

<sup>314</sup> Orden de 13 de febrero de 1989 por la que se dispone la incorporación al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de los Doctores y Licenciados en





En virtud de las DA 15ª y Transitoria 5ª.3 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, modificadas por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, determinadas Mutualidades de Previsión Social establecidas por los Colegios Profesionales pasaron a ser desde su entrada en vigor alternativas a la genérica obligación de afiliación y/o alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos<sup>318</sup>.

La entrada en vigor de la Ley 30/1995, de 8 noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, alteró de manera importante la situación anterior, en cuanto que permitió en determinados supuestos la inclusión de los profesionales colegiados en el RETA, con independencia de que mediara o no una solicitud de los órganos superiores de representación del propio Colegio Profesional. Se imponía, de este modo, la autonomía individual frente a la anterior incorporación colectiva en la Seguridad Social, estableciendo la obligación de los profesionales colegiados de quedar encuadrados en el RETA, si bien, en algunos supuestos y a efectos de dar cumplimiento a dicha obligación, el interesado podía optar por solicitar la afiliación y/o el alta en dicho régimen especial o incorporarse a la Mutualidad que tuviese establecida el respectivo Colegio Profesional.

---

Ciencias Físicas que desarrollen su actividad por cuenta propia y figuren inscritos en el correspondiente Colegio profesional (BOE 22-2-1989, nº45)

<sup>315</sup> Orden de 6 de abril de 1989 por la que se incluyen en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los Capitanes, Jefes y Oficiales de la Marina Mercante, que trabajen por cuenta propia y figuren adscritos al correspondiente Colegio Profesional (BOE 17-4-1989, nº91)

<sup>316</sup> Orden de 9 de marzo de 1990 por la que se incluye en el Régimen Especial de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta propia o autónomos a los Opticos que trabajen por cuenta propia y figuren adscritos al correspondiente Colegio profesional (BOE 20-3-1990, nº68)

<sup>317</sup> Orden de 11 de marzo de 1993 por la que se incluye en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos a los Ingenieros agrónomos que trabajen por cuenta propia y figuren adscritos al correspondiente Colegio Profesional (BOE 17-3-1993, nº65).

<sup>318</sup> Sobre esta compleja disposición y sus antecedentes: MOLINA GARCIA, M., *La afiliación al sistema de Seguridad Social español: una obligación alternativa tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados*, AL, 1996, nº47, pp. 905 a 923. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A., *La vinculación a la Seguridad Social de los "colegios profesionales" tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996*, RL, 1996, nº11, pp. 65 a 83. M.C. LOPEZ ANIORTE, *Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema*, RL, 1997, nº22, pp. 35 a 47. MERCADER UGUINA, J.R., *Uso y abuso de las Leyes de Acompañamiento (I) (Modificaciones en materia de Seguridad Social introducidas por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social)*, RL, 1999, nº5, pp. 68 a 130. PANIZO ROBLES, J.A., *El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular*, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), 1999, nº190, pp. 145 a 174 y *La pensión de jubilación de los profesionales colegiados: el caso de los abogados*, en AA.VV., *Tratado de jubilación, Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, Iustel, 2007. Con carácter monográfico, MALDONADO MOLINA, F.J., *Las Mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL  
DE ORDENACIÓN  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL





Es importante subrayar que estas Mutualidades en ningún caso se consideran sustitutorias en el sentido de suplir o relevar, sino alternativas, en términos que nos sugiere una opción, ya que en ninguna norma se exige que la acción protectora dispensada por la misma se equipare a la dispensada por el régimen público. Poseen estas características, a tenor de la Circular de la Tesorería General de la Seguridad 3-016, de 7 de mayo de 1999, la Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos técnicos, Mutualidad de Previsión Social; Mutualidad General de Previsión de los Gestores Administrativos; Mutualidad General de la Abogacía; Mutualidad General de Previsión de los Químicos españoles; Mutualidad de Previsión Social de los Procuradores de los Tribunales de España; Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores y la Mutualidad de Previsión Social de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales.

Como consecuencia de dicha calificación, para aquellos incorporados a la Mutualidad, como alternativa al RETA, no hay garantías ni responsabilidades públicas más allá de las propias en materia de control y supervisión de su actividad aseguradora, en los mismos términos que cualquier otra mutualidad de previsión social; por ello, las pensiones de la Mutualidad no adquieren la calificación de pensiones públicas por lo que no concurren a efectos de la aplicación del tope máximo de pensiones que cada año establecen la Leyes de Presupuestos.

#### 5.2 ¿Es compatible la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, y el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión social?

Una cuestión que ha generado una intensa polémica en los últimos tiempos es la relativa a la compatibilidad entre la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, y el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el RETA por haber optado por una mutualidad de previsión social, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Tras la citada Ley surgió la duda de si los colegiados que optaron por incorporarse no al RETA sino a la Mutualidad de previsión que tuviese establecida el Colegio Profesional, estaban o no afectos a la incompatibilidad del art. 16.1 Orden de 18 de enero de 1967; o dicho de otro modo, surgía la duda de si la incorporación a una Mutualidad suponía la inclusión en el campo de aplicación del RETA. La duda planteada podía formularse en los siguientes términos: ¿qué ocurría con los profesionales (médicos, abogados...) que, habiendo accedido ya al derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social (por haber trabajado con anterioridad como empleados por cuenta ajena), decidían posteriormente continuar trabajando en su propia consulta, estudio o despacho sin causar alta en el RETA al haber tomado como alternativa de previsión las cuotas satisfechas a su mutualidad profesional?; ¿podían compatibilizar el cobro de su



pensión de la Seguridad Social mientras siguieran en activo, en este caso por cuenta propia?

La Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 6 de noviembre de 1996 entendió que en estos casos no se produce una inclusión en tal campo de aplicación, luego cabía la compatibilidad entre ese trabajo por cuenta propia y percibir la pensión de jubilación. Se considera que si el profesional por su actividad privada no estaba obligado a hallarse en alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, sino en la Mutualidad de Previsión Social, al no estar incluido en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, no le afectaría el régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo del art. 165.1 LGSS, y del artículo 16 la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, donde se prevé que el disfrute de la pensión de vejez será incompatible con todo trabajo del pensionista, por cuenta ajena o propia, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social previstos en el artículo 10.2 LGSS. La incompatibilidad prescrita en esos preceptos, no impide que pueda desarrollarse el trabajo en cuestión, mediando la previa solicitud del interesado, cuya ausencia puede implicar incurrir en responsabilidad y dar ocasión al reintegro del importe de pensión indebidamente percibida y a la imposición de la correspondiente sanción administrativa, y con los efectos que se detallan en el repetido artículo, entre ellos el de la suspensión del derecho a la pensión reconocida. Esta regulación viene a ser coincidente con la aplicable en los restantes regímenes especiales, en cuya normativa o bien se efectúa una remisión a lo establecido para el Régimen General o bien se procede a establecer un régimen jurídico semejante al previsto en aquélla.

De este modo, los profesionales colegiados podían compaginar ambas situaciones sin problema alguno, quedando a la libérrima voluntad del interesado su encuadramiento en el RETA o bien ejecutar su derecho a ingresar en el sistema privado de protección social que le confería su mutualidad. En efecto, la actividad del profesional colegiado no daba necesariamente lugar a la inclusión de quien la llevara a cabo en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social, lo que hubiera comportado la obligación de quedar encuadrado en el mismo; sino que la cuestión quedaba al albur del interesado y su derecho de optar libremente entre quedar en el campo de aplicación de uno (público) u otro (privado) mecanismo de protección.

A tenor de ese criterio interpretativo, y de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, dada por el art. 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, para las actividades iniciadas a partir de ese momento, es obligatoria el alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, pudiéndose optar por la Mutualidad de Previsión Social alternativa, de existir ésta. Para esos supuestos, el que hubiere optado por el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, la pensión de jubilación que se cause por



el Régimen General de la Seguridad Social, será incompatible con la actividad profesional que ha motivado el alta en el régimen especial. Por el contrario, si en el ejercicio de la actividad privada se ha optado por la Mutualidad alternativa, podría ser compatible con el ejercicio de la actividad profesional por cuenta propia.

Ciertamente, la anterior situación plantea, cuando menos, una cierta paradoja, al situar en plano de desigualdad a unos pensionistas y otros en función de su profesionalidad. Ciertamente, “el mantenimiento o la reanudación de su trabajo por cuenta propia se favorecerán si no debe suspender su pensión, o postergar su solicitud, porque puede compatibilizar la condición de pensionista con el de mutualista de una entidad alternativa. O se penalizarán si debe suspenderla porque en su ámbito profesional no se había erigido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 una mutualidad que concediese prestaciones “equiparables” a las del Sistema de Seguridad Social. Es decir, se trata de un tratamiento diferenciado, por circunstancias exclusivamente históricas, que de *lege ferenda* debería superarse, quizá no tanto estrechando la posible compatibilización, sino generalizándola para otros colectivos”<sup>319</sup>.

### 5.3 La Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados

La Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo (BOE 26-5-2011, nº125), cuya vigencia tenía lugar desde el 1 de julio de 2011, vino a establecer la incompatibilidad de la pensión de jubilación y el trabajo, bien se hubiese optado por el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos o por la Mutualidad alternativa. En el artículo único se señalaba que "el régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y el trabajo del pensionista, previsto en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, y en las correspondientes normas reguladoras de los regímenes especiales de la Seguridad Social, será también aplicable con respecto al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, se hallen exonerados de la obligación de causar alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, con independencia de que queden o no integrados en una de las mutualidades de previsión social a las que la indicada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado régimen especial".

---

<sup>319</sup> CABEZA PEREIRO, J., *La incompatibilidad del trabajo con la pensión de jubilación total*, cit., p. 646.



La citada Orden, en vigor desde el día 1 de julio de 2011, no resultaba aplicable, según rezaba en su Disposición Adicional Única, a los profesionales colegiados que ya se encontrasen jubilados y realizasen actividad profesional por cuenta propia con anterioridad a su entrada en vigor. Sin embargo, días después, concretamente el 3 de junio, el Ministerio de Trabajo publicaba en el BOE, una corrección de errores tras la cual se establecía que “la incompatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación de la Seguridad Social y el ejercicio de una actividad laboral por el pensionista no afecta, no solo a los que a fecha 1 de julio de 2011 estuvieran jubilados de la actividad por cuenta ajena, conforme así se fijaba, sino también a aquéllos que a fecha 1 de julio de 2011 hubieran cumplido ya los 65 años de edad. La corrección publicada en el BOE dice textualmente que “en la página 52176, en la disposición adicional única, en su último renglón, donde dice: «... con anterioridad a la entrada en vigor de esta orden.», debe decir: «... con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta orden, así como para quienes en la citada fecha hubieran ya cumplido los 65 años de edad.»”.

El Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP), presentó durante el trámite parlamentario del proyecto Ley de Modernización del Sistema de Seguridad Social una enmienda a tenor de la cual: “El régimen de incompatibilidad entre pensión de jubilación y el trabajo del pensionista, previsto en el artículo 165.1 de la Ley General de Seguridad Social no será de aplicación con respecto al ejercicio de la actividad por cuenta propia de los profesionales colegiados que, al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, se hallen exonerados de la obligación de causar alta en el régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, con independencia de que queden o no integrados en una de las Mutualidades de Previsión Social a las que la indicada disposición legal posibilita su actuación como alternativas al alta en el expresado Régimen Especial”.

La misma encontraba la siguiente justificación: “Resulta llamativo que sea precisamente ahora, tras la aprobación de tal recomendación, que el Gobierno apruebe la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo, sobre régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados. Ello supone en la práctica una restricción de la libertad de opción que hasta ahora tenían esos profesionales y un claro desincentivo a la prolongación de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, algo ilógico e incoherente con los mensajes de continuidad laboral que deberían ofrecerse al ciudadano. Con independencia de que tal compatibilidad no debería quedar circunscrita a estos profesionales lo cierto es que no parece razonable que el Proyecto de Ley respecto a la compatibilidad entre salario y pensiones de incapacidad permanente, y esta Orden citada respecto salario y pensión de jubilación, pretendan simultáneamente hacer desaparecer los dos únicos ejemplos de compatibilidad contemplados en nuestro ordenamiento. [...] El objetivo del Gobierno



sólo puede ser recaudatorio en la medida en que pueda ahorrarse las pensiones de jubilación de aquellos que decidan permanecer en activo, pero este objetivo resulta inaceptable si se hace sobre la base de restringir espacios de libertad existentes, y contradictorio en la medida en que en muchos casos puede implicar el retiro de la actividad antes del momento deseado por el profesional.[...] Estos mensajes contradictorios respecto a la necesaria prolongación voluntaria de la vida laboral, que se realizan, retirando incentivos y posibilidades existentes, no son los adecuados en un momento en que deberían intensificarse y extenderse a otros colectivos, cuantos más mejor”.

Posteriormente, el jueves 21 de junio era transaccionada por PSOE, PP y CiU, una enmienda original de CiU para intentar restablecer la compatibilidad entre el cobro de la pensión y el ejercicio profesional privado. Dicha enmienda transaccional fue aprobada en el Congreso de los Diputados e incluida en el proyecto Ley de Modernización del Sistema de Seguridad Social, como disposición adicional trigésima séptima. Sobre esta problemática cabe destacar el papel que han jugado las Organizaciones profesionales, y en el caso que compete a los profesionales médicos, fundamentalmente el de la Organización Médica Colegial en la defensa de su interés en lo que fue calificado por ellas como un auténtico “asalto” a las profesiones colegiadas. La orden ministerial fue recurrida por los colegios de médicos y de abogados.

Es importante precisar, como recuerda la STSJ La Rioja 2 de septiembre de 2011 (R° 290/2011), que la referida Orden y, en concreto, su Disposición adicional única, no resulta de ningún modo aplicable a quienes debían estar de alta en el RETA por continuar en el ejercicio de su actividad profesional tras su jubilación, porque, al haber ejercitado la opción por incluirse en el RETA que permitía la Disposición adicional 15ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, y no ser esa opción revocable según esa misma norma, la persistencia en el ejercicio de la actividad profesional por cuenta propia tras la obtención de la pensión de jubilación, obliga a la inclusión en el RETA, sin derecho a ejercer la actividad sin alta en ese Régimen.

#### 5.4 Freno y marcha atrás en la incompatibilidad: la disposición adicional 37 de la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social

El legislador se ha desdicho rápidamente de tal pretensión, al dejar de facto sin efecto desde el 2 de agosto de 2011 la Orden TIN/1362/2010, de 23 de mayo, ya que en la disposición adicional 37 de la ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, se señala que: "El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras



no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo".

Esta Disposición contiene dos mandatos: uno al Gobierno para que elabore un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo; y otro a la Administración para que, en tanto se cumple el anterior mandato, mantenga el criterio interpretativo de la normativa expuesta que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden. En definitiva, el que resulta de la Resolución de 6 de noviembre de 1996 ya citada.

Es por ello que del 1 de julio de 2011 al 1 de agosto de 2011 se había excluido la compatibilización de la jubilación con el trabajo por cuenta propia de las actividades profesionales, salvo que ya viniera disfrutando de la jubilación con anterioridad o fuere mayor de 65 años, con lo que, de facto, puede decirse que no ha tenido incidencia alguna. Treinta y dos días ha durado la prohibición de ejercer en el sector privado a los médicos, abogados y otros profesionales colegiados que acceden a la jubilación.

A partir de 2 de agosto de 2011, estos trabajos vuelven a ser compatibles con la percepción de la pensión de jubilación, a la espera de que se elabore un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca la mencionada regulación, la pensión de jubilación será compatible con el ejercicio de una profesión liberal, sin alta en el RETA, por haberse optado por una mutualidad de previsión, que tenga la consideración de mutualidad alternativa.

Llamativamente, en relación con esta última cuestión, la disposición adicional trigésima séptima de la Ley 27/2011 establece que, mientras esa regulación no se produzca (para la que la propia disposición adicional no establece plazo), *"se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo"*. Se trata de una afirmación ambigua ya que no se entiende bien si lo que pretende es derogar en la práctica la Orden TIN/1362/2011; "lo que no parece ya que esta Orden no se encuentra entre las normas citadas por la disposición derogatoria única de la Ley 27/2011. Pero establecer que, en materia de compatibilidad entre pensión y trabajo, deberá mantenerse el criterio vigente antes de la mentada Orden TIN/1362/2011, significa rechazar el contenido y la finalidad de dicha Orden que ha venido, precisamente, a establecer muy recientemente y para el futuro la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el desempeño de una de las actividades profesionales retribuidas que permitieron adscribirse a una mutualidad colegial, alternativa a la Seguridad Social. Remitirse al criterio previo mientras no se apruebe el proyecto de ley que ha de abordar estos temas no puede suponer otra cosa que negar la funcionalidad de la Orden, sin que se sepa bien si esto es una afirmación sólo válida para los demás casos





o es, implícitamente, una derogación de la Orden citada”<sup>320</sup>. En suma, si bien es cierto que esta Disposición no deroga expresamente la Orden impugnada, pero en la práctica deja sin efecto su aplicación, manteniendo el criterio anterior a la entrada en vigor de la Orden hasta que por ley se haga una regulación general de la compatibilidad entre pensión y trabajo, lo que equivale a una derogación tácita de la misma, que determina que en la actualidad sea inaplicable por mandato del legislador.

Conviene concluir recordando que la citada Orden fue objeto de impugnación ante la Audiencia Nacional. Aunque alguno de los recursos fueron desistidos tras promulgarse la Ley 27/2011, dicha impugnación se mantuvo en otros.

Así, la SAN (Contencioso Administrativo) 6-6-2012, Rº 295/2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña contra la citada Orden TIN/1362/2011. El citado Consejo estimaba que la Orden impugnada no era un mero complemento reglamentario llamado a disipar las dudas suscitadas por el precepto legal, como se indica en el preámbulo, sino que vendría a modificar sustancialmente el régimen jurídico que en punto a la compatibilidad entre jubilación y trabajo deriva de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, vulnerando claramente la misma atentando contra los principios de legalidad y seguridad jurídica. En cuanto al principio de legalidad, considera que se vulnera en su doble vertiente de legalidad formal y material tanto por modificar la regulación contenida en una norma con rango de ley infringiendo el principio de jerarquía normativa, como por desconocer que la cuestión que regula es materia reservada a la Ley constitucionalmente vedada a la norma reglamentaria. Y por lo que se refiere al principio de seguridad jurídica, lo entiende vulnerado también en sus dos vertientes: la subjetiva, relativa a la certeza de la norma; y la objetiva, reconducible a la idea de previsibilidad.

La sentencia considera que el criterio que establece la Orden “no vulnera ninguna norma de rango superior, sino que es coherente con el régimen general de incompatibilidad entre la percepción de una pensión de jubilación y el desarrollo de una actividad por cuenta propia que de por sí implica la inclusión en el ámbito de aplicación del RETA, aun cuando el profesional colegiado hubiera optado por incorporarse a una Mutualidad como forma alternativa de cumplir la obligación de causar alta en la Seguridad Social”. Es decir, añade, “la realización de una actividad por cuenta propia implica, por mandato legal, la inclusión en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y por tanto, la incompatibilidad con la percepción de una pensión de jubilación. Y ello con independencia de que la obligación de causar alta en la Seguridad Social que ello supone se cumpla mediante la afiliación a la Seguridad Social, o de forma alternativa,

---

<sup>320</sup> GONZALEZ ORTEGA, S., *La reforma de la jubilación ordinaria*, en I. García-Perrote, J.R. Mercader Uguina, J.R., *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 135.



mediante la incorporación en una Mutualidad de previsión”. En suma, “la Orden pretende, pues, acomodarse a la nueva regulación establecida en la D.A 15ª de la Ley 30/1995, tras la modificación operada por la Ley 50/1998, por lo que no puede afirmarse que exista una infracción de una norma de rango superior, determinante de nulidad a los efectos del artículo 62.2 Ley 30/1992”. A los anteriores argumentos incorpora el relativo a que “tampoco cabe acoger la invocada infracción del principio de reserva de ley, puesto que el propio art. 165 LGSS vino a deslegalizar la materia al hacer una remisión al reglamento para determinar las excepciones al principio general de incompatibilidad entre el disfrute de la pensión de jubilación y el ejercicio de la actividad profesional que establece dicho precepto”.

Por su parte, la STS 4-7 2012, Rº 467/2011, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España. La citada impugnación se basaba, entre otros motivos en su nulidad de pleno Derecho por omisión del dictamen del Consejo de Estado y, en cuanto a los motivos materiales, por la inadecuada interpretación de la Disposición Adicional 15ª Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados pues se aplica a los profesionales que optaron por una mutualidad e ignora que tras la reforma de esa Disposición en 1998, se mantenía la posibilidad de optar. Razona la sentencia que en “la Disposición Adicional 15ª Ley 30/1995, de 8 de noviembre -como actualmente en el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre - las Mutualidades de previsión se configuran como aseguradoras privadas, que desarrollan actividad complementaria del régimen de la Seguridad Social y están sujetas a la fiscalización del Ministerio de Economía; no son, por tanto, entidades colaboradoras de la Seguridad Social ni están sujetas a la fiscalización de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo. Ahora bien, en lo que a este pleito importa la cuestión es cómo desarrollan su finalidad en relación a la obligación de los profesionales colegiados de afiliarse a la Seguridad Social pues para tal aspecto se configuran no como entidades complementarias sino alternativas al RETA”.

Entiende la Sala que “en la Orden impugnada y para el ámbito de aplicación ya expuesto, se parte de la base de que, sea cual sea la opción del profesional colegiado, concurre el presupuesto objetivo o material del artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, pues se desarrolla un trabajo que, por mandato legal, da lugar a su inclusión en el campo de aplicación de un régimen de la Seguridad Social. Cosa distinta es cuando la incorporación a una Mutualidad lo es para percibir prestaciones complementarias tanto respecto de las que se obtienen de la afiliación al RETA como a la propia Mutualidad como alternativa y es así como se entiende lo dicho por el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala 4ª de 25 de enero de 2000 y de la Sala 3ª Sección 3ª, de 22 de junio de 2004, Rº 52/2003”.

Concluye la sentencia que: “por tanto, a los efectos del artículo 62.2 de la Ley 30/1992, la Orden no infringe una norma de rango superior, sino que es coherente con el principio de que el desarrollo de un trabajo de suyo incluíble en un régimen de la seguridad



social, es lo que determina la incompatibilidad con la percepción de la pensión. *Esto es así aun cuando el profesional colegiado hubiere optado por incorporarse a una Mutualidad como forma alternativa de cumplir la obligación de causar alta en la Seguridad Social.* Lo dicho no significa que la Sala olvide la naturaleza y fin de las Mutualidades de previsión, ni que las identifique con entidades colaboradoras de la Seguridad Social. Simplemente está confirmando que se cumple el presupuesto de hecho de la Orden de 18 de enero de 1967, aun cuando la incorporación a la misma lo sea en su aspecto de opción o alternativa para cumplir la obligación legal de causar alta en el sistema de la Seguridad Social”.

#### 6. *Efectos de la suspensión de pensión*

En cualquier caso, la realización del trabajo por cuenta propia o ajena incompatible con la pensión de jubilación deberá ser comunicada a la Seguridad Social y producirá, respecto del pensionista de jubilación, una serie de efectos: (a) Suspensión del derecho a la pensión de jubilación, aunque se trate de una pensión vitalicia (b) Suspensión del derecho a la asistencia sanitaria inherente a la condición de pensionista; (c) Cuando se trate de trabajo por cuenta ajena, obligación por parte del empleador de solicitar el alta del pensionista como trabajador e ingresar, en cuanto sujeto responsable, la totalidad de las cotizaciones de los sujetos obligados, esto es, empresario y trabajador. Evidentemente, si el trabajo que se realiza lo es por cuenta propia, el sujeto responsable y obligado a la cotización lo será el propio trabajador de acuerdo con las normas del Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

La falta de comunicación a la entidad gestora de la realización de un trabajo incompatible con la pensión determina la responsabilidad del beneficiario, que será objeto de la oportuna propuesta de sanción, de conformidad con lo previsto en la LISOS, viniendo obligado además, a reintegrar el importe de las pensiones indebidamente percibidas (art. 47.3 LISOS).

A estos efectos, el art. 25 LISOS, en sus apartados 1 y 3, tipifica como infracciones graves del beneficiario de las prestaciones de la Seguridad Social “Efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida” y “No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación”. Por su parte, el art. 26.1 LISOS tipifica como infracción muy grave “Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas”. Las infracciones graves se sancionan



con la pérdida de la pensión durante 3 meses, periodo que asciende hasta 6 meses en el caso de las infracciones muy graves<sup>321</sup>.

La suspensión del derecho a la pensión y, en su caso, la reclamación de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de pensión de jubilación correspondiente a los periodos de coincidencia entre trabajo y pensión de jubilación se producirán de oficio por la entidad gestora al amparo del art. 146.2 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social<sup>322</sup> (en adelante LRJS). En efecto, el art. 146 LRJS dispone que las entidades, órganos u organismos gestores no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente. Sin embargo, se excluye de este procedimiento “la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, así como las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario”. La falta de comunicación por el beneficiario de la pensión de la realización de un trabajo incompatible permite a la entidad gestora actuar de oficio al amparo del art. 146.2 LRJS en ejercicio de sus facultades autotuteladoras<sup>323</sup> pues la excepción incluye las modificaciones que se deriven de omisiones en las declaraciones de los propios interesados que determinan o pueden determinar la modificación del inicial reconocimiento de la pensión<sup>324</sup>. En sentido estricto, no existe además variación del acto declarativo del derecho, sino mera suspensión de sus efectos en cuanto subsista la situación de incompatibilidad por trabajo del beneficiario. Esta actuación de la entidad gestora no causa además indefensión al beneficiario pues ante la resolución administrativa que declara la suspensión puede acudir a juicio impugnándola<sup>325</sup>.

La declaración de suspensión de la pensión conllevará, además, la obligación del beneficiario de proceder a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas durante el periodo en que se simultaneó la percepción de la pensión con un trabajo incompatible. Al respecto, es aplicable el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 45.3 LGSS y no el que con carácter excepcional limita la obligación de reintegración al plazo de 3 meses. El plazo de cuatro años es el que opera con carácter general y solo en supuestos excepcionales se aplica el de tres meses. Estos supuestos excepcionales se caracterizan generalmente por la incompatibilidad pensión-trabajo declarada por Ley en contra de la situación normativa existente con anterioridad y por la constancia de conducta de beneficiario informando de su situación profesional. La aplicación de la

---

<sup>321</sup> También se tipifica como infracción muy grave la conducta del empleador que de ocupación “como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad” (art. 23.1.a) LISOS.

<sup>322</sup> BOE 11-10-2011, nº245.

<sup>323</sup> STS 12-7-1993, Rº 1689/1991.

<sup>324</sup> STSJ Galicia 23-3-1995, Rº 1073/1993.

<sup>325</sup> STSJ Madrid 22.11.1995, Rº 6367/1994.



regla excepcional de tres meses requiere, además, que no exista falseamiento u ocultación de datos por parte del beneficiario ni error de la entidad gestora y sí una interpretación de carácter general de la legalidad precedente llevada a cabo por los órganos de la Administración del Estado con competencias de tutela sobre los órganos gestores de la Seguridad Social, lo que obliga a limitar al máximo los efectos perjudiciales sobre los beneficiarios de buena fe<sup>326</sup>.

### 7. *A modo de conclusiones...*

1. Nuestra normativa ha venido introduciendo diversas excepciones a la regla general de incompatibilidad si bien las mismas no obedecen a criterios coherentes y uniformes, dado que su función, naturaleza y fines resultan sumamente diversos.

2. El legislador ha sentado la premisa general de la admisibilidad del desarrollo de actividades profesionales de carácter residual tomando como criterio de referencia la obtención de rendimientos inferiores al salario mínimo interprofesional anual. No obstante, dicho criterio ofrece numerosos flancos a la crítica. La ausencia de efectivos controles que servirán de justificante, no impide que se desarrollen comportamientos estratégicos por parte del beneficiario para no incurrir en la limitación legal. En todo caso y de ser está la opción utilizada por el legislador las condiciones de aplicación de la norma deberían extenderse a todo tipo de trabajos, tanto los realizados por cuenta propia como ajena, sin que se entiendan las razones de su limitación.

Lo mismo ocurre en el caso de las excepciones incorporadas en el RETA y que vienen a resolver problemas cotidianos de los empresarios individuales y administradores de pequeñas sociedades cuando se jubilan, pero sin apartarse del negocio; o, en fin, a permitir los mismos que puedan ultimar los asuntos pendientes. La escasa litigiosidad que se proyecta en los repertorios de doctrina judicial en esta materia pone de relieve las dificultades que la Seguridad Social y la Inspección de Trabajo encuentran para verificar sin margen de duda que el empresario compatibiliza indebidamente sus derechos prestacionales con la gerencia del negocio. Lo cierto es que, en esta materia, como en general, en el caso del desarrollo de trabajos marginales, las posibilidades de control resultan limitadas y, por tanto, el margen de tolerancia hacia las mismas resulta, también, elevado.

3. Otras excepciones derivan de la integración de antiguos Regímenes Especiales en el General de la Seguridad social en las que el número de posibles beneficiarios se viene reduciendo año a año al haberse fijado como requisito el haber cumplido una determinada edad en el momento de la entrada en vigor de la norma que reconocía el derecho (caso del Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios que se exigía a sus beneficiarios tener a 31 de diciembre de 1986 al menos 55 años de edad). Las mismas especialidades históricas se pueden observar en la admisión de la compatibilidad entre

---

<sup>326</sup> STS 12.2.1992, R° 1260/1991.



jubilación y trabajo que son fruto de la supervivencia de viejos derechos adquiridos en el marco de las antiguas Mutualidades sustitutorias que normativamente se conservan para aquellos que accedieron a la pensión con anterioridad a la fecha de integración en el sistema de Seguridad Social. En esos casos, también el número de afectados se reduce año a año con la consecuente disolución progresiva de la excepción legal.

4. El régimen establecido en el caso de las Mutualidades alternativas requiere de una especial reflexión. En efecto, la compatibilidad de la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social, y el ejercicio de una profesión liberal, sin causar alta en el RETA por haber optado por una Mutualidad de previsión social ha vivido atribulados episodios en los últimos tiempos. La solución obtenida no resulta plenamente satisfactoria. En estos casos, existen colectivos que se ven favorecidos al resultar permitido compatibilizar la condición de pensionista con el de mutualista de una entidad alternativa, mientras que en otros se ven penalizados debiendo suspenderla porque en su ámbito profesional no se había erigido antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1995 una Mutualidad que concediese prestaciones “equiparables” a las del Sistema de Seguridad Social. Es decir, se trata de un tratamiento diferenciado, por circunstancias exclusivamente históricas que, de *lege ferenda*, debería superarse, otorgando un tratamiento en condiciones de igualdad a estas, ahora, dispares situaciones.

## **II. EXCEPCIONES SISTEMÁTICAS DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL A LA REGLA DE INCOMPATIBILIDAD: JUBILACIÓN PARCIAL Y JUBILACIÓN FLEXIBLE**

### *1. Aspectos generales*

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 4-8-1984, nº186), incorporó, entre las medidas dirigidas a modificar el mercado de trabajo, una nueva fórmula de contrato a tiempo parcial que permitía al trabajador, en determinadas circunstancias, mantener su puesto de trabajo, si bien a tiempo parcial, y acceder a la pensión de jubilación reducida proporcionalmente. Las razones de esta fórmula entroncan con la finalidad principal de la Ley 32/1984, la de facilitar la inserción de jóvenes trabajadores y la vuelta de trabajadores desempleados a puestos de trabajo generados por el proceso productivo, y por ello se configura como una fórmula de fomento del empleo. La vinculación entre el acceso a la jubilación parcial y la celebración de un contrato de relevo, que aparece desde el primer momento como exigencia ineludible para el acceso a la jubilación parcial, permite además cumplir un objetivo de reparto de empleo, mejorando además el bienestar social de trabajadores con edad próxima a la de jubilación, objetivo que se reitera en el RD 1991/1984, de 31 de





octubre, por el que se regulan el contrato a tiempo parcial, el contrato de relevo y la jubilación parcial<sup>327</sup>. Indirectamente, la jubilación parcial podría permitir una contención del gasto en pensiones del sistema de Seguridad Social en cuanto puede actuar como alternativa eficaz a la salida anticipada del mercado de trabajo de los trabajadores maduros. Pero, además, la jubilación parcial, en la medida en que asocia la sustitución de los jubilados por otros trabajadores de nueva contratación, pretende operar como un mecanismo que evite que la jubilación anticipada se utilice como un instrumento de regulación de empleo con el traslado de costes que ello supone para el sistema de la Seguridad Social<sup>328</sup>.

Las posteriores y sucesivas reformas normativas (RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad<sup>329</sup>, no hicieron sino fomentar e incentivar las posibilidades de uso de esta fórmula flexibilizando las condiciones de acceso a la misma –reduciendo la edad de acceso y ampliando los márgenes de reducción de jornada permitidos– con la intención, explicitada también en el RD 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla, en materia de acción protectora de la Seguridad Social, el Real Decreto-ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad<sup>330</sup>, de ampliar y flexibilizar la puesta en práctica de una fórmula que hasta ese momento no había ofrecido los resultados apetecidos<sup>331</sup>.

Las reformas posteriores, llevadas a cabo a través de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10-7-2001, nº164), y especialmente por la Ley 35/2002, permiten apreciar un cambio significativo en la configuración de esta fórmula y en su finalidad, que pasa a estar vinculada a fines específicos dentro del sistema de Seguridad Social<sup>332</sup>. La Exposición de Motivos de la Ley 35/2002 es clarificadora al respecto al apelar a las ventajas que para el conjunto de la sociedad tiene la experiencia y conocimientos de los trabajadores de mayor edad pero, en especial, al señalar que la jubilación parcial puede tener efectos positivos sobre el sistema de pensiones. A asegurar este efecto benéfico se dirigen algunas medidas específicas como la exigencia

---

<sup>327</sup> BOE 9-11-1994, nº269.

<sup>328</sup> DESDENTADO, A y DURÁN, A. Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto, *RMTAS*, 2003 (número extraordinario sobre jubilación flexible), p. 50.

<sup>329</sup> BOE 28-11-1998, nº285.

<sup>330</sup> BOE 16-2-1999, nº40.

<sup>331</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A. *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid, Lex Nova, 2010, pp. 46 y ss.

<sup>332</sup> PANIZO ROBLES, J.A, Las modificaciones en la regulación de la pensión de Seguridad Social por jubilación (los nuevos mecanismos de la jubilación gradual y flexible), *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº237, 2002, p. 83.



de que el trabajador contratado con contrato de relevo desempeñe un puesto idéntico o similar al del trabajador relevado, lo que implícitamente supone que percibirá un similar salario y procederá, por tanto, una similar cotización.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-12-2007, nº291) incorpora novedades que pretenden combinar y garantizar este doble objetivo de eliminar trabas a la jubilación parcial y simultáneamente garantizar que los ingresos de la Seguridad Social no se vean mermados: se permite, atendiendo a los requerimientos del puesto de trabajo del jubilado parcial, celebrar contratos de relevo para ocupar puestos distintos pero exigiendo que exista correspondencia entre las bases de cotización de ambos. Pero, sobre todo, es significativo que a partir de estas normas se permita el acceso a la jubilación parcial para mayores de 65 años y que esta institución adquiera identidad propia y finalidades específicas dentro del sistema de Seguridad Social. La posibilidad de continuar trabajando a tiempo parcial una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación se inscribe claramente en una línea de control del gasto, como una forma de diferir la jubilación completa, reduciendo las cargas de ésta para la Seguridad Social. La jubilación parcial anticipada es una medida de fomento del empleo pero supone un coste para la Seguridad Social, la jubilación parcial después del cumplimiento de la edad ordinaria permite el acceso gradual a la jubilación y supone un ahorro<sup>333</sup>.

A pesar de que, al menos inicialmente, el concepto de jubilación flexible se identifica con todas aquellas medidas dirigidas a incentivar el retraso de la edad de jubilación (Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001), el legislador utiliza esta expresión para referirse exclusivamente a un supuesto específico de compatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación, aquel que consiste en la reincorporación de los ya jubilados a la vida activa mediante la suscripción de un contrato de trabajo a tiempo parcial (Ley 35/2002). El art. 5 RD 1132/2002 señala, en este sentido, que “se considera como situación de jubilación flexible la derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada a que se refiere el artículo 12.6 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la consecuente minoración de aquélla 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, en los términos señalados en el apartado 1 del artículo 12 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Fuera de esta figura quedan pues no solo la jubilación parcial diferida sino también el mantenimiento inalterado de la relación laboral existente al cumplirse la edad ordinaria de jubilación o la reincorporación a la vida activa laboral a jornada completa, supuestos estos últimos que no implican compatibilidad entre trabajo y pensión sino retraso en el acceso a la pensión o suspensión de la misma, respectivamente.

---

<sup>333</sup> DESDENTADO, A y DURÁN, A. Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto, cit., p. 54.



La ventaja que ofrece la jubilación flexible es precisamente la posibilidad de compatibilizar la pensión con el trabajo. Pero este beneficio requiere el cumplimiento de las condiciones previstas en el RD 1132/2002. Si éstas no se cumplen, el efecto será la suspensión del derecho a la pensión de jubilación.

A diferencia de la jubilación parcial, especialmente la anticipada, la jubilación flexible no se vincula, ni en sus orígenes ni en su configuración legal, con las políticas de fomento del empleo. Responde, en sentido estricto, a la función de favorecer el empleo después de cumplida la edad de jubilación y con ello a la finalidad de reducir los efectos que, sobre la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, produce el envejecimiento de la población. La jubilación flexible permite reducir la carga financiera del sistema mediante la reducción de la pensión ya devengada y, en su caso, el ingreso de nuevas cotizaciones.

### 1.1 La jubilación parcial

La regulación de la jubilación parcial se contiene en el art. 166 LGSS, en el art. 12.6 ET y en el RD. 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial<sup>334</sup>. En estas normas reguladoras se prevén dos modalidades de jubilación parcial: la jubilación parcial diferida y la jubilación parcial anticipada.

La Ley 40/2007 modificó el régimen jurídico de ambas pero tuvo por finalidad principal limitar el acceso a la jubilación parcial anticipada, que se había incrementado claramente durante los años inmediatamente anteriores como alternativa más favorable para los trabajadores que la jubilación anticipada (en la que, a diferencia de la jubilación parcial, se aplicaban coeficientes reductores en función de la edad de anticipación). Ese aumento de las jubilaciones parciales generó una reacción de la Seguridad Social expresada en el incremento de los controles para evitar usos irregulares de la jubilación parcial, señaladamente en relación con el contrato de relevo. Paralelamente, para evitar los efectos financieros que esto podría generar en la Seguridad Social se endurecieron legalmente las condiciones de acceso a la pensión: se incrementó la edad de acceso a la jubilación parcial a los 61 años -dejando a salvo algunas excepciones-, se aumentó el periodo de cotización requerido (de 15 a 30 años) y se incorporó un nuevo requisito de antigüedad en la empresa. La incorporación de estas novedosas exigencias quedaba sometida, sin embargo, a un régimen de aplicación progresivo diseñado en la DT 17 LGSS. El RDL 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para reducción del déficit público<sup>335</sup>, eliminó este régimen transitorio de acceso previsto por la Ley 40/2007, endureciendo de este modo el acceso a la pensión de jubilación

---

<sup>334</sup> BOE 27-11-2002, nº284.

<sup>335</sup> BOE 24-5-2010, nº126.



parcial al desaparecer las reglas para la aplicación progresiva de las exigencias contempladas en los arts. 166 LGSS y 12.6 ET.

La siguiente modificación en el régimen de la jubilación parcial se ha producido con la Ley 27/2011. A diferencia de la Ley 40/2007, que se centró en las prestaciones de incapacidad, muerte y supervivencia y que solo abordó la protección de la jubilación en aspectos concretos -requisito de carencia o condiciones para acceder a la jubilación parcial-, la Ley 27/2011 ha abordado la reforma de la jubilación tanto de la ordinaria como de la anticipada. Se trata de una reforma compleja que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico conceptos nuevos y medidas restrictivas que intentan dar una respuesta a los retos económicos y demográficos con los que se encontrará nuestro sistema de Seguridad Social a medio y largo plazo pero que también se impregna del contexto económico actual<sup>336</sup>.

En este sentido se reforman casi todos los aspectos que configuran el régimen jurídico actual de la pensión de jubilación y, en particular, de la jubilación anticipada. Pero también la jubilación parcial es objeto de modificación. Por lo que se refiere a la jubilación parcial anticipada, seguirá precisando de la celebración simultánea de un contrato de relevo, pero ahora desaparece la exigencia de identidad o similitud de los puestos de trabajo ocupados por relevista y relevado. La otra novedad, quizás más relevante y con mayores efectos, es el cambio en la forma de cotización que contempla el art. 166.2.g) LGSS para el trabajador jubilado parcialmente. Conforme a la nueva redacción, durante la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando a jornada completa. No se modifican, sin embargo, el requisito de edad -de modo que se puede acceder a la jubilación parcial a los 61 años- ni el periodo previo de cotización -que sigue siendo 30 años, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias-. Se marca así una diferencia con la nueva regulación de la jubilación anticipada, a la que solo se puede acceder a los 63 años y acreditando un periodo previo de cotización de 33 años. Las modificaciones en la jubilación parcial diferida se limitan a incorporar las adaptaciones necesarias a los cambios en la edad ordinaria de jubilación.

#### a.) Jubilación parcial anticipada

La jubilación parcial anticipada, regulada en los arts. 166.2 LGSS y 12.6 ET, se refiere a aquellos trabajadores que reúnen las condiciones para tener derecho a la pensión de jubilación con excepción de la edad, en cuyo caso será imprescindible la celebración de un contrato de relevo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.

---

<sup>336</sup> A. TRILLO GARCÍA, Jubilación, TRILLO GARCÍA, A; DE LA PUEBLA PINILLA, A. *Reformas laborales y de Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, p. 67.



i) Exigencias legales para acceder a la jubilación parcial anticipada

Los trabajadores a tiempo completo<sup>337</sup> que pretenden acceder a la jubilación parcial antes de la edad ordinaria de jubilación, deben cumplir los siguientes requisitos:

a) tener 61 años de edad (o 60 años en caso de trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas). A efectos de determinar la edad no se pueden tomar en consideración bonificaciones o anticipaciones de edad en función del trabajo realizado o la concurrencia de una discapacidad;

b) acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de acceso a la jubilación parcial. A estos efectos se computa la antigüedad acreditada en caso de transmisión de empresas o si el trabajador ha prestado servicios en otras empresas pertenecientes al mismo grupo;

c) que la reducción de la jornada se halle comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75%. La reducción puede alcanzar al 85% cuando el relevista se contratado a jornada completa mediante un contrato indefinido,

d) reunir un período de cotización de 30 años (frente a los 15 exigidos con carácter general para acceder a la jubilación total), sin que a tales efectos se tenga en cuenta la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En el caso de personas con discapacidad o trastorno mental, el periodo de cotización exigido será de 25 años.

El acceso a la jubilación parcial requiere además la celebración de un contrato de relevo sometido también a una serie de exigencias que recoge el art. 12.7 ET. En primer lugar, el puesto de trabajo ocupado por el relevista había de ser el mismo o similar al del trabajador que se jubila parcialmente. No obstante, excepcionalmente se permitía que, cuando el puesto de trabajo que vaya a ocupar el relevista en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. El art. 166.2.e) LGSS se remitía al desarrollo reglamentario que habría de especificar los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del relevista pudiera no ser el mismo o similar al del trabajador que se jubila parcialmente. La falta de cumplimiento de esta previsión generó dudas sobre la posibilidad de emplear al relevista en un puesto que no fuera similar al del relevado, dudas que se resolvieron atendiendo a la finalidad de la norma en el sentido de permitir

---

<sup>337</sup> El acceso a la jubilación parcial anticipada está reservada exclusivamente para los trabajadores con jornada a tiempo completo aunque se trata de una condición solo exigida tras la Ley 40/2007, que introdujo expresamente esta exigencia. Anteriormente, en ausencia de una previsión legal expresa, se había admitido la posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial accedieran a esta modalidad de jubilación.



dicha contratación cuando existiera la mencionada correspondencia entre las bases de cotización<sup>338</sup>.

Como ya se ha señalado, la nueva regulación del contrato de relevo, procedente de la Ley 27/2011 y con entrada en vigor el 1 de enero de 2013, convierte en regla general lo que hasta entonces era excepción al disponer que “el puesto de trabajo del relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido” y añadir que “en todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización en los términos previstos en la letra e del apartado 2 del artículo 166 de la LGSS”, precepto que a su vez, establece que la base de cotización del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65% del promedio de las bases de cotización correspondientes a los 6 últimos meses del periodo de base reguladora de la pensión de jubilación parcial. Desparece, por innecesaria, la remisión nunca cumplida al desarrollo reglamentario por el que debían identificarse los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pudiera ser el mismo o similar al del trabajador relevado. Y se altera la fórmula para computar la correspondencia entre las bases de cotización pues ahora se hace expresa referencia al promedio de las bases de cotización durante los últimos 6 meses del periodo de base reguladora de la jubilación y no, como antes, a la base de cotización que se venía aplicando al jubilado parcial.

Asimismo, se requiere que el contrato de relevo que se suscriba para sustituir al jubilado parcial tenga como mínimo una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación. Finalmente, la reducción de jornada que se exige al jubilado parcial puede ampliarse hasta un máximo del 85% siempre que el relevista sea contratado a tiempo completo mediante contrato indefinido.

En el contrato de trabajo del jubilado parcial, que es un contrato a tiempo parcial, han de constar los elementos propios de este tipo de contrato, así como la jornada que realizaba antes y la que resulte de su reducción (DA. 1ª RD 1131/2002). El salario del trabajador que se jubila parcialmente, reducido en proporción a la jornada realizada, será compatible con la pensión de jubilación. El contrato se extinguirá cuando se produzca, voluntariamente, la jubilación total, ya sea al alcanzar el trabajador la edad mínima para jubilarse, ya sea con posterioridad.

- ii) La celebración y mantenimiento del contrato de relevo como condición para el acceso a la pensión de jubilación parcial anticipada

El contrato de relevo es el que se concierta con un trabajador inscrito como desempleado en la Oficina de Empleo o contratado temporalmente en la empresa, para sustituir al trabajador de la misma que acceda a la jubilación parcial (art. 166 LGSS), simultáneamente con el contrato a tiempo parcial que se pacta con este último. No obsta

---

<sup>338</sup> STS 23-11-2011, Rº 3988/2010.





a la validez del contrato de relevo el que el relevista, además de ser trabajador temporal en la empresa desarrollara simultáneamente una actividad por cuenta propia<sup>339</sup>. El objeto del contrato de relevo es repartir el empleo existente entre dos contratos de trabajo: el del jubilado, que cede parte de su trabajo a cambio de una parte de la jubilación y el de su sustituto, que comienza a trabajar. La celebración de ese contrato de relevo simultáneo a la jubilación parcial solamente es necesaria cuando el jubilado no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación.

El contrato se formalizará por escrito en modelo oficial, debiendo constar en él necesariamente el nombre, edad y circunstancias profesionales del jubilado al que se releva (DA. 1ª RD. 1131/2002). En cuanto a su duración, si el trabajador relevado no hubiera cumplido la edad de jubilación, el contrato de relevo podrá ser indefinido o por el tiempo que falte al trabajador sustituido parcialmente para alcanzar la edad de jubilación. Cumplida dicha edad, de continuar en la empresa el trabajador jubilado parcialmente, el contrato de relevo podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por periodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el periodo correspondiente al año en el que se produzca la jubilación del trabajador relevado (art. 12.7 b) ET). En el caso de que el trabajador relevado ya hubiera cumplido la edad de jubilación, el contrato de relevo (si lo hay) podrá ser de duración indefinida o anual. En este segundo supuesto, el contrato se prorrogará automáticamente por periodos anuales, extinguiéndose como en el caso anterior (art. 12.7 b) ET). La jornada de trabajo podrá ser completa o parcial, pero en todo caso deberá ser, al menos, equivalente a la reducción producida en la jornada del trabajador sustituido jubilado parcialmente (art. 12.7.c) ET). El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él (art. 12.7 c) ET).

El art. 12.7 d) ET dispone además la correspondencia entre los puestos de trabajo del jubilado parcial y del relevista en los términos que ya se han analizado anteriormente.

En cualquier caso, la adecuada satisfacción de la doble finalidad de fomentar el reparto del empleo y reducir el coste que al sistema de Seguridad Social supone la jubilación parcial anticipada requiere que el contrato de relevo se mantenga vivo al menos durante todo el periodo de jubilación parcial, hasta que el jubilado parcial accede a la jubilación completa. Por eso el legislador contempla las situaciones en que se produce el cese del relevista o del jubilado parcial con anterioridad a ese momento e impone las medidas adecuadas para garantizar la vigencia de ambas relaciones contractuales, incluyendo la sustitución de ambos trabajadores afectados.

En este sentido, el RD 1131/2002, contempla el supuesto en que el relevista concluye su contrato antes de que el jubilado parcial alcance la jubilación total y dispone que “si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese

---

<sup>339</sup> STS 30-5-2011, Rº 2844/2010.



del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada” (DA. 2ª.1 RD 1131/2002). También se prevé la situación en que es el trabajador sustituido el que cesa en su prestación laboral, disponiéndose al respecto que “si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurran las circunstancias a que se refiere el apartado anterior” (DA. 2ª.2).

En ambos casos, y como regla general, las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo y dentro del plazo de los 159 días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido. El efecto del incumplimiento de estas exigencias trasciende a las consecuencias sobre la naturaleza de la relación contractual entre las partes y determina que el empresario deba abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada (DA 2ª.4 RD 1131/2002).

### iii) Interpretación judicial de las exigencias legales referidas al contrato de relevo

La aplicación de estas previsiones ha generado muchos problemas de orden práctico y ha incrementado la incertidumbre sobre las consecuencias derivadas de la jubilación parcial asociada al contrato de relevo.

Así, por lo que se refiere al supuesto contemplado en la DA 2ª.1 RD 1131/2002, la norma se refiere al “cese” del relevista, concepto que sin duda incluye al despido en cualquiera de sus modalidades pero que también alcanza a otras causas de extinción del contrato como puede ser la extinción por resolución judicial motivada en un incumplimiento del empresario, el mutuo acuerdo o la baja voluntaria del trabajador relevista<sup>340</sup>.

El cese por despido plantea, no obstante, algunos problemas. No hay duda de que el despido disciplinario del relevista, procedente o improcedente sin opción por la readmisión, es un supuesto que obliga al empresario a cumplir la obligación a que se refiere la DA 2ª.1 RD 1131/2002. Mayores dudas surgen cuando la causa de extinción del contrato del relevista es un despido objetivo o colectivo. Se plantea en estos casos si la empresa está o no obligada a sustituir al relevista con un nuevo trabajador.

---

<sup>340</sup> STSJ Castilla y León/Burgos, 2-10-2008, Rº 425/2008, STSJ Aragón 30-1-2007, Rº 1208/2006.



La doctrina de suplicación ha dado una respuesta diferente a esta cuestión en función de si el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción conlleva el cierre de la empresa o no. Por lo que se refiere al despido que afecta a toda la plantilla, no ha habido unanimidad en suplicación. La doctrina mayoritaria considera que en estos casos la empresa queda exonerada de la obligación de contratar a un sustituto del relevista<sup>341</sup> y, por tanto, no se le puede imponer la responsabilidad de abonar a la entidad gestora el importe correspondiente de la pensión de jubilación parcial. Pero algunos pronunciamientos han estimado que, al margen de dicha imposibilidad, esta responsabilidad se aplica automáticamente de modo que la empresa asume la responsabilidad del pago de la pensión de jubilación parcial. Se apela para justificar esta solución a que la regla prevista en la disposición adicional vincula el deber de reintegro a todo tipo de incumplimiento del deber empresarial de mantener a un relevista del trabajador parcialmente jubilado, no es una norma sancionadora ni antifraude destinada a repercutir en el empresario el importe de la pensión solo en los casos en que se accedió a ésta siendo consciente de que no se iba a cumplir el compromiso de contratación asumido sino que, por el contrario, se ha de aplicar en cualquier caso de incumplimiento<sup>342</sup>. El Tribunal Supremo ha cerrado este debate de suplicación en una serie de sentencias en las que se pronuncia sobre supuestos en los que se han extinguido todos los contratos de la plantilla, incluidos los del jubilado parcial y del relevista<sup>343</sup>. Afirma el Tribunal Supremo que en estos casos no es exigible a la empresa, porque su cierre lo hace imposible, la contratación de otro relevista y añade que la íntima vinculación entre los dos contratos deja de existir cuando ambos desaparecen. Esta imposibilidad de exigir la contratación del relevista por desaparición de ambos contratos impide la aplicación de la DA. 2ª.4, RD 1131/2002, de evidente contenido sancionador o antifraude. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el Tribunal Supremo ha rectificado expresamente esta interpretación de la DA. 2ª.4 RD 1131/2002, negando que la regla allí recogida tenga un carácter sancionador<sup>344</sup>.

Por el contrario, en el caso de que la actividad de la empresa continúe, se estima que el empresario debe contratar a un nuevo relevista<sup>345</sup>. El Tribunal Supremo ha confirmado esta interpretación en la STS 22-9-2010, Rº 4166/2009, en un supuesto en el que la empresa había comunicado a relevista y relevado la extinción de sus contratos al amparo del art. 52 c) ET. El Tribunal Supremo apela de nuevo a la no necesaria dependencia entre los contratos del relevista y del relevado de modo que el contrato de

---

<sup>341</sup> STSJ Aragón 20-2-2008, Rº 79/2008, STSJ Aragón 17-9-2007, Rº 722/2007, STSJ Aragón 23-5-2007, Rº 383/2007, STSJ Aragón 13-4-2007, Rº 268/2007.

<sup>342</sup> STSJ País Vasco, 11-5-2004, Rº 735/2004.

<sup>343</sup> SSTs 29-5-2008, Rº 1900/2007; 23-6-2008, Rº 2335/2007; 23-6-2008, Rº 2930/2007; 16-9-2008, Rº 3719/2007, 19-9-2008, Rº 3804/2007.

<sup>344</sup> STS 9-2-2010, Rº 2334/2009.

<sup>345</sup> STSJ Castilla y León/Burgos, 18-12-2008, Rº 713/2007; SSTSJ País Vasco 17-3-2008, Rº 2818/2007, 13-11-2007, Rº 2153/2007.



relevo puede subsistir aun habiendo desaparecido la relación laboral con el relevado como ocurría en este caso. La consecuencia es que el empresario incumplió la obligación de mantener al relevista hasta la jubilación ordinaria o anticipada del trabajador relevado y por ello es responsable del pago de la pensión de jubilación en los términos de la DA. 2ª.4 RD 1131/2002.

También se han planteado problemas cuando, a consecuencia de una transmisión parcial de empresa, el relevista pasa a incorporarse –en aplicación de la subrogación prevista en el art. 44 ET- en la plantilla de la empresa adquirente en tanto que el jubilado parcial permanece en la cedente. El Tribunal Supremo ha señalado que en estos casos la empresa cedente no está obligada a contratar a un nuevo relevista pues la finalidad de la jubilación parcial y el contrato de relevo se consigue. Si bien en estos casos se produce el cese del relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma: el relevista consolida su empleo en la nueva empresa por lo que se genera empleo y se mantiene el puesto de trabajo<sup>346</sup>. En todo caso, si se apreciara fraude por la empresa podrían reclamarse los efectos de la DA. 2ª.4 RD 1131/2001, a la vez que queda abierta la duda de si, en caso de cesar el relevista en su nueva empresa, debería la empresa originaria proceder a una nueva contratación.

En definitiva, el concepto de cese a que se refiere la DA. 2ª.1 RD 1131/2002 remite a la extinción, por cualquier causa, del contrato de relevo. Pero su alcance excede de las causas mencionadas en el art. 49 ET y se extiende a otros supuestos de cese temporal decidido voluntariamente por el relevista si esa decisión genera una vacante en el organigrama de la empresa. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo en aquellos casos en que el relevista pasa a situación de excedencia voluntaria. Para el Tribunal Supremo la opción por una interpretación amplia o estricta del término cese depende de la finalidad perseguida por la norma. En el contexto de la DA. 2ª RD 1131/2002 debe acogerse una interpretación amplia del término "cese", que incluya los supuestos de cese temporal por excedencia voluntaria que constituyan un incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista. La institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial. Este segundo propósito de mantenimiento del empleo vacante no se podría alcanzar de consentirse la excedencia voluntaria del trabajador relevista, una situación que en el caso enjuiciado se prolongaría por un largo tiempo de tres años y medio. De ahí que haya de entenderse que el relevista que pasa a

---

<sup>346</sup> STS 25-1-2010, Rº 1245/2009.



excedente voluntario deba ser sustituido por el empresario en el tiempo de quince días previsto en la citada disposición adicional<sup>347</sup>.

La situación no está clara en otros casos de suspensión del contrato de trabajo. La doctrina de suplicación no es unánime al determinar los efectos que derivan de la falta de sustitución del relevista cuando éste suspende su contrato de trabajo por excedencia forzosa o por excedencia por cuidado de hijos. Algunos pronunciamientos han optado por considerar que en cualquiera de estos supuestos la empresa está obligada a contratar a un nuevo relevista<sup>348</sup>. Pero hay algún pronunciamiento que, en sentido contrario, ha considerado que en estos casos no es preciso sustituir al relevista puesto que no hay propiamente un cese sino únicamente una suspensión de su contrato<sup>349</sup>. Finalmente también en esta cuestión el Tribunal Supremo ha unificado doctrina señalando que la empresa está obligada a sustituir al relevista contratando un nuevo trabajador. La modalidad de contrato será la de relevo si bien con un carácter de interinidad derivado de que su duración dependerá del reingreso en la empresa del primer relevista sustituido<sup>350</sup>. La solución es distinta, sin embargo, cuando se trata de una reducción de jornada por cuidado de hijo solicitada por el trabajador relevista. En este caso, la reducción de jornada del contrato de relevo no cambia su naturaleza ni determina la existencia de una vacante en la empresa de manera que, en estos casos, no es preciso proceder a la contratación de un nuevo relevista<sup>351</sup>.

En caso de suspensión del contrato del relevista por disfrute de un permiso retribuido se ha considerado innecesario contratar a un relevista sustituto<sup>352</sup> y lo mismo en el caso de una suspensión de empleo y sueldo<sup>353</sup>.

También la extinción del contrato del trabajador jubilado parcialmente, antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, obliga al empresario a cubrir el puesto que queda vacante -bien mediante la ampliación de la jornada del relevista, bien mediante una nueva contratación-. En este caso, solo el despido improcedente sin readmisión genera este efecto, salvo que el contrato de relevo se hubiera concertado ya inicialmente a tiempo completo<sup>354</sup>.

La cuestión que se plantea es qué ocurre cuando la extinción del contrato del jubilado a tiempo parcial se produce por una causa distinta al despido improcedente (despido procedente, dimisión, fallecimiento, incapacidad permanente...). Diversos

---

<sup>347</sup> STS 9-7-2009, R° 3032/2008 y STS 8-7-2009, R° 3147/2008

<sup>348</sup> STSJ Madrid 1-2-2007, R° 3360/2006, STSJ 23-2-2007, R° 3070/2006 para la excedencia forzosa y STSJ Madrid 26-12-2008, R° 5456/2007, para los casos de excedencia por cuidado de hijos.

<sup>349</sup> STSJ Castilla León/Valladolid, 20-2-2008 (R° 149/2008) y STSJ IPaís Vasco, 20-2-2007, R° 2624/06.

<sup>350</sup> SSTs 4-10-2010, R° 4508/2009; 7-12-2010, R° 7/2010 y 28-11-2011, R° 299/2011.

<sup>351</sup> STS 23-6-2011, R° 3884/2010.

<sup>352</sup> STSJ Madrid 20-4-2006, R° 507/2006.

<sup>353</sup> STSJ Cataluña, 17-9-2009, R° 5270/2007, STSJ Aragón 27-12-2006, R° 1083/2006.

<sup>354</sup> STS 6-10-2011, R° 4582/2010.



pronunciamientos de suplicación han abordado esta cuestión y han ofrecido soluciones no siempre coincidentes. Algunas sentencias han estimado que la muerte o fallecimiento del jubilado a tiempo parcial extingue la necesidad de mantener su sustitución en la empresa por el anterior relevista y justifican la extinción procedente del contrato del relevista<sup>355</sup>. Consideran estas sentencias que existe una íntima vinculación entre los contratos del relevista y el del jubilado parcial de modo que desaparecido el contrato del jubilado puede extinguirse el del relevista. Pero el Tribunal Supremo ha corregido esta interpretación señalando que la conexión originaria entre el contrato de relevo y la novación contractual del relevado no determina una dependencia funcional del contrato de relevo respecto de la situación de jubilación y empleo parcial. Prueba de ello es que el contrato de relevo puede ser por tiempo indefinido. Por otra parte, la finalidad de esta institución es armonizar los intereses del empresario, del relevista y del relevado sobre la base de mantener incólume el volumen de empleo existente en la empresa. Por ello el contrato del relevista se ha de mantener, incluso en caso de fallecimiento del jubilado parcial, salvo causas económicas sobrevenidas justificadas<sup>356</sup>.

#### iv) Efectos del incumplimiento de las obligaciones relativas al contrato de relevo

La configuración normativa de la jubilación parcial anticipada determina que el acceso a la misma está doblemente condicionado, en primer lugar, por la previa conversión del contrato a tiempo completo del trabajador que se jubila en un contrato a tiempo parcial y, en segundo lugar, por la celebración de un contrato de relevo. De ello se infiere que el acceso a la jubilación parcial no constituye un derecho subjetivo del trabajador ni siquiera cuando éste cumple todas las exigencias legales referidas a la edad, permanencia en la empresa, cotización acreditada... Se requiere además el acuerdo con la empresa para novar el contrato que le vincula con la empresa en otro a tiempo parcial y simultáneamente que la empresa contrate a un trabajador mediante la modalidad contractual de relevo, a tiempo parcial o completo. El principio general de voluntariedad en la conversión del contrato a tiempo completo en contrato a tiempo parcial que recoge el art. 12.4 ET obliga a entender que la empresa no puede imponer al trabajador la novación de su contrato pero, del mismo modo, supone que el trabajador tampoco puede obligar a la empresa a aceptar dicha modificación del tipo contractual<sup>357</sup>. Ciertamente, el art. 12.4 e) ET señala que, con carácter general, la empresa deberá atender las solicitudes que reciba en dicho sentido pero esta previsión solo determina que el empresario deba responder a la solicitud de forma motivada y razonada. A ello, además, debe añadirse la contratación de un relevista, exigencia que tampoco puede imponerse a la empresa. En definitiva, solo en caso de que la negociación colectiva, llamada expresamente a establecer medidas para la celebración de contratos de relevo (art. 12.7

<sup>355</sup> STSJ Cantabria 22-6-2009, R° 461/2009; STSJ Extremadura, 10-4-2008, R° 823/2008.

<sup>356</sup> STS 25-2-2010, R° 1744/2009.

<sup>357</sup> STS 5-10-2010, R° 692/2010.





e) ET), disponga la obligatoriedad de la empresa de aceptar la petición del trabajador, podría admitirse la configuración de la jubilación parcial como un derecho automático del trabajador.

De este modo, la conversión del contrato a tiempo parcial y la celebración simultánea de un contrato de relevo se constituyen como elementos esenciales para la existencia del derecho a la jubilación parcial. Ello se explica por la finalidad originaria que persigue la normativa reguladora de esta institución: el fomento de la creación y reparto de empleo que exige para su cumplimiento la contratación de un trabajador en sustitución de la jornada parcialmente dejada vacante por el jubilado.

Esta regulación determina que la falta de celebración del contrato de relevo impida el acceso del trabajador a la jubilación parcial. Pero esta consecuencia se produce también cuando el contrato de relevo se ha celebrado en condiciones distintas a las previstas legalmente. Por ello, si el contrato de relevo no se ajusta a las condiciones legalmente fijadas, apreciándose fraude o irregularidades en la contratación del relevista, el efecto ha de ser la denegación del derecho a la jubilación parcial sin perjuicio de la eventual reclamación por daños que el trabajador pueda dirigir a la empresa. Así ocurre cuando el relevista no se encuentra en situación legal de desempleo<sup>358</sup>, o cuando el relevista ocupa un puesto de trabajo no similar al del jubilado parcial sin que la empresa haya acreditado la concurrencia de requerimientos específicos del puesto de trabajo que impidan al relevista su desempeño<sup>359</sup>.

Distintos son los supuestos y distintas las consecuencias en caso de incumplimiento de las obligaciones de mantenimiento de los contratos del jubilado parcial y del relevista que pesan sobre la empresa y que atañen tanto al contrato a tiempo parcial con el trabajador jubilado parcial –obligación de sustitución en caso de despido improcedente sin readmisión- como a la contratación de un nuevo relevista en caso de cese del inicialmente contratado. En estos casos, el empresario debe hacerse cargo del importe devengado de la prestación de jubilación parcial debiendo proceder al abono de la cantidad correspondiente a la entidad gestora (DA. 2.4 RD 1131/2002). Pero aquí se plantean dos cuestiones problemáticas. Por una parte, los efectos que dichos incumplimientos puedan determinar sobre la pensión de jubilación del relevado. Por otra, el alcance y extensión de dicha responsabilidad.

Por lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento, la DA. 2ª.4 RD 1131/2002 dispone que “en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada”. Se trata de un supuesto distinto al analizado anteriormente en el que el contrato de relevo,

---

<sup>358</sup> STS 6-10-2011, Rº 4410/2010.

<sup>359</sup> STS 26-12-2011, Rº 4268/2010.



por deficiencias o irregularidades, no es válido a efectos de generar el derecho a la pensión de jubilación parcial. Aquí se trata del incumplimiento de la obligación de sustitución del relevista o del trabajador jubilado cuando, conforme a la interpretación de la norma, existe obligación de proceder a dicha sustitución. Y en estos casos, la norma no contempla la pérdida o suspensión del derecho a la jubilación parcial sino únicamente la responsabilidad empresarial respecto al coste de la prestación correspondiente. Así lo ha señalado la doctrina de suplicación advirtiendo que la norma no prevé que el jubilado pierda su derecho a la jubilación parcial por el hecho de que el empresario incumpla sus obligaciones en relación con el relevista<sup>360</sup>.

No obstante, en caso de no haberse simultaneado la jubilación a tiempo parcial con un contrato de relevo, se plantea la duda de si procede aplicar las consecuencias negativas previstas en el art. 18.4 RD 1131/2002. Este precepto regula el acceso del jubilado a tiempo parcial a la jubilación total, ordinaria o anticipada, y prevé que para las bases reguladoras de la pensión se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo. El apartado 4 de dicho precepto dispone que en caso de no haberse simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo no se tendrá derecho a ese beneficio. La doctrina de suplicación ha venido aplicando esta consecuencia cuando el empresario incumple sus obligaciones en relación con el contrato de relevo, entre otros supuestos cuando no sustituye al relevista después de haberse producido su cese<sup>361</sup> sin que el trabajador pueda reclamar a la empresa con apoyo en el art. 126 LGSS las diferencias de la pensión de jubilación<sup>362</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo unificó doctrina<sup>363</sup> en sentido contrario señalando que no procede penalizar al trabajador jubilado parcial, estableciendo que, cuando acceda a la jubilación completa, no se va a poder beneficiar del incremento de sus bases de cotización al 100 por 100, a efectos de cálculo de la base reguladora de su pensión definitiva. Para que se produjera tal efecto negativo, ello debería estar expresamente previsto en el artículo 18 del RD 1131/2002, pero no es así. Lo que dicho precepto dice es que, para disfrutar de ese incremento -ficticio- de las bases de cotización, es condición que la jubilación parcial "se hubiese simultaneado con un contrato de relevo". Tal exigencia debe entenderse como que el contrato de relevo se ha celebrado a su debido tiempo lo que, como hemos dicho antes, producirá ingresos a la Seguridad Social: bien las cotizaciones

---

<sup>360</sup> STSJ Cantabria 12-12-2006, R° 999/2006; TSJ Madrid 14-7-2006, R° 1061/2006, STSJ 18-11-2008, R° 902/2008; STSJ País Vasco 11-9-2008, R° 1382/2008, STSJ Cataluña 27-3-2008, R° 898/2007, STSJ Cantabria 22-6-2009, R° 461/2009.

<sup>361</sup> STSJ País Vasco 11-9-2008, R° 1382/2008.

<sup>362</sup> STSJ País Vasco 9-11-2007, R° 2085/2007.

<sup>363</sup> STS 15-7-2010, R° 2784/2009.



de ese trabajador relevista, bien las cotizaciones de un nuevo relevista que sustituya al anterior, bien, si tal sustitución no se produce, el pago de la jubilación parcial a costa del empresario. Pero en ningún caso puede interpretarse una normativa -que, como hemos dicho, pretende facilitar la jubilación parcial- en un sentido tal que se haga recaer sobre el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino del empresario -al no sustituir al relevista cesado- y que pueden ser extraordinariamente graves en términos de disminución drástica de la base reguladora, y por ende de la cuantía final, de su pensión definitiva cuando se produzca su jubilación completa.

Por lo que se refiere a la extensión de esta responsabilidad, el empresario asume el coste de la pensión de jubilación “desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada”. Conforme a la doctrina de suplicación, la responsabilidad de la empresa por la prestación de jubilación parcial se extiende solo hasta que “se subsanan las deficiencias formales de la contratación”<sup>364</sup> o hasta que se contrata al sustituto del relevista<sup>365</sup>.

Además, se ha señalado que la responsabilidad de la empresa puede limitarse cuando el puesto del relevista requiere mucha especialización y el empresario ha acreditado diligencia para buscar sustituto<sup>366</sup>. Otros pronunciamientos, sin embargo, advierten que no puede apelarse a la diligencia del empresario para sustituir al relevista como argumento para rechazar la responsabilidad prevista en la DA. 2.4 dado que 1º) no se trata de una norma sancionadora y 2º) la norma es flexible al permitir contratar al relevista para el mismo puesto de trabajo u otro similar (art. 12.6 ET)<sup>367</sup>. Esta interpretación ha acabado prevaleciendo en unificación de doctrina. La STS 9-2-2010, Rº 2334/2009, señala que si se supera el plazo de 15 días para efectuar la nueva contratación procede exigir a la empresa la responsabilidad por el pago de la pensión de jubilación. No cabe alegar en contra que se trata de una obligación de medios y no de resultados y que la empresa puede exonerarse de responsabilidad si acredita diligencia. El Tribunal Supremo no excluye la posibilidad de que en algún supuesto la empresa pueda justificar el incumplimiento pero siempre bajo el presupuesto de haber acreditado una diligencia adecuada a la premiosidad del mandato. De esta forma, si transcurre el plazo de 15 días, opera la responsabilidad<sup>368</sup>. Este plazo de 15 días no puede descontarse de la responsabilidad de la empresa<sup>369</sup>.

---

<sup>364</sup> STSJ Navarra, 4-12-2008, Rº 589/2007.

<sup>365</sup> STSJ Castilla La Mancha, 16-6-2008, Rº 1159/2007) (STS 8 julio 2009, Rº 3147/2008).

<sup>366</sup> STSJ Castilla y León/Burgos, 2-10-2008, Rº 425/2008.

<sup>367</sup> STSJ Castilla La Mancha, 16-6-2008, Rº 1159/2007.

<sup>368</sup> STSJ Aragón, 3-10-2006, Rº 761/2006

<sup>369</sup> STSJ Madrid 23-2-07, Rº 3070/2006.



v) Incentivos y “desincentivos” a la jubilación parcial anticipada

La regulación de la jubilación parcial anticipada plantea, como se ha comprobado, numerosos problemas aplicativos por su vinculación ineludible con el contrato de relevo. Las insuficiencias de la regulación normativa, básicamente referidas, por un lado, a la identificación de los supuestos que constituyen un incumplimiento de los requisitos legales de coexistencia entre el contrato de relevo y la prestación laboral del relevado, y, por otro, a los efectos derivados de tales incumplimientos, han propiciado una interesante labor judicial de reconstrucción de las previsiones legales. Labor que, especialmente en fechas recientes, ha rechazado el carácter sancionador de las previsiones referidas a la obligación empresarial de abonar la pensión de jubilación parcial en caso de incumplimiento de las exigencias legales pero que, paralelamente, excluye el acceso a la pensión de jubilación parcial por irregularidades en el contrato de relevo. Se impone así una interpretación extensiva de la responsabilidad empresarial y estricta del acceso a la pensión que actuará como límite a los excesos empresariales referidos al contrato de relevo y que se sitúa en la línea mantenida por las últimas reformas legales en la materia.

En este sentido, la jubilación parcial anticipada ha sufrido, a través de las últimas reformas en materia de Seguridad Social (Ley 40/2007 y RDL 8/2010), un progresivo endurecimiento en sus condiciones de acceso. Hasta ese momento, la evolución de la jubilación parcial había evolucionado muy favorablemente por los incentivos que ofrecía tanto a las empresas como a los trabajadores, especialmente aquellos con largas carreras de seguros<sup>370</sup>. Este incremento, en un momento en el que la situación de desempleo marcaba una tendencia muy distinta a la del momento en que se diseñó la jubilación parcial anticipada en nuestro sistema de Seguridad Social, determinó una tendencia restrictiva de legislador. Esta tendencia se acentúa con las modificaciones incorporadas en su régimen jurídico por la Ley 27/2011, en particular aquella que afecta a la cotización del trabajador jubilado parcialmente antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación. Conforme a la nueva redacción del art. 166.2.g) LGSS, durante la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando a jornada completa. Se trata de una novedad cuya aplicación se hará de forma progresiva, comenzando por una aplicación del 30% de la base que hubiera correspondido por la cotización a tiempo completo incrementándose anualmente en un 5% hasta llegar al año 2027 en que se alcanzará el 100% (DT. 22ª LGSS).

Probablemente, una de las razones para incorporar esta novedad está relacionada con la intención de desvincular la pensión de jubilación del contrato de relevo –aun siendo

---

<sup>370</sup> De 6.819 altas en jubilación parcial durante el año 2002 se pasó a 27.809 en el año 2006. Vid al respecto, F.J. FERNANDEZ ORRICO, “La jubilación parcial”, en AAVV Reforma y Modernización de la Seguridad Social, Análisis de la Ley 27/2011 (A.V. Sempere y F.J. Orrico Dirs.), Navarra, Aranzadi, 2012, p. 259.



requisito imprescindible la celebración de éste-, y ello por los efectos negativos que el incumplimiento empresarial de sus obligaciones respecto del contrato de relevo genera sobre la pensión de jubilación -máxime si, como señala el Tribunal Supremo en su STS de 15-7-2010, antes citada, el incumplimiento del empleador no penaliza al trabajador que mantiene su derecho a que la pensión completa de jubilación se calcule como si hubiese cotizado sobre una base calculada como se trabajase a jornada completa. Con la medida incorporada se evita que los defectos en la contratación del relevista impidan al jubilado parcial incrementar su base de cotización conforme al art. 18 RD 1131/2002, sin perjuicio de mantener la responsabilidad empresarial respecto del pago de la jubilación parcial.

Pero, al margen de ello, es importante el efecto que esta nueva medida puede tener, por una parte, sobre la Seguridad Social y, por otra, sobre el recurso a la jubilación parcial.

En cuanto al efecto sobre la Seguridad Social, debe tenerse en cuenta que la combinación de jubilación parcial y trabajo del relevista implican, sea cual sea la jornada laboral del relevista, que la Seguridad Social asuma el coste de la cotización que se deja de abonar por el jubilado parcialmente en la medida en que el cálculo de su pensión ordinaria se realiza sobre las bases de cotización del trabajador ficticiamente incrementadas al 100%. La cotización del relevista es autónoma a estos efectos y forma parte de su propia carrera de seguro de modo que, en su caso, generará las correspondientes prestaciones a favor de éste. La fórmula resulta cara a la Seguridad Social en la medida en que se produce así un desequilibrio entre cotización y pensión<sup>371</sup>.

Este desequilibrio podía haber sido corregido acudiendo a mecanismos como la eliminación del beneficio del incremento de la base de cotización y la simultánea posibilidad de que el trabajador jubilado parcial suscriba un convenio especial con la finalidad de mantener las bases de cotización completas para la jubilación definitiva<sup>372</sup>. Pero el legislador ha optado por imponer a cargo del empresario y trabajador el mantenimiento de la cotización a tiempo completo. Esta fórmula permite recuperar la correspondencia y equilibrio entre cotización real y cálculo de la pensión. Esta medida deja, además, sin efecto, lo establecido en el art. 18.4 RD 1132/2002, al menos para los casos de jubilación parcial anticipada. Conforme a este precepto, cuando no se puede aplicar el beneficio del incremento del 100 por 100 a las bases de cotización, por no haberse simultaneado la jubilación parcial con el contrato de relevo, el interesado podía optar entre: a) que se determine la base reguladora de su pensión computando las bases de cotización realmente ingresadas durante la jubilación parcial, o b) que la base reguladora se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, en la fecha en que dejó de aplicarse el beneficio. Con el nuevo art. 166.2.g) LGSS la

---

<sup>371</sup> A. DESDENTADO y A. DURÁN, “Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto”, *cit.*, p. 53.

<sup>372</sup> J.I. DEL VALLE DE JOZ, “Novedades en la regulación de la jubilación parcial”, en AA.VV. (Dir. I. García-Perrote y J. Mercader), *Las reformas de la Seguridad Social, 2011*, Lex Nova 2011, p. 203.



pensión se calculará siempre sobre las cotizaciones efectivamente realizadas por el jubilado a tiempo parcial, que lo serán como si hubiese trabajado a tiempo completo. Subsiste, sin embargo, la obligación de suscribir un contrato de relevo, modalidad contractual que sigue considerándose como un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas, tal y como recogía el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, que acogía entre los objetivos de la negociación colectiva la regulación y el incentivo al uso del contrato de relevo.

Sin embargo, esta nueva medida puede tener un efecto desincentivador sobre el acceso a la jubilación parcial en la medida en que encarece el coste de la contratación: la empresa habrá de abonar la cotización correspondiente al relevista y, además, la del jubilado parcial como si prestara sus servicios a tiempo completo. La mayor incidencia de esta novedad, en términos de coste para el empresario, se producirá precisamente en las modalidades de jubilación parcial anticipada que mayor éxito tienen, aquellas en las que se produce la reducción de la jornada hasta el 85% con concentración de la jornada del jubilado parcial<sup>373</sup>. A estos efectos, debe además tenerse en cuenta que algunas de las bonificaciones aplicables en estos casos, que habrían permitido amortiguar los efectos de esta cotización a tiempo completo han quedado derogadas por el RDL 20/2012. La DT. 6ª de esta norma suprime el derecho de las empresas “a la aplicación de bonificaciones por contratación, mantenimiento del empleo o fomento del autoempleo, en las cuotas a la Seguridad Social y, en su caso, cuotas de recaudación conjunta, que se estén aplicando a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, en virtud de cualquier norma, en vigor o derogada, en que hubieran sido establecidas” dejando a salvo únicamente las que expresamente se enumeran en su apartado 2.

Por una parte, la derogación afecta a las medidas previstas en el art. 4.1 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo<sup>374</sup>, precepto que establecía una bonificación del 50% de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, excepto por incapacidad temporal derivada de las mismas aplicable a los contratos de carácter indefinido de trabajadores de sesenta o más años con una antigüedad de cinco o más años en la empresa. Dicha bonificación se incrementaba anualmente en un 10% hasta un máximo del 100%, aplicándose también en el caso de los trabajadores jubilados parcialmente (art. 4.1 Ley 43/2006)<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Vid, al respecto, los datos que se aportan en el *Informe sobre la situación de la jubilación anticipada con coeficiente reductor y de la jubilación parcial*, (Octubre 2012) en los que se aprecia que la jornada reducida del jubilado parcial se mueve en parámetros siempre cercanos al mínimo permitido. Explicando los motivos de esta situación, vid I.A. RODRÍGUEZ CARDO, *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, cit., pp. 142 y ss.

<sup>374</sup> BOE 30-12-2006, nº312. En este caso, además, la DD única RDL 20/2012 incluye el apartado 4.1 Ley 43/2006 entre las disposiciones expresamente derogadas en materia de empleo y Seguridad Social.

<sup>375</sup> Vid J. LÓPEZ GANDÍA, *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007*, Bomarzo, 2008, p. 50.





Por otra, también podría afectar a la reducción de cuotas para el mantenimiento del empleo contemplada en la DA. 6ª Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 2012<sup>376</sup>, conforme a la cual “Los contratos de trabajo de carácter indefinido de los trabajadores de cincuenta y nueve o más años, con una antigüedad en la empresa de cuatro o más años, darán derecho a la reducción, a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social, del 40 por 100 de la aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, sobre las cuotas devengadas desde la fecha de cumplimiento de los requisitos anteriormente señalados”. Se trata de una medida que forma también parte de la política de empleo destinada al mantenimiento de la vida activa de los trabajadores de edades próximas a la jubilación y que se coordina con la prevista para los mayores de 60 a que se ha hecho referencia<sup>377</sup>. Precisamente, la DA 6ª.Tres señala que “La duración de la reducción de la aportación empresarial será de un año, salvo que, en una fecha anterior, los interesados cumplan los requisitos para ser beneficiarios de las bonificaciones reguladas en el artículo 4 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en cuyo caso se aplicarán desde dicha fecha estas últimas”. Sin embargo, llama la atención que, habiendo sido derogada la bonificación por mantenimiento de contratos de mayores de 60 años, subsista la aplicable a los trabajadores con 59 años, aunque ello puede deberse a que esté prevista su supresión en la próxima Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Tras la aprobación del RD 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad<sup>378</sup> pueden considerarse eliminadas estas bonificaciones desapareciendo así el efecto amortiguador que podría haber tenido sobre la medida incorporada respecto a la cotización del jubilado parcial.

#### b.) Jubilación parcial diferida

La Ley 12/2001 amplió la configuración de la jubilación parcial al permitir que el jubilado parcial continuara en tal situación al alcanzar la edad ordinaria de jubilación. Poco después, la Ley 35/2002 reconoció expresamente la posibilidad de que los beneficiarios de la pensión de jubilación completa se reintegren a la vida laboral a través de un contrato de trabajo a tiempo parcial, posibilidad que se configura legalmente como una modalidad distinta de la jubilación parcial diferida y que recibe el nombre de jubilación flexible.

A diferencia de la jubilación parcial anticipada, que cumple una función principal de fomento del empleo a costa de un incremento del coste para el sistema de la Seguridad Social, la jubilación parcial diferida responde a la finalidad de incentivar la prolongación de la vida activa y retrasar la edad de jubilación. Se trata de una

---

<sup>376</sup> BOE 30-6-2012, nº156.

<sup>377</sup> Se incorporó a la Ley 12/2001 (art. 6.7º) por la Ley 35/2002 y se ha mantenido en los sucesivos programas de fomento del empleo.

<sup>378</sup> BOE 14-7-2012, nº168.



modalidad de jubilación al alcance de aquellos trabajadores que, habiendo cumplido la edad ordinaria de jubilación y pudiendo, por tanto, acceder a la pensión completa, eligen continuar su relación laboral, si bien lo hacen a tiempo parcial, combinando y compatibilizando el trabajo por cuenta ajena con la pensión parcial. Los efectos positivos que la jubilación parcial diferida ofrece al sistema de Seguridad Social –en la medida en que supone un ahorro en el coste de las pensiones a abonar a los jubilados parcialmente a la vez que asegura la continuidad del ingreso de cotizaciones– determinan que las condiciones de acceso a la misma no sean especialmente rigurosas.

Se exige que los trabajadores hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y que reúnan los requisitos para causar derecho a la misma, disponiendo expresamente el art. 166.1 LGSS que pueden acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Sí se requiere, sin embargo, el acuerdo con la empresa pues el acceso a la jubilación parcial diferida requiere la reducción de la jornada, exigiéndose además, desde la reforma incorporada por la Ley 40/2007, que la reducción sea entre un mínimo de un 25% y un máximo de un 75%, estando referidos dichos porcentajes a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. El trabajador ha de cumplir los requisitos mínimos de cotización que, con carácter general, se exigen para el acceso a la jubilación ordinaria, muy lejos pues de los 30 años de cotización que se requieren para la jubilación parcial anticipada.

En cuanto a la repercusión de las cotizaciones durante el periodo de prestación de servicios a tiempo parcial en el cálculo de la futura pensión de jubilación completa debe tenerse en cuenta que en estos casos se establecen reglas especiales respecto al cálculo de la base reguladora y al porcentaje aplicable a la misma, si bien las ventajas que implican tales reglas se reservan especialmente para los casos en que la jubilación parcial se simultanee con un contrato de relevo lo cual, como ya se ha dicho, no es obligatorio, ni frecuente, en el caso de la jubilación parcial diferida.

A estos efectos, y por lo que se refiere a la base reguladora de la pensión de jubilación completa, el art. 18.2 RD 1131/2002 dispone que “para el cálculo de la base reguladora de la pensión se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo”. Dado que en el caso de la jubilación parcial diferida no es requisito imprescindible la celebración de un contrato de relevo, será habitual que no opere dicho beneficio. Para estos casos, el propio art. 18.4 RD 1131/2002 dispone que “el interesado podrá optar entre que se determine la base reguladora de la pensión de jubilación computando las bases de cotización realmente ingresadas, durante la situación de jubilación parcial, o que la misma se calcule en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial o, en su caso, en la que dejó de aplicarse



el beneficio del incremento del 100 % de la base de cotización, si bien aplicando las demás reglas vigentes en el momento de causar la pensión”.

En cuanto al porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular la pensión de jubilación, el art. 18.3 RD 1131/2002 dispone que a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora, se tomará, como período cotizado a tiempo completo, el período de tiempo cotizado que medie entre la jubilación parcial y la jubilación ordinaria o anticipada, siempre que, en ese período, se hubiese simultaneado la jubilación parcial con un contrato de relevo.

En relación con este último aspecto se plantea sin embargo el problema de la aplicabilidad, a los supuestos de acceso a la jubilación ordinaria desde una situación de jubilación parcial diferida, del porcentaje adicional que prevé el art. 163.2 LGSS. Este precepto, como fórmula de incentivo al retraso en el acceso a la jubilación, prevé –en su versión vigente hasta el 31-12-2012- que “cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en el artículo 161.1.b), se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por 100 por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 por 100 cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años”. El precepto añade expresamente que “este beneficio no será de aplicación en los casos de jubilación parcial ni de jubilación flexible a que se refiere el art. 165.1, 2º párrafo”.

Está claro que ello supone que estos porcentajes adicionales no se aplican a efectos de calcular la cuantía de la jubilación parcial, ni siquiera cuando se accede a ella transcurrido un tiempo desde el cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria. Lo que no queda resuelto con claridad es si puede o no beneficiarse de la ventaja prevista en el art. 163.2 LGSS quien accede a la jubilación ordinaria desde una situación de jubilación parcial, ya sea ésta anticipada o diferida<sup>379</sup>.

La cuestión ha quedado resuelta con la reforma articulada a través de la Ley 27/2012 para los trabajadores con jubilación parcial anticipada, -al menos a partir del 1.1.2027, cuando finalice el plazo transitorio dispuesto en la DT. 22.2 LGSS para la aplicación del incremento de la base de cotización de los trabajadores jubilados parcialmente antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación- porque su cotización, al margen de la jornada de trabajo que realicen y con independencia de que se cumplan o no las exigencias de mantenimiento del contrato de relevo, será al 100%. Tampoco plantean problemas los supuestos de jubilación parcial diferida que se simultaneen con un contrato de relevo pues en este caso, en aplicación del art. 18.1 RD 1131/2002, a efectos de determinar el

---

<sup>379</sup> Vid ARAGÓN GÓMEZ, C. Incentivos a la prolongación de la vida activa, a la luz de la Ley 27/2011 GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. (Dir.) *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 235-237.



porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación se tomará, como periodo cotizado a tiempo completo, el tiempo que medie entre la jubilación parcial y la jubilación ordinaria<sup>380</sup>. Sin embargo las dudas subsisten en relación con los trabajadores que acceden a la jubilación parcial diferida sin simultanear su situación con un contrato de relevo cuando, desde esa situación, acceden a la jubilación completa<sup>381</sup>.

En particular, el problema se plantea en relación a un trabajador que accede a la jubilación total a una edad superior a la ordinaria de jubilación y desde una situación de jubilación parcial. Las SSTs de 21-3-2011, R<sup>o</sup> 2396/2010, y de 15-12-2011, R<sup>o</sup> 1765/2011, abordan esta cuestión y aportan una interpretación sistemática de la normativa aplicable que permite a los trabajadores en dicha situación beneficiarse del mencionado incremento. En ambas sentencias se afirma que el art. 163.2 LGSS se refiere a la contingencia de jubilación ordinaria, con más de 65 años y precedida de un tiempo de cotización superior al año, “de manera que para que pueda producirse la bonificación porcentual tiene que haberse cotizado de manera completa el tiempo necesario, y no, como ocurría en el caso, con cotizaciones correspondientes a una jornada reducida mientras se percibía la pensión de jubilación parcial”. Pero se añade que “si las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios a tiempo parcial suman todas ellas el tiempo de uno o más años, cabría computarlas a estos efectos, calculando el tiempo de cotización en la forma prevista en el citado artículo 3 del R.D. 1131/2002”. Este precepto dispone que “para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales” y añade que, para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo. Normas, en definitiva, de las que se infiere “que no cabe computar a los efectos postulados como años completos, a efectos de la mejora del porcentaje de la

---

<sup>380</sup> Vid, al respecto, LÓPEZ GANDÍA, J. *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma de 2007*, cit, 2008, p. 63.

<sup>381</sup> En sentido favorable al derecho del jubilado parcial a disfrutar de ese beneficio cuando accede o retorno a la jubilación completa, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M. *La jubilación parcial en el sistema español de la Seguridad Social*, Madrid, CES, 2008, p. 50, y MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M. *Incentivos para prolongar la vida activa en la Ley 40/2007*” CAMAS RODA, F. (Coord.) *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 263 y ss. En contra, sin embargo. RODRÍGUEZ CARDO, I. A. *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, cit., p. 436.



pensión definitiva, como “completos” los años naturales que transcurran después de cumplidos los 65, sino que será preciso que se completen esos años como cotizados en la forma antes descrita”.

La reforma llevada a cabo por la Ley 27/2012 podría servir de apoyo a esta interpretación en la medida en que modifica el art. 163.2 LGSS, entre otros aspectos, para condicionar la aplicación de los porcentajes adicionales a la acreditación de “años completos cotizados”, frente a la anterior referencia a “cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión”, aunque mantiene la expresa exclusión de este beneficio para las jubilaciones parciales y las jubilaciones flexibles.

Por lo demás, la reforma del régimen jurídico de la jubilación llevada a cabo por la Ley 27/2011 apenas ha afectado a la jubilación parcial diferida salvo las modificaciones necesarias en el art. 166.1 LGSS para adaptar la edad de acceso a esta modalidad de jubilación a la nueva redacción del artículo 161.1.a) de la LGSS<sup>382</sup>. De este modo, de una única edad de acceso a la jubilación parcial, la de 65 años, el acceso se podrá realizar dentro de la franja establecida en el citado artículo, es decir a partir de los 65 años cuando se acredite haber cotizado 38 años y seis meses o en todo caso la de 37 años si no se acredita el periodo de cotización anterior<sup>383</sup>. No obstante, también se aplicará la progresiva escala en la edad y el periodo de cotización de conformidad con lo establecido en la DA. 22ª de la LGSS que remite a la nueva DT. 20ª de la misma norma.

No se contempla a este respecto excepción alguna, de manera que la edad establecida en el artículo 161.1.a) de la LGSS también será aplicable a quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 pese que este colectivo, como dispone el artículo 5.2 Ley 27/2012, se les permite acceder a la jubilación anticipada a partir de los 65 años.

De otro lado, no se establecen otras reformas para esta modalidad de jubilación parcial, de manera que se mantienen los porcentajes máximos y mínimos de reducción de jornada, no se requiere tampoco la suscripción de contrato de relevo, ni es preciso que se cotice por el jubilado parcial como si desarrollara el trabajo a tiempo completo como por el contrario dispone el nuevo artículo 166.2.g) de la LGSS para la jubilación parcial anticipada.

Significativo es, igualmente, que la exención de cotización prevista en el art. 112 bis LGSS haya sobrevivido al barrido de bonificaciones por la contratación o mantenimiento del empleo llevado a cabo por el RDL 20/2012. La aplicación de esta exención a los trabajadores a tiempo parcial que cumplan las exigencias previstas en

---

<sup>382</sup> Vid DEL VALLE DE JOZ, J. I. Novedades en la regulación de la jubilación parcial, Op. cit, pp. 194-195.

<sup>383</sup> TRILLO GARCIA, A. Jubilación, Op. cit., p. 142.



dicho precepto, permitiría que también los trabajadores con jubilación parcial diferida se beneficien de las mismas, actuando así como un incentivo para la prolongación de la vida laboral combinada con una jubilación parcial.

## 1.2 La jubilación flexible

La propia LGSS prevé, desde la Ley 35/2002, la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo a tiempo parcial en el supuesto de jubilación flexible, fórmula con características propias y diferenciadas respecto de la jubilación parcial diferida.

La pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajo a tiempo parcial minorándose el percibo de la pensión de acuerdo con la regulación establecida en el RD 1132/2002. En tal sentido, el art. 5 de este Real Decreto señala que la pensión de jubilación será compatible con el trabajo a tiempo parcial dentro de los límites establecidos en el artículo 12.6 del ET lo que implica que la jornada tenga un mínimo del 25% y un máximo de 75% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable, con la minoración de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo que tendrá efectos desde el mismo día de inicio de las actividades. Para compatibilizar el percibo de la pensión el pensionista deberá comunicar tal circunstancia a la entidad gestora de manera que la omisión del deber tendrá como efectos la declaración como indebida de la pensión en el importe correspondiente a la actividad a tiempo parcial trabajada y la obligación del reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas sin perjuicio de la sanción que corresponda de acuerdo con lo previsto en el artículo 25 LISOS.

Las cotizaciones efectuadas durante la suspensión parcial de la jubilación surtirán efectos para la mejora de la pensión una vez producido el cese en el trabajo. De este modo, una vez que el pensionista comunique el cese en las actividades a tiempo parcial a la entidad gestora se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación, modificando su cuantía de acuerdo con las siguientes reglas (art. 8 RD 1132/2002):

En primer lugar, se procederá a calcular de nuevo la base reguladora, mediante el cómputo de las nuevas cotizaciones y aplicando las reglas vigentes en el momento en el cese en la actividad salvo que la nueva pensión resultara inferior, en cuyo caso se mantendrá la pensión primitiva aplicando a la misma las revalorizaciones producidas desde la fecha de determinación de la base reguladora hasta la del cese en el trabajo. En segundo lugar, las cotizaciones efectuadas, tras la minoración del importe de la pensión de jubilación, darán lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo periodo de cotización acreditado. De igual modo, las citadas cotizaciones surtirán efecto para disminuir o en su caso suprimir, el coeficiente reductor que se hubiese aplicado, en el momento de causar derecho a la pensión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 161 bis LGSS. Finalmente, será aplicable en su caso, en los mismos términos que en la jubilación parcial diferida, el porcentaje adicional previsto en el art. 163.2 LGSS.





El objetivo de esta expresa compatibilidad es el de favorecer e incentivar la presencia social activa de los ciudadanos, teniendo en cuenta, a su vez, que esta permanencia repercute en la propia autoestima del trabajador, tiene efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, presenta indudables ventajas para el conjunto de la sociedad que, de esta forma, puede aprovechar la experiencia y los conocimientos de los trabajadores de más edad. Pero indudablemente, la jubilación flexible favorece también el ahorro del sistema de Seguridad Social.

Es por ello que esta fórmula cuenta con incentivos para hacer su uso atractivo tanto para la empresa como para el trabajador.

Así, para el trabajador la posibilidad de incrementar la cuantía de la futura pensión de jubilación total en aplicación de las reglas del art. 8 RD 1132/2002 pero también, en caso de cumplirse las condiciones allí previstas, de los porcentajes adicionales previstos en el art. 163.2 LGSS para los supuestos de prolongación de la vida activa –por mantenimiento en el trabajo cuando se alcanza la edad ordinaria de jubilación o por reincorporación desde la jubilación completa a la actividad laboral también a tiempo completo-. Y para el empresario, la posibilidad de aplicar las exenciones a la cotización que se contemplan en el art. 112 bis LGSS.

Se trata, esta última, de una medida incorporada por el artículo 11.1 del RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible<sup>384</sup> y por la Ley 35/2002. El precepto aún vigente en la redacción original, salvo con pequeñas modificaciones efectuadas por el artículo 40. Dos de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, hasta el 1 de enero de 2013 fecha de entrada en vigor de la nueva redacción, señala que los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, en los que concurren las circunstancias de tener cumplidos 65 años o más de edad y acreditar 35 años de cotización efectiva a la Seguridad Social, sin que se compute a estos efectos la parte proporcional de las pagas extraordinarias. De esta manera si al cumplir el trabajador los 65 años de edad no tuviera cotizados 35 años, la exención será aplicable a partir de la fecha en la que se acredite dicha cotización efectiva.

Esta exoneración de cuotas no exige que el trabajador acredite una determinada antigüedad en la empresa, de modo que no solo incentiva el mantenimiento del empleo sino también el retorno a la vida activa. La Exposición de Motivos de la Ley 35/2002 apuntaba como beneficiarios de esta medida a quienes decidan voluntariamente la continuación o la reiniciación de su actividad laboral. De este modo, se trata de una medida que beneficia también la contratación de trabajadores jubilados que deciden

---

<sup>384</sup> BOE 31-12-2001, nº313.



reincorporarse a la vida laboral de forma parcial a través de la fórmula de la jubilación flexible<sup>385</sup>.

Pues bien, la nueva redacción del precepto adapta su literalidad a la nueva formulación de la edad ordinaria de jubilación prevista en el artículo 161.1.a) de la LGSS y al nuevo sistema para determinar la cuantía de la pensión de jubilación previsto en el artículo 163.1 de la LGSS por el que se requiere la cotización de 37 años para alcanzar el 100 por 100 del porcentaje aplicable a la base reguladora.

Al igual que en la redacción anterior del precepto, la exención alcanza a los empresarios y trabajadores y objetivamente a las cotizaciones por contingencias comunes a excepción de la relativa a incapacidad temporal. A este respecto el artículo 30 de la Orden/TIN/41/2011 de 18 de enero establece que el tipo de cotización aplicable por la protección de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes en el supuesto previsto en el artículo 112 bis de la LGSS será del 1,75% del que 1,46% correrá a cargo del empresario y el 0,29% a cargo del trabajador.

Subjetivamente afectará a las cotizaciones de los trabajadores por cuenta ajena con contrato indefinido y a los socios de cooperativas siempre que reúna los siguientes requisitos:

- Tener cumplidos 65 años de edad y 38 años y seis meses cotizados.
- Tener cumplidos los 67 años y 37 años de cotización, periodo de cotización con el que se alcanza el porcentaje del 100 por cien de la pensión.

La antigua redacción del precepto establecía para el cómputo del periodo de cotización exigible que los 35 o más años lo fueran de cotización efectiva y que no se computaran a estos efectos la parte proporcional de las pagas extraordinarias. En cambio, la nueva redacción sólo exige que no se tomen en consideración la parte proporcional de las pagas extraordinarias, obviando la exigencia de que la cotización fuera efectiva. De esta manera podrían computarse para la determinación de los 38 años y seis meses cotizados, los mismos conceptos de cotización que señalamos en el análisis del artículo 161.1.a) de la LGSS, mientras que para la determinación de los 37 años cotizados con 67 años, se podrán tener en cuenta además de los periodos asimilados a cotización, aquellas otras cotizaciones que son tenidas en cuenta para la determinación del porcentaje, como por ejemplo los días asignados al trabajador en función de la edad a 1 de enero de 1967, por aplicación de la disposición transitoria 2ª.3.b) Orden Ministerial de 18 de enero de 1967.

## *2. Conclusiones y propuestas*

Configurada desde su origen como una medida dirigida al fomento y al reparto del empleo, y sin perjuicio de su eficacia relativa en relación con el cumplimiento de esa

---

<sup>385</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C. Incentivos a la prolongación de la vida activa, a la luz de la Ley 27/2011, Op. cit., p. 217.



finalidad, la jubilación parcial anticipada se ha demostrado como una fórmula poco eficaz como instrumento de jubilación gradual y flexible. En buena medida, el éxito de esta fórmula se ha producido a partir de la posibilidad de incrementar la reducción de la jornada del relevado parcial hasta un 85% y, sobretodo, de concentrar esa jornada en un solo periodo. Desde este punto de vista, al menos en estos supuestos, la jubilación parcial no cumple su función de permitir la transición gradual del trabajo a la jubilación y de compatibilizar durante periodos prolongados de tiempo el trabajo con la pensión.

En el mismo sentido, la jubilación parcial anticipada funciona en la práctica como una alternativa a la jubilación anticipada, pues permite acceder a la jubilación en edades anteriores a la ordinaria y evita la aplicación de los coeficientes reductores que afectan a aquella.

A ello se añade el hecho de que la necesaria vinculación entre la jubilación parcial anticipada y el contrato de relevo –ineludible no solo para garantizar la finalidad de reparto del empleo sino también para compensar o mitigar el coste que esta fórmula supone para el sistema de Seguridad Social- genera incertidumbres sobre el acceso a la pensión de jubilación parcial y sobre el cálculo posterior de la cuantía de la pensión de jubilación completa. Incertidumbres que, a la postre, determinan que las irregularidades en la contratación de relevo, tanto las que se refieren a la contratación inicial como al mantenimiento de dicha contratación, repercutan no solo en el acceso del trabajador a la pensión de jubilación parcial sino también en la cuantía de su futura pensión completa de jubilación.

Por otra parte, superada una fase inicial en la que el legislador apostaba por la jubilación parcial anticipada flexibilizando los requisitos de acceso a la misma, las últimas reformas normativas en esta institución manifiestan un cambio de sentido. La ampliación de la base de cotización del jubilado parcial hasta la que correspondería de haber seguido trabajando a jornada completa y la eliminación de los incentivos económicos a la misma, mediante la derogación de las bonificaciones por mantenimiento del empleo de los trabajadores de 60 o más años de edad (contempladas en el art. 4.1 Ley 43/2006) y la previsible desaparición de la medida, complementaria de aquella, que prevé las reducciones de cuotas por los trabajadores de 59 o más años de edad, con prueba de ese cambio de orientación. Todo ello demuestra que, en buena medida, el legislador ha dejado de confiar en la jubilación parcial anticipada como un instrumento adecuado para conseguir el retraso en el acceso a la jubilación y el acceso progresivo a la misma.

En definitiva, tampoco desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social la jubilación parcial anticipada ha producido los efectos esperados. No ha servido como contención de la expulsión de trabajadores maduros del mercado de trabajo y ha actuado como una alternativa a la jubilación anticipada. El coste de esta medida recae en gran medida sobre el sistema de Seguridad Social, que soporta anticipadamente el coste de la pensión, siquiera parcial, de jubilación y asume el



incremento de la pensión total de jubilación incluso en los casos en que el empresario ha incumplido sus obligaciones de sustitución del relevista. Ciertamente, las recientes medidas incorporadas por la Ley 27/2011 amortiguan estos efectos al imponer la efectiva cotización sobre bases calculadas como si el jubilado parcial hubiese seguido trabajando a jornada completa pero no puede pasarse por alto que esta medida solo opera sobre el segundo de los factores señalados.

Desde estos antecedentes, es preciso replantearse la configuración de la jubilación parcial anticipada. La finalidad de retrasar la edad de jubilación<sup>386</sup> o, al menos, la edad media efectiva de retiro, podría justificar la eliminación de la jubilación parcial anticipada en la medida en que la misma se ha revelado como una fórmula de acceso anticipado a la jubilación que, además, resulta excesivamente costosa para el sistema de Seguridad Social. Las reformas incorporadas por la Ley 27/2011 han incidido en esta dirección incorporando correctivos que pretenden reducir el coste de esta fórmula: eliminación de las posibles bonificaciones por trabajadores de 60 o más años y ampliación de la base de cotización del jubilado a tiempo parcial. Esta última medida tiene una aplicación progresiva –lo cual parece oportuno para no perjudicar las expectativas ya generadas por los trabajadores y empresarios que han articulado esta posibilidad- pero que resulta excesivamente prolongada en el tiempo.

Por lo que se refiere a los supuestos de compatibilidad entre jubilación y trabajo por cuenta ajena de los trabajadores que ya han cumplido la edad ordinaria de jubilación y que continúan en activo combinando actividad laboral a tiempo parcial con una jubilación también parcial –jubilación parcial diferida y jubilación flexible-, debe tenerse en cuenta que se trata de medidas que favorecen de forma efectiva el mantenimiento del empleo y que por ello responden a las orientaciones de la Comisión Europea sobre la necesidad de prolongar la vida laboral. Son fórmulas que deben, por tanto, mantenerse, si bien adoptando algunas medidas para, por una parte, asegurar el equilibrio entre la reducción de gasto que pueden suponer de modo inmediato para el sistema de la Seguridad Social y el incremento de costes que generan sobre las futuras pensiones de jubilación total, y, por otra, para dar cumplimiento a su finalidad de aprovechar la experiencia profesional de los trabajadores maduros.

En este sentido, su actual configuración, fruto de una serie de decisiones dirigidas a convertirla en una fórmula atractiva tanto para empresarios como para trabajadores, puede desvirtuar los efectos que esta figura debería tener sobre el sistema financiero de la Seguridad Social. A estos efectos, debe tenerse en cuenta la interpretación jurisprudencial que avala la aplicación de los porcentajes adicionales previstos en el art.

---

<sup>386</sup> En sintonía con los objetivos en el *Libro Blanco de las Pensiones, Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles* (Comisión Europea, 16 de febrero de 2012), que fija como prioridad reducir los regímenes de jubilación anticipada. Vid, al respecto PANIZO ROBLES, J.A.; PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R. La reforma de las pensiones en el ámbito de la Unión europea, *Foro de la Seguridad Social*, nº25, 2012, pp. 8 y ss.



163.2 LGSS para el cálculo de la pensión completa de jubilación cuando se accede a la misma desde la situación de jubilación flexible o jubilación parcial diferida. El juego combinado de esta medida con la exoneración de cuotas prevista en el art. 112 bis LGSS convierte a los jubilados parciales que tengan acreditado el periodo máximo de cotización en una auténtica carga económica para el sistema en la medida en que no aportan cotizaciones durante el periodo de jubilación parcial, suponen un gasto inmediato -en la cuantía de la pensión de jubilación parcial que están disfrutando- y, además, implican un incremento de gasto futuro -en la medida en que su pensión de jubilación total se calculará aplicando los coeficientes adicionales que correspondan. Este efecto debería ser corregido para evitar interpretaciones en el sentido señalado limitando la repercusión de las cotizaciones efectuadas durante la jubilación parcial exclusivamente a las necesarias para alcanzar el porcentaje máximo del 100% aplicable a la base reguladora.

Podría, además, valorarse la oportunidad de vincular la jubilación parcial diferida, no así la flexible, a la celebración de un contrato de relevo o al menos, condicionar el acceso a la exención de cuotas a la contratación de relevistas.

Finalmente, es imprescindible mantener la reducción de jornada del jubilado parcial al menos dentro de los límites actualmente previstos (entre el 25 y el 75% de la jornada) o incluso reducir el tope máximo posible y ello con la finalidad de garantizar que la compatibilidad entre trabajo y pensión es real y que lo es también el aprovechamiento de las cualificaciones o experiencias del trabajador maduro.

### **III. REGLAS DE INCOMPATIBILIDAD Y COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN O RETIRO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

#### *1. Normativa aplicable y rasgos diferenciadores del régimen de pensión de jubilación o retiro*

Los funcionarios públicos, dependiendo de la Administración Pública a la que se vinculan con ocasión de su ingreso al servicio del Estado, quedan encuadrados, a efectos de protección social, bien en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos (con su doble mecanismo de cobertura, el Régimen de Clases Pasivas y el Régimen del Mutualismo Administrativo), bien en el Régimen General de la Seguridad Social (en este régimen se incluye también el personal estatutario).

Hay que advertir que este régimen especial se caracteriza por su complejidad debido a la dispersión normativa y la fragmentación de las Administraciones Públicas en varios niveles, lo que dificulta su comprensión y la propia identificación de la normativa



aplicable<sup>387</sup>. El ámbito personal de cobertura del régimen de clases pasivas se define en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado (BOE 27-5-1987, nº126; en adelante, LCPE)<sup>388</sup>. Con carácter general, hay que tener en cuenta la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE 13-4-2007, nº89; en adelante EBEP), y la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal de las Administraciones Públicas (BOE 4-1-1985, nº4; en adelante, Ley de Incompatibilidades). A su vez, los regímenes especiales de funcionarios tienen su propia normativa específica: Administración Civil del Estado (Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, BOE 28-6-2000, nº154), Administración de Justicia (Real Decreto Legislativo 3/2000, de 23 de junio, Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia, BOE 28-6-2000, nº154) y Fuerzas Armadas (Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, BOE 14-6-2000, nº142). Uno de los objetivos de este trabajo se dirige precisamente a verificar si existen disfunciones en el régimen de incompatibilidades por lo que se refiere a los funcionarios encuadrados en el régimen general respecto de los que están en este régimen especial y entre los propios funcionarios encuadrados en el régimen especial.

Adentrándonos ya en el régimen jurídico de la jubilación existen dos tipos de jubilación: la ordinaria y la extraordinaria. La primera a su vez puede ser forzosa, voluntaria o por incapacidad permanente. Una de las características más singulares de este régimen es la jubilación forzosa de los funcionarios públicos que se declara de oficio al cumplir dicho personal la edad legalmente señalada para cada caso como determinante de la jubilación o retiro (con carácter general, 65 años)<sup>389</sup>. Ahora bien, se admite la prolongación

---

<sup>387</sup> DOLZ LAGO, M.J. La jubilación de los funcionarios públicos en España, *Revista de Seguridad Social*, 1982, nº16, p. 259.

<sup>388</sup> Funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado; personal militar de carrera, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuvieran adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro; los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia; funcionarios de carrera de las Cortes Generales; funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea; personal interino a que se refiere el art. 1 del Decreto-ley 10/1965, de 23 de septiembre; personal transferido a las Comunidades Autónomas; funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva a los distintos Cuerpos, Escalas y Plazas, así como los alumnos de Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, Alférez alumno, Sargento-alumno o Guardiamarina; ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos referidos en el art. 51 de este texto; personal militar de empleo, y el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tengan adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

<sup>389</sup> Para los funcionarios incluidos en el régimen general de la Seguridad Social será, en todo caso, la que prevean las normas reguladoras de dicho régimen para el acceso a la pensión de jubilación en su





voluntaria hasta los setenta años como máximo previa comunicación con tres meses de antelación a la Administración así como la prórroga en el servicio activo teniendo reconocido un periodo de carencia de doce años hasta completar los quince. La jubilación voluntaria se produce a instancia de parte siempre que el empleado tenga los sesenta años con treinta años de servicio activo. La jubilación por incapacidad permanente se declara de oficio o a instancia de parte, cuando el empleado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico. Por su parte, el hecho causante de la jubilación extraordinaria es la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del personal siempre que la misma se produzca, sea por accidente o enfermedad, en acto de servicio o como consecuencia del mismo.

Las propuestas que se formulen en este trabajo tomarán como punto de referencia que el Régimen de Clases Pasivas del Estado, a diferencia de lo que ocurre en el Régimen General, es de tipo presupuestario, no contributivo, en lo que a la aportación empresarial se refiere. Esto significa que se financia con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de cada año, a través de la consignación en la correspondiente partida de gastos. Lo que implica que el Estado sufraga un alto porcentaje del gasto en pensiones sin percibir la compensación de una aportación similar a la cotización en el régimen general de la Seguridad Social por parte de la Administración Empleadora.

Como se observará a lo largo del estudio los cambios operados en la legislación reguladora de los derechos pasivos se han ido gestando de forma aluvional, superponiéndose uno sobre otro de manera que el nuevo régimen se aplica a los nuevos funcionarios y se conserva el anterior para los que ya lo eran. En definitiva, los rasgos definitorios de este régimen han sido siempre su carácter disfuncional, anacrónico y vetusto<sup>390</sup>. La deriva legislativa más reciente ha significado la inclusión de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General y la permanencia de los antiguos en este régimen especial. Así, el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo (BOE 3-12-2010, nº293), ha sentado las bases para la extinción progresiva de esta denominada “pieza de museo”.

---

modalidad contributiva sin coeficiente reductor por razón de la edad (art. 11 del RD Ley 20/2012, de 13 de julio, BOE 14-7-2012, nº168).

<sup>390</sup> DOLZ LAGO, M.J. La jubilación de los funcionarios públicos en España, cit., p. 257.



## *2. El transito desde la especialidad en el régimen de incompatibilidad trabajo-pensión hacia una legislación aproximada al régimen general de la seguridad social*

La Disposición Adicional 8ª de la LGSS extiende la aplicación a todos los regímenes especiales de las reglas generales de compatibilidad e incompatibilidad en materia de jubilación previstas en el art. 165 de la LGSS. Sin embargo, como se comprobará, han existido especialidades en esta materia por lo que se refiere a los funcionarios públicos y algunas de ellas todavía perviven. Con todo, podemos afirmar que la evolución normativa ha transitado desde un régimen que agudizaba las singularidades hacia una legislación aproximada al régimen general de la Seguridad Social.

### 2.1 Pensiones ordinarias

#### a.) La regla general de incompatibilidad

La pensión de jubilación o retiro en cualquiera de sus modalidades es incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público, entendido éste de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas<sup>391</sup> (art. 33.1 LCPE y art. 3.2 de la Ley de Incompatibilidades). Ahora bien, se prevén dos supuestos de compatibilidad: la primera referida a los profesores universitarios eméritos (Disposición Adicional 9ª Ley de Incompatibilidades)<sup>392</sup> y la segunda permite compatibilizar la pensión con la actividad de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales siempre que no perciban retribuciones periódicas por el desempeño de estos cargos electivos.

En concreto, se dice en el art. 5 de la Ley de Incompatibilidades que se permite la compatibilidad entre pensión y desempeño de los cargos de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, salvo que perciban retribuciones periódicas por el desempeño de la función o que por las mismas se establezca la incompatibilidad y miembros de las Corporaciones locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva. En tales supuestos, sólo podrá percibirse la retribución correspondiente a una de las dos actividades, sin

---

<sup>391</sup> Se considera actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, por los altos cargos y restante personal de los órganos constitucionales y de todas las Administraciones Públicas, incluida la Administración de Justicia, y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes, entendiéndose comprendidas las Entidades colaboradoras y las concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria.

<sup>392</sup> Vid. más extensamente apartado correspondiente.



perjuicio de las dietas, indemnizaciones o asistencias que correspondan por la otra. No obstante, en los supuestos de miembros de las Corporaciones locales en la situación de dedicación parcial a que hace referencia el art. 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (BOE 3-4-1985, nº80), se podrán percibir retribuciones por tal dedicación, siempre que la desempeñen fuera de su jornada de trabajo en la Administración, y sin superar en ningún caso los límites que con carácter general se establezcan, en su caso. La Administración en la que preste sus servicios un miembro de una Corporación local en régimen de dedicación parcial y esta última deberán comunicarse recíprocamente su jornada en cada una de ellas y las retribuciones que perciban, así como cualquier modificación que se produzca en ellas.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional la incompatibilidad de haberes "no se trata de supresión de derechos relativos a la percepción de pensiones, sino de establecimiento de límites que no privan al beneficiario de derechos individuales en cuanto estos no resultan sino de una regulación o sistema legal y que, a lo sumo, puede hablarse en ese caso de privación de un beneficio o ventaja para quien opte por el trabajo activo, pero no de privación de un derecho ... (ya que) ... el interesado tiene, en definitiva, libertad para optar entre el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y la percepción de pensión de jubilación o retiro, bien entendido que se trata de una incompatibilidad temporal" (SSTC 178/1989, que recoge la doctrina sentada anteriormente en la STC 99/1987; 65, 66 y 67/1990, también SSTs de 5-7-1986, 28-11-1986, 26-2-1987, 14-5-1987 y 21-11-1988, etc.). La percepción de las pensiones indicadas queda en suspenso por meses completos, desde el día primero del mes siguiente al inicio de la actividad que determina la incompatibilidad hasta el último del mes en que se finalice, sin que ello afecte a los incrementos que deban experimentar tales pensiones.

La regla general de incompatibilidad trabajo-pensión circunscrita exclusivamente a la actividad en el sector público fue duramente criticada por la doctrina en tanto en cuanto la finalidad del legislador parecía responder más a un designio de protección de las arcas del Estado que a un cabal cumplimiento del principio que lo fundamenta: la existencia (real o presunta) de una situación de necesidad<sup>393</sup>. Pese a ello, no ha sido hasta en fechas muy recientes cuando se ha modificado tal situación. La Disposición Adicional 16ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 (BOE 24-12-2008, nº309), modificó el art. 33 de la Ley de Clases Pasivas de forma que a partir de 1 de enero 2009 se incorporó un nuevo apartado 2 en el artículo 33 indicando que con carácter general el percibo de las pensiones de jubilación

---

<sup>393</sup> ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S. *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*. Fundación Mapfre, 1988, pp. 156-157. Aplicando el criterio legal de la compatibilidad jubilación y trabajo en el sector privado vid. STSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10-10-2002, Rº 326/2000.



o retiro, tanto ordinarias como extraordinarias, será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. El nuevo supuesto de incompatibilidad se aplica a las pensiones de jubilación o retiro que se causen a partir del 1 de enero de 2009, manteniendo las causadas con anterioridad a dicha fecha el régimen de incompatibilidades que les venía siendo de aplicación.

La citada incompatibilidad no es de aplicación a las pensiones a favor de alumnos de centros docentes militares de formación, ni a las pensiones por inutilidad para el servicio causadas por el personal militar que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro, reguladas, respectivamente, en los arts. 52.3 y 52 bis. 2 de la LCPE (art. 9 del RD 710/2009, de 17 de abril, desarrolla las previsiones de la Ley 2/2008, en materia de pensiones de Clases Pasivas y de determinadas indemnizaciones sociales, BOE 30-4-2009, nº105).

Queda patente por tanto la tendencia marcada por la convergencia con el régimen general de la Seguridad Social en materia de compatibilidad/incompatibilidad pensión y trabajo. Se ha transitado de una incompatibilidad pensión/trabajo que afectaba sólo al ámbito del sector público hacia una incompatibilidad total con independencia de la naturaleza pública o privada de la actividad. Esta línea de actuación también se observa en colectivos específicos como las fuerzas armadas. Conviene recordar que para el colectivo mencionado la prestación económica por vejez para el personal retirado o jubilado era compatible con cualquier otra actividad del pensionista, fuera esta retribuida o gratuita, por cuenta ajena o propia, a favor de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y con el percibo de otras pensiones que pudieran corresponder al beneficiario en razón de aquellas actividades (art. 24.3 de la Ley 28/1975, de 27 de junio, sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas). Así en la nueva norma-Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas- no se recoge precepto similar.

Resulta llamativo que la Ley de Clases Pasivas ha incorporado la reforma de 2008 por lo que se refiere a la incompatibilidad pensión de jubilación y prestación de trabajo en el sector privado, sin embargo, no se han incluido estos cambios en el art. 3.2 de la Ley de Incompatibilidades y art. 165.2 de la LGSS. De la misma forma, tampoco se ha incorporado a la Ley de Clases Pasivas el nuevo supuesto de compatibilidad que introduce la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2-8-2011, nº184), referido a pensión de jubilación y realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Sería aconsejable introducir los oportunos ajustes normativos en las leyes señaladas de forma que haya cierta coherencia normativa entre ellas.



Cabe concluir respecto de esta primera parte que la regla general de incompatibilidad pensión/trabajo sólo queda excluida para supuestos de actividades marginales realizadas en el sector privado o público que no tienen una incidencia significativa en beneficio de la sostenibilidad financiera del sistema. Al igual que se dijo respecto del régimen general o de los regímenes especiales antes analizados, esta situación normativa debería ser objeto de revisión.

b.) La incompatibilidad de segundo grado. El supuesto específico de la jubilación por incapacidad permanente

La incompatibilidad de segundo grado o los topes máximos a la cuantía de las pensiones se refiere a la suma de todas las pensiones y salario que el interesado pueda percibir<sup>394</sup>. Este supuesto se produce en la situación del jubilado por incapacidad permanente que compatibilice su pensión con la actividad privada por cuenta ajena o propia. En los casos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, puede compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de una actividad por cuenta propia o ajena en el sector privado, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social, siempre que dicha actividad sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado.

Llama especialmente la atención que en este régimen, a diferencia de lo establecido en el régimen general de la Seguridad Social, se confunde la jubilación y la incapacidad permanente de forma que se admite la jubilación por incapacidad permanente para el desempeño de funciones propias del cuerpo, escala, plaza o carrera a la que pertenezca el interesado. Se declara de oficio o a instancia de parte, cuando el interesado venga afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad, cuya lesión o proceso le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponda.

Son dos los factores que deben concurrir en la fijación del proceso patológico determinante de la incapacidad para el servicio como causa de jubilación: a) La intensidad o gravedad de la lesión o proceso sufrido por el sujeto paciente, hasta el punto que le imposibiliten totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera; b) La permanencia en el tiempo, de modo que la lesión o proceso patológico, somático o psíquico esté estabilizado y sea irreversible o de remota o incierta reversibilidad. Es claro que el concepto de totalidad, utilizado como requisito valorativo para la apreciación del impedimento, no tiene que entenderse, necesariamente, en su estricto sentido literal de una afectación íntegra de facultades en

---

<sup>394</sup> ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S. *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, cit., p. 152.



sentido espacio-temporal, pudiendo ser suficiente aquel impedimento cuyo grado de incidencia en la continuidad temporal de la prestación y en su nivel de funcionalidad posible estén afectando de modo sustancial a la posibilidad de desempeño de las tareas asignadas al funcionario, cumplido siempre el requisito de la irreversibilidad o la remota o incierta reversibilidad. Es asimismo evidente que la incapacidad no tiene que valorarse en abstracto y con referencia exclusiva a la patología de la enfermedad, sino que ésta ha de ser puesta en relación con las circunstancias del sujeto paciente y la repercusión en su capacidad para el desempeño de las funciones propias del Cuerpo, plaza o carrera de su integración o adscripción y debe atenderse siempre a las particularidades del caso que ha de resolverse<sup>395</sup>.

Como se observa, se trata de un supuesto que no tiene parangón en el régimen general de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena. En el régimen especial objeto de estudio lo único que cabe declarar es la jubilación por incapacidad permanente para el servicio sin mayores distingos sobre el grado o ámbito de la incapacidad. Se advierte también que este supuesto tampoco se aplica a los funcionarios encuadrados en el Régimen General<sup>396</sup>. Parece claro que hay una diferenciación entre funcionarios (los encuadrados en el Régimen General y los ubicados en el Régimen Especial), de escasa justificación<sup>397</sup> que no responde a una razón objetiva y legítima y que, por este motivo, debería corregirse. En este punto, conviene recordar el compromiso asumido por el Gobierno en el sentido de adoptar medidas que eviten desigualdades injustificadas entre colectivos con características similares especialmente en materia de regímenes de acceso a la jubilación de los funcionarios públicos (Disposición Adicional 6ª del EBEP).

Esta situación se ha ido modulando pero no en el plano principal de la Seguridad Social sino en el terreno fiscal. El problema se desencadenó a partir de la exención de las pensiones de acuerdo con el grado de incapacidad que afectase al interesado, que se fijaba de acuerdo con las categorías vigentes en el ámbito social y que no existían en la legislación de las clases pasivas. Así la pensión de jubilación por incapacidad permanente se asemejaba a la incapacidad total del régimen general de la Seguridad Social, sin que en aquel primer régimen existiera posibilidad alguna de que se declarase

---

<sup>395</sup> STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27-5-2010, Rº 3114/2007, F.J.6º y STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10-6-2010, Rº 3686/2007, F.J.4º.

<sup>396</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTÍNEZ, M. Disposición Adicional 6ª. En PALOMAR OLMEDA y otros (Dir.). *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 889.

<sup>397</sup> Tampoco se prevé para los estatutarios pues el art. 27 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud, establece que la incapacidad permanente, cuando sea declarada en sus grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez conforme a las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social, produce la pérdida de la condición de personal estatutario, sin que se contemple la figura de la jubilación por incapacidad, prevaleciendo aquí la disciplina de Seguridad Social sobre el posible acercamiento al régimen profesional de los funcionarios de los regímenes especiales. Vid. LOPEZ GANDIA, J. *La jubilación de los empleados públicos*. Bomarzo, 1997, p. 36.





la incapacidad absoluta para todo trabajo, aunque el funcionario acreditara padecer lesiones con este alcance invalidante. La cuestión fue objeto de conocimiento por parte del Tribunal Constitucional en la Sentencia 134/1996, quien advierte de la existencia de desajustes normativos existentes entre los regímenes de protección social de los trabajadores y de los funcionarios y concluye que es evidente que no se respeta el principio de igualdad tributaria cuando, como hace el art. 9.1 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se declaran exentas las prestaciones por incapacidad permanente absoluta si han sido reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social y no si tal incapacidad se padece por los funcionarios de las Administraciones Públicas que están integrados en el régimen de clases pasivas.

A partir de esta doctrina constitucional, sólo a efectos fiscales, se ha establecido en el art. 3 de la Orden Ministerial de 22 de noviembre de 1996, por la que se fija el procedimiento para la emisión de los dictámenes médicos a efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones de Clases Pasivas (BOE 23-11-1996, nº283), que los dictámenes preceptivos, a efectos de la declaración de jubilación por incapacidad de los funcionarios, deberán contener la valoración del estado del interesado con indicación expresa de si está o no afectado por una lesión o proceso patológico, estabilizado e irreversible o de incierta reversibilidad, que le imposibilite totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera, según establece el artículo 28.2.c del LCPE. En los mencionados dictámenes, deberá constar si la lesión o proceso patológico de que está afectado el funcionario, además de incapacitarle para las funciones propias de su Cuerpo, en los términos del párrafo anterior, le inhabilita o no por completo para toda profesión u oficio. Asimismo, deberá indicarse si el funcionario incapacitado necesita de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida.

La Disposición Adicional 3ª de la misma Orden señala que el órgano de jubilación debe incluir en el impreso que remite al órgano encargado de la pensión una indicación correspondiente a si la lesión o proceso patológico de que está afectado el funcionario, y que le incapacita desde luego para las funciones propias de su Cuerpo, no le causa ninguna incapacidad superior a ello (con lo cual sería equiparable a la incapacidad permanente total de la legislación social) o, por el contrario, la inhabilita por completo para toda profesión u oficio (invalidez permanente absoluta según la normativa social) o incluso si el funcionario incapacitado necesita de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida (gran invalidez, según la misma normativa). Esto va a tener consecuencias respecto del tratamiento fiscal de la pensión que se conceda<sup>398</sup>.

Los obstáculos identificados en la legislación de clases pasivas en cuanto a la inexistencia de grados de incapacidad, han sido salvados parcialmente en parte por la

---

<sup>398</sup> STSJ Castilla-La Mancha (Sala de Contencioso-Administrativo) de 12-3-2012, Rº 1178/2007.



doctrina judicial que aplica lo dispuesto en la normativa específica de funcionarios civiles. En efecto, el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, distingue los diversos supuestos de incapacidad, considerando como tales su art. 23 los de incapacidad permanente parcial para la función habitual, como situación que, sin alcanzar el grado de total, produce al funcionario una limitación para el desempeño de las funciones de su Cuerpo, Escala o plaza; incapacidad permanente total para la función habitual, que es la que inhabilita al funcionario para la realización de todas o de las fundamentales funciones de su Cuerpo, Escala o plaza; incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, como aquella que inhabilita por completo al funcionario para toda profesión u oficio; y la gran invalidez, en la que el funcionario afecto de incapacidad permanente absoluta que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita de la asistencia de otra persona para realizar los actos más elementales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos<sup>399</sup>.

Por otro lado, respecto a la cuantía de la incapacidad permanente, la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, modificó el régimen jurídico de las pensiones ordinarias de Clases Pasivas de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad con el objeto de reducir la cuantía de dichas pensiones en aquellos supuestos en los que los beneficiarios no acrediten veinte años de servicios al Estado y la incapacidad o inutilidad que motivase la jubilación o el retiro no inhabilite al titular de la pensión para toda profesión u oficio. Se establece también la posibilidad de incrementar la cuantía de la pensión hasta el 100% de la que le hubiera correspondido al interesado por aplicación de las normas generales de cálculo, si con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación o retiro, y antes del cumplimiento de la edad de jubilación o retiro forzoso, se produjera un agravamiento de la enfermedad o lesiones del interesado, que le inhabilitaran para el desempeño de toda profesión u oficio. El percibo del incremento de la cuantía de la pensión que resulte será incompatible con el percibo de la pensión que se pudiera reconocer mediante el cómputo de los períodos de ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena que motive su inclusión en un régimen público de Seguridad Social. Quedan excluidas de esta reducción en la cuantía las pensiones extraordinarias (Disposición Adicional 13ª de la Ley 2/2008).

---

<sup>399</sup> Salvan el obstáculo de la inexistencia en la Ley de Clases Pasivas de grados de incapacidad permanente y aplican la mencionada normativa específica la STSJ Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26-5- 2008, Rº 1511/2003; STSJ Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13-2- 2009, Rº 963/2004; STSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22-5-2009, Rº 1625/2002; y la STSJ Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16-7-2010, Rº 850/2004.



A los efectos del estudio, en los supuestos de pensiones de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, cuando el interesado no esté incapacitado para toda profesión u oficio, se podrá compatibilizar el percibo de la pensión con el desempeño de una actividad por cuenta propia o ajena en el sector privado, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social, siempre que dicha actividad sea distinta a la que venía realizando al servicio del Estado, entendiéndose como tal aquella en que las tareas a realizar no guardan semejanza con las funciones realizadas por el funcionario, en razón de su pertenencia al Cuerpo, Escala, plaza o categoría en que fue declarado jubilado o retirado (arts. 33.2 de LCPE y 10.1 del RD 710/2009, de 17 de abril); no procediendo la situación de compatibilidad en los supuestos en que para el cálculo de la pensión se hubieran totalizado periodos de cotización en algún régimen de la Seguridad Social, por aplicación de las normas del RD 691/1991, de 12 de abril (art. 10.1 del RD 710/2009, de 17 de abril).

En tal caso, mientras dure dicha situación de compatibilidad, el importe de la pensión íntegra, calculada según las normas generales en cada caso aplicables, se reduciría al 75 por 100 de la correspondiente cuantía, si se acreditasen más de 20 años de servicios efectivos al Estado, o al 55 por 100, si el interesado hubiera cubierto menos de 20 años de servicios al momento de su jubilación o retiro (arts. 33.2 del Ley de Clases Pasivas, añadido por la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, y 10.2 del RD 710/2009, de 17 de abril)<sup>400</sup>.

Es conveniente profundizar en las posibilidades de reingreso al servicio activo del empleado y sobre todo si la norma incentiva la recuperación del empleado incapacitado y el reciclaje profesional del incapacitado. La regulación precedente sí recogía de forma expresa la posibilidad de revisión en cualquier tiempo de la incapacidad permanente hasta el momento en que el jubilado hubiera alcanzado la edad de jubilación forzosa y su recuperación se incentivaba desde el momento en que los servicios prestados y los haberes percibidos con posterioridad a la fecha de la primera jubilación mejoraban la pensión que, finalmente, pudiera corresponder<sup>401</sup>.

Parece que el legislador ha previsto la posibilidad de la recolocación del funcionario que incapacitado para la tarea concreta que ejecutaba puede realizar otra dentro de su grupo de clasificación<sup>402</sup>. De ahí que no quepa la declaración de la jubilación por incapacidad permanente cuando el Cuerpo o Escala al que pertenezca el funcionario tenga asignados una pluralidad de puestos de trabajo diferenciados y la imposibilidad derivada de las lesiones no afecte a la totalidad de ellos y sus funciones sino únicamente a alguna o

---

<sup>400</sup> Hasta la reforma de la Ley 2/2008 se percibía el 100 por 100.

<sup>401</sup> CALVO RAMIREZ, C., Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado. *Revista de Seguridad Social*. nº37, 1988, p. 172.

<sup>402</sup> ALARCON CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S. Las pensiones de los funcionarios públicos en España, cit., p. 129.



algunas al no concurrir la total limitación que resulta inexcusable<sup>403</sup>. Sin embargo, la realidad de las cosas nos indica que en ocasiones la recolocación del empleado incapacitado deviene imposible debido a la inexistencia de un puesto de trabajo en que aquel pueda realizar eficazmente su prestación funcionarial de forma que la jubilación por incapacidad permanente se perfila como la única solución posible<sup>404</sup>.

Se observa también que no hay un sistema de revisión general y homogénea para todos los colectivos incluidos en este régimen especial<sup>405</sup>. Así, encontramos normas específicas para los jueces y el personal de las fuerzas armadas. Los primeros pueden ser rehabilitados y volver al servicio activo si acreditan que ha desaparecido la causa que hubiere motivado la jubilación (art. 387.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 2-7-1985, nº157). Por lo que se refiere a los segundos se expresa que el personal retirado o jubilado por inutilidad o incapacidad permanentes que, al momento del retiro o jubilación, no alcancen el grado de incapacidad absoluta y permanente requerido para acceder a la pensión de inutilidad para el servicio o, poseyendo éste, no sufra las pérdidas anatómica o funcionales que originan la gran invalidez, podrá solicitar y, si procede, obtener de los tribunales médicos militares la revisión de su grado de incapacidad, una vez transcurrido el plazo de tres años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no haya alcanzado la edad fijada con carácter general para el retiro o jubilación forzosa (art. 22.4 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se propone la revisión del régimen jurídico de la jubilación por incapacidad permanente en dos direcciones. Por un lado, parece necesario sentar criterios homogéneos tomando como referencia el sistema del régimen general y así fijar grados de incapacidad permanente de forma que todos los funcionarios públicos con independencia de su encuadramiento en un régimen u en otro tengan el mismo sistema de incapacidad permanente como prestación autónoma y desvinculada de la

---

<sup>403</sup> STSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27-10-2010, Rº 266/2007, F.J. 3º.

<sup>404</sup> Es el caso de la Ayudante Técnico Sanitario de una Diputación. El único informe valorado por la sentencia apelada es el emitido por la Asesoría Médica de la Secretaría Técnica de la Mutualidad, donde se afirma que es recomendable que la empleada evite la deambulaci3n-bipedestaci3n prolongada, señalando, así mismo, que diversos servicios sanitarios no requieren la pr3ctica continuada de deambulaci3n- recomienda el traslado de la funcionaria a un puesto de trabajo de car3cter sedentario, lo que origin3 una contestaci3n de la Diputaci3n, haciendo constar la inexistencia de funci3n de tipo sedentario en el Hospital Provincial. Vid. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25-3-1996, Rº 5052/1996.

<sup>405</sup> En caso de extinci3n de la relaci3n de servicios como consecuencia de jubilaci3n por incapacidad permanente para el servicio, el interesado, una vez desaparecida la causa objetiva que la motiv3, podr3 solicitar la rehabilitaci3n de su condici3n de funcionario, que le ser3 concedida (art. 68.1 del EBEP y RD 2669/1998, de 11 de diciembre, que aprueba el procedimiento a seguir para la rehabilitaci3n de los funcionarios p3blicos en el 3mbito de la Administraci3n del Estado, BOE 24-12-1998, nº307).



situación de jubilación. Por otro lado, la reformulación de la pensión de incapacidad convirtiendo la misma en una renta transicional que persiga la reinserción laboral del trabajador incapacitado y para ello establezca los medios internos y externos necesarios. En concreto, desde la propia Administración empleadora se debería facilitar la situación de activo del empleado bien en el mismo centro u otro. Si la propuesta de recolocación deviene imposible bien por el propio estado de salud del empleado o por las dificultades organizativas existentes en el centro, el siguiente paso debería ser potenciar el reciclaje profesional del empleado público de forma que pueda desempeñar un puesto de trabajo adecuado a su situación de incapacidad. Una vez alcanzado dicho objetivo, dejaría de percibir la prestación de incapacidad permanente.

## 2.-Pensiones extraordinarias

En el caso de las pensiones extraordinarias, el régimen de incompatibilidad trabajo y pensión de jubilación coincide con el previsto para la pensión ordinaria con la particularidad de que se entienden como servicios efectivos prestados en el que se produzca la declaración de jubilación o retiro, los años completos que le faltasen al empleado para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o retiro forzoso y de que el haber regulador que corresponda se tomará al 200 por 100.

- c.) La compatibilidad parcial. La jubilación parcial en el Régimen Especial de los Funcionarios Públicos tras la reforma del RD Ley 20/2012

Si bien la jubilación parcial como supuesto de compatibilidad parcial ha tenido una acogida pacífica para los trabajadores por cuenta ajena, no ha sido así en el caso de los funcionarios públicos. Dicha polémica se desencadenó a raíz de la aprobación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que reconoció por primera vez la posibilidad de jubilación parcial de los empleados públicos.

- i) La polémica sobre la directa aplicación del art. 67.1 y 4 del EBEP en materia de jubilación parcial

La aplicación directa del art. 67 del EBEP que admitió la posibilidad de jubilación parcial presentaba serias dudas. Tanto la doctrina laboralista como la administrativista sostuvieron la tesis del carácter programático del precepto legal atendiendo a la singularidad del colectivo al que se aplicaba el citado precepto. Abundando más en esta idea, se decía que por el momento resultaba de muy difícil aplicación, dado que no era posible celebrar un contrato de relevo para cubrir una plaza de funcionario, como regla general<sup>406</sup>. Dada la compleja situación triangular que implicaría su puesta en práctica, además, habría que atender a una necesaria planificación de recursos humanos para la conversión de la situación de trabajo a tiempo completo del funcionario a tiempo parcial

---

<sup>406</sup> SANCHEZ MORON, M. Pérdida de la relación de servicio, En AA.VV. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 429.



y el simultáneo nombramiento de un funcionario interino<sup>407</sup>. Se objetaba que pese a que tanto trabajadores como funcionarios públicos podrían estar en el régimen general de la Seguridad Social, este dato no suponía la homogeneidad en las prestación de servicios-una de tipo administrativo y la otra laboral, situaciones que responden a fines concretos y que no son intercambiables<sup>408</sup>; que se debía esperar al desarrollo legislativo del precepto que estableciera los requisitos y condiciones para el personal funcionario sobre todo valorando que se trataba de situaciones de excepcionalidad que debían desarrollarse en el marco de la planificación de los recursos humanos, como una medida más de éstos<sup>409</sup>. En concreto, respecto de las clases pasivas, el reconocimiento del derecho de jubilación parcial previsto en el art. 67 del EBEP no sería directamente aplicable si no se acompañaba tal medida de una modificación legislativa en el mencionado régimen pues el art. 67.4 EBEP señalaba que la jubilación parcial procederá a solicitud del interesado, “siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable”<sup>410</sup>. En definitiva, razones de seguridad jurídica aconsejaban una previsión expresa en la regulación general de la jubilación parcial de los funcionarios públicos de un nombramiento de funcionario interino relevista, que contemplara las posibilidades mencionadas de reorganización previa de servicios<sup>411</sup>.

Sin embargo, la duda era razonable pues la propia doctrina reconocía que asumiendo una interpretación flexible del art. 67.4 EBEP podría llegarse a pensar que desde la entrada en vigor del EBEP, al menos, los funcionarios públicos encuadrados en el régimen general de la Seguridad Social pueden acceder, previa solicitud, a la jubilación parcial<sup>412</sup>. La cuestión ha sido objeto de análisis por el Tribunal Supremo, en concreto, por la STS de 31-5-2012 en unificación de doctrina<sup>413</sup>. Dicha Sentencia se inclina por la tesis de la inaplicabilidad directa del precepto del EBEP a los funcionarios públicos con fundamento en varios argumentos. En primer lugar, se razona que la regulación de la jubilación parcial contenida en el art. 166 LGSS y en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a

---

<sup>407</sup> LOPEZ GANDIA, J. Dictamen emitido a petición de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras. La jubilación parcial y su aplicación a los funcionarios públicos, p. 21.

<sup>408</sup> DE SANDE PEREZ-BEDMAR, M. La jubilación parcial de los funcionarios. *Aranzadi Social*. BIB 2009\252.

<sup>409</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y HIERRO HIERRO, J. Artículo 67, En PALOMAR OLMEDA y otros (Dir.). Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Cizur (Navarra): Aranzadi, 2008, p. 592.

<sup>410</sup> LOPEZ GANDIA, J. Dictamen emitido a petición de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras. La jubilación parcial y su aplicación a los funcionarios públicos, pp. 16 y 17.

<sup>411</sup> LOPEZ GANDIA, J. Dictamen emitido a petición de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras. La jubilación parcial y su aplicación a los funcionarios públicos, p. 35.

<sup>412</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V. y HIERRO HIERRO, J. Artículo 67, cit., p. 592.

<sup>413</sup> R° 104/2011. Sala de lo Social.





tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE 27-11-2002, nº284), está expresamente diseñada para los trabajadores por cuenta ajena y tal condición sólo cabe atribuirle a quienes prestan voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. En segundo lugar, se añade la inexistencia de norma que desarrolle la cobertura de tal contingencia y los mecanismos de efectividad de la situación a los funcionarios públicos y la no modificación del régimen jurídico de las Clases Pasivas que sigue estableciendo que “...el percibo de las pensiones de jubilación o retiro será incompatible con el ejercicio de una actividad, por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social”.

- ii) La “aparente” solución del conflicto mediante la técnica de la derogación expresa del precepto legal controvertido por el RD Ley 20/2012

El legislador ha querido reforzar la tesis del Tribunal Supremo derogando de forma expresa el precepto controvertido lo que viene a suponer eliminar el problema de raíz. En efecto, la disposición derogatoria del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad en el punto 4º apartado c) deroga de forma expresa la letra d del apartado 1 del artículo 67, el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 67 y el apartado 4 del artículo 67 del EBEP<sup>414</sup>. Son razones presupuestarias las que motivan la supresión de la posibilidad de jubilación parcial de los empleados públicos.

- iii) La cuestión todavía no resuelta del personal estatutario

Si bien el debate descrito se ha solucionado para el personal funcionario que esté encuadrado en el régimen general o en el especial de funcionarios, la cuestión no está todavía resuelta para el personal estatutario. Esto se debe a que en su propia norma específica- el art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud (BOE 17-12-2003, nº301; LEMPE) (no afectado por el RD Ley 20/2012), se dice que el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social podrá acogerse a la jubilación parcial y añade que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos.

Referida expresamente a la jubilación parcial del personal estatutario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22-7-2009, en unificación de doctrina<sup>415</sup>, rechaza esta posibilidad

---

<sup>414</sup> Vid. TRILLO GARCIA, A. Las reformas introducidas por la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral. En MERCADER UGUINA. *La regulación del mercado laboral*. Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 585-635.

<sup>415</sup> Rº 3044/2008. Sala de lo Social.



porque esta modalidad de jubilación sólo está claramente prevista y perfeccionada para los trabajadores por cuenta ajena y precisa en consecuencia de un desarrollo propio y específico respecto de este personal estatutario. Según la postura defendida por el Tribunal Supremo, pese a que el Estatuto Marco contempla esta posibilidad, queda condicionada a que quienes tengan competencia para hacerlo (las Comunidades Autónomas) así lo determinen en su ordenamiento específico como consecuencia de un plan de recursos humanos.

Pese a la decisión mayoritaria de los Magistrados en el sentido expuesto, se debe advertir que la cuestión no es del todo clara dado que la Sentencia se dicta en Sala General y que tiene Voto Particular de cuatro Magistrados. En el Voto Particular se rebaten los argumentos del Tribunal Supremo con aportaciones de gran interés y que sugieren una reflexión más detenida del asunto. La tesis de la aplicabilidad directa del precepto controvertido es defendida con apoyo en las siguientes razones. En primer lugar, la alegación del necesario desarrollo reglamentario se contesta con la afirmación de su existencia, en concreto, en la propia LEMPE que reconoce en su art. 26.4 esta posibilidad. Más aún, la eficacia inmediata de la norma ex art. 26.4 de la LEMPE queda corroborada cuando al regular las normas específicas sobre el régimen de incompatibilidades del personal estatutario, establece en su art. 77.4 que “la percepción de pensión de jubilación parcial será compatible con las retribuciones derivadas de una actividad a tiempo parcial” (norma precisamente concordante con lo previsto literalmente para los trabajadores por cuenta ajena que se jubilen parcialmente en el art. 12.6 del ET). En cuanto al régimen de servicios de la persona que pretenda jubilarse y el del posible personal estatutario relevista (aspecto o ámbito afectante a la relación de servicios por la incidencia de la jubilación parcial) cabe interpretar que tiene encaje en el art. 60.1 del Estatuto Marco, regulador de la jornada a tiempo parcial en el que se establece que “los nombramientos de personal estatutario, fijo o temporal, podrán expedirse para la prestación de servicios en jornada completa o para la prestación a dedicación parcial, en el porcentaje, días y horario que, en cada caso y atendiendo a las circunstancias organizativas, funcionales y asistenciales, se determine”. El Voto Particular defiende que la propia LEMPE posibilita en su art. 60.1 que se puedan efectuar nombramientos a tiempo parcial de personal estatutario en los mismos términos que los previstos en el art. 12.6 ET para los trabajadores ordinarios por cuenta ajena, por lo que no existen problemas legales en el ámbito administrativo para poder efectuar el contrato o nombramiento” de relevo “con objeto de cubrir la jornada de trabajo dejada vacante por el personal estatutario que se jubila parcialmente.

En definitiva, se concluye que a través de la normativa administrativa pueden cumplirse los principios que para el contrato de relevo se contiene en el art. 12.6 ET. Además respecto a las cuestiones afectantes a la Seguridad Social del personal estatutario con nombramiento a tiempo parcial la normativa aplicable es la misma que para los trabajadores por cuenta ajena contratados a tiempo parcial, ya que establece expresamente la Disposición Adicional 14ª del LEMPE que al personal estatutario con



nombramiento a tiempo parcial a que se refiere el art. 60 de esta Ley le resulta de aplicación la disposición adicional 7ª de la LGSS y las disposiciones dictadas en su desarrollo, es decir, se rigen en materia de Seguridad Social por las mismas normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial contenidas en la citada DA 7ª LGSS respecto a cotización, periodos de cotización, bases reguladoras y protección por desempleo<sup>416</sup>.

En segundo lugar, se explica que la remisión ex art. 26.4 a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas cabe entender que lo es a los efectos, entre otros, que puedan favorecer o fomentar con carácter general (no con carácter individual o plural) el acogimiento del personal estatutario a la fórmula de la jubilación parcial, con el correlativo, en su caso, contrato o nombramiento a tiempo parcial, pues, si se examina con detalle el precepto, el plan que podrían efectuar está dirigido directamente al personal estatutario (no a determinar los requisitos internos de los organismos administrativos o delimitar sus relaciones con las entidades gestoras de la Seguridad Social), pues lo es para establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación en el exclusivo supuesto de que lo efectuaran bajo el amparo o como consecuencia de un posible plan de ordenación de recursos humanos que pudiera haberse efectuado (como consecuencia de un plan de ordenación de recursos humanos). Finalmente, como tercer razonamiento a tener en cuenta, se rechaza el argumento de vulnerar los principios de mérito y capacidad para prestar servicios, dado que dicho principio está salvaguardado en el Estatuto Marco del personal estatutario.

d) La inaplicación de estas reglas para los supuestos de doble actividad en regímenes diferentes

Sin perjuicio de lo afirmado hasta ahora, cabe identificar algunos supuestos de interés de doble actividad en regímenes diferentes- el régimen general y el especial de funcionarios públicos. En este caso si se solicita la jubilación parcial para la primera de las actividades, no se aplica la regla especial de exclusión de la jubilación parcial sino la regla general de compatibilidad entre trabajo y pensión. Es el supuesto de quien accede a una pensión de jubilación parcial por un régimen de seguridad social y desempeña a su vez una actividad con dedicación a tiempo parcial con inclusión en un régimen distinto. En tales circunstancias se aplica lo previsto en el art. 166.3 de la LGSS y no lo previsto en cuanto a incompatibilidades en el art. 165 de la LGSS que no resulta aplicable al supuesto descrito<sup>417</sup>.

---

<sup>416</sup> En el mismo sentido, se pronuncia LOPEZ GANDIA, J. Dictamen emitido a petición de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras. La jubilación parcial y su aplicación a los funcionarios públicos, pp. 29-30.

<sup>417</sup> STSJ C. Valenciana (Sala de lo Social), de 29-11-2011, Rº 1562/2011.



### 3. Las reglas de compatibilidad/incompatibilidad trabajo/pension de los funcionarios de nuevo ingreso a partir del 1 de enero de 2011

Como se ha expuesto a lo largo del trabajo, el régimen especial de funcionarios estaba llamado a extinguirse debido a las importantes disfuncionalidades que le acompañan. Sin embargo, dicha medida ha tomado impulso en el escenario de crisis económica que sufre nuestro país cuando el Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, en sintonía con las directrices del Pacto de Toledo, se dirige a simplificar o adelgazar los regímenes del sistema de protección social español. La propia Exposición de Motivos de la norma explica en su apartado 1, in fine, que "...el Real Decreto-ley avanza en la línea de integración de los regímenes de Seguridad Social mediante la integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social, a los efectos de Clases Pasivas. Se da así un paso más en la consolidación a medio plazo del sistema de Seguridad Social, con los inmediatos efectos resultantes del incremento en la confianza y solvencia del sistema".

La propuesta de integración de los funcionarios de nuevo ingreso en el Régimen General de la Seguridad Social lo es a los exclusivos efectos de Clases Pasivas, manteniéndose con el mismo alcance la acción protectora gestionada, en la actualidad, por las respectivas mutualidades de funcionarios<sup>418</sup>. Por ello, la principal finalidad que cumple la integración de los funcionarios públicos de nuevo ingreso- a partir de 1 de enero de 2011- reside en articular esa compensación o financiación en la misma medida que existe para los trabajadores por cuenta ajena en el régimen general de la Seguridad Social<sup>419</sup>.

La reforma no hace referencia expresa a la aplicación de las reglas de compatibilidad/incompatibilidad trabajo y pensión de jubilación sino tan sólo a que esta inclusión respetará en todo caso las especificidades de cada uno de los colectivos relativas a la edad de jubilación forzosa, así como, en su caso, las referidas a los

---

<sup>418</sup> Quedan excluidos de la integración en el Régimen General los Altos Cargos, esto es, ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación, ex Presidentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional así como el Defensor del Pueblo y del Fiscal General del Estado. Vid. más extensamente DOLG LAGO, M.J. Hacia el fin del sistema decimonónico de clases pasivas. Los primeros pasos para la desaparición paulatina de los regímenes especiales de funcionarios públicos. *Revista General de Derecho del Trabajo (IUSTEL)*, nº25, 2011.

<sup>419</sup> Disposición Transitoria 5ª del Real Decreto-ley 13/2010. La aportación empresarial en la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes de los funcionarios públicos que ingresen en la respectiva Administración Pública a partir de 1 de enero de 2011 y estén incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 20 de este Real Decreto-ley, quedará reducida de manera que en el año 2011 se abonará el 25% de la que correspondería con arreglo a la normativa de aplicación, incrementándose el porcentaje en un 25% por cada año que transcurra hasta alcanzar el cien por cien transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley.



tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario. En particular, la inclusión en el régimen general de la Seguridad Social del personal militar de carácter no permanente tendrá en cuenta las especificidades previstas respecto de las contingencias no contempladas por figuras equivalentes en la acción protectora de dicho Régimen. Además, la citada inclusión respetará para el personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, con las adaptaciones que sean precisas, el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado (art. 20).

Pese al silencio del legislador, cabe deducir que el régimen de incompatibilidades entre trabajo y pensión de jubilación es el mismo que tenía el funcionario público que ya estaba encuadrado en el Régimen General. Entonces, quedan excluidos de la jubilación parcial y del supuesto específico de jubilación por incapacidad permanente que ya ha sido comentado.

#### *4. Otras propuestas de lege ferenda. el replanteamiento a futuro de la regla de jubilación forzosa*

Las directrices normativas de los últimos años dirigidas hacia la prolongación de la vida profesional de trabajadores por cuenta ajena y consecuente retraso de la edad de jubilación vienen en esencia motivadas por la necesidad de contribuir a la sostenibilidad financiera del sistema. Sin embargo, estas medidas no son de aplicación a los funcionarios públicos dado que como se ha dicho se trata de un régimen de tipo presupuestario donde la cotización del empleador tiene su origen en los presupuestos de las Administraciones Públicas. Así pues en caso de funcionarios la prolongación de la actividad más allá de la edad de jubilación no obedece a una política de incentivación, sino más bien a supuestos o circunstancias especiales o excepcionales que fundamentalmente tienen por objeto cubrir el periodo de carencia necesario para acceder a la pensión<sup>420</sup>. Es más, en el escenario de crisis económica actual la jubilación del funcionario tiene interés para las arcas del Estado desde el momento que se presenta como una medida de ajuste importante. De ahí que en este momento no sea aceptable una modificación del régimen de jubilación forzosa.

Partiendo de esta premisa básica, resulta obligado proponer una reforma a futuro de la jubilación forzosa del funcionario por los siguientes motivos. En primer lugar, por las desigualdades que presenta su aplicación para el funcionario encuadrado en el régimen general o en el especial. Así, en Clases Pasivas la fecha en que se cumple aquella edad “consolida automáticamente” el derecho y la cuantía de las pensiones por jubilación o retiro. De contrario, respecto del régimen general no opera tal consolidación y el funcionario que ha cesado en su actividad, de no solicitar su derecho a pensión, podrá mantenerse en alta en el mismo (suscribiendo el Convenio Especial) o producir una

---

<sup>420</sup> LOPEZ GANDIA, J., *La jubilación de los empleados públicos*. Bomarzo, 2007, p. 28.



nueva alta por razón de dedicarse a otra actividad que provoque la integración en el mismo. Entonces, se produce la situación según la cual el funcionario del régimen general puede ver mejorado su derecho a pensión frente al funcionario de clases pasivas que no tiene esta posibilidad reconocida como tal<sup>421</sup>.

En segundo lugar, se identifica una disfunción importante con respecto al régimen general que se articula a partir del principio de jubilación voluntaria. Como se sabe, la implantación de la regla de la jubilación forzosa en los Convenios ha sido objeto de constantes reformas en el plano de los trabajadores por cuenta ajena que al final han desencadenado tras la reforma de 2012 en la declaración de nulidad de las cláusulas del Convenio Colectivo que fijen las mismas con independencia de su extensión y alcance.

Siendo todo lo anterior cierto, no es admisible que nos quedemos indiferentes ante una regla que presenta una clara obsolescencia y que se fundamenta en la propia desconfianza del sistema, esto es, que los propios funcionarios permanezcan en activo pese a que sus condiciones físicas y/o psíquicas no sean las adecuadas para desempeñar de forma óptima sus funciones laborales. De ahí la necesidad de proponer a futuro una revisión del sistema de jubilación forzosa en el sentido de no se fije una norma uniforme para todos los funcionarios con independencia de sus capacidades específicas sino que se arbitre un sistema que permita medir su capacidad funcional para ejercer la profesión o desarrollar las actividades correspondientes a su nombramiento y que cuente con la autorización del servicio correspondiente dicha prolongación de la edad de jubilación en función de las necesidades de la organización.

##### 5. Conclusiones y propuestas de reforma

Tras abordar esta parte del estudio, cabe establecer la siguiente conclusión general. Se observa una marcada tendencia hacia la convergencia con el régimen general en cuanto se refiere a las reglas de incompatibilidad/compatibilidad del trabajo y las pensiones. Las últimas reformas producidas en este régimen corroboran tal afirmación. En la actualidad rige como regla general la incompatibilidad entre pensión y trabajo sea realizado éste en el sector público o privado. El estudio realizado permite concluir que el nivel de coincidencia entre las reglas de compatibilidad/incompatibilidad trabajo-pensión entre el régimen general y el régimen especial de funcionarios públicos es alto. Tan sólo se admiten supuestos de compatibilidad de tipo marginal que no tienen una incidencia relevante en la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

Sin embargo, existen diferencias importantes por lo que se refiere a la compatibilidad relativa a la jubilación parcial que no resulta de aplicación a los funcionarios públicos (sean del régimen general o especial) y la singularidad de la jubilación por incapacidad permanente que admite una compatibilidad entre pensión y actividad privada por cuenta

---

<sup>421</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L. *Seguridad Social de los Funcionarios Públicos en España*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 53.





ajena o propia que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen público de Seguridad Social. En cuanto a la jubilación parcial, entendemos que dicha exclusión en el momento actual de crisis económica es la opción adecuada. Ello sin perjuicio que a futuro pueda plantearse su recuperación con la aprobación de una normativa específica que desarrolle los aspectos procedimentales y que por supuesto tenga en cuenta las necesidades organizativas de cada Administración Pública. El segundo de los supuestos presenta aspectos disfuncionales que es necesario corregir.

Partiendo del análisis realizado, las propuestas de reforma que defendemos serían éstas:

-Elaborar un texto refundido que incluya en su articulado las especialidades en materia de Seguridad Social de los funcionarios públicos que permanecen en el sistema de Clases Pasivas que comprendería también a los que están encuadrados en el régimen general. A lo largo del trabajo, ha quedado constancia de la complejidad del sistema debido a su dispersión normativa que ha desencadenado en la necesidad de aplicar numerosas fuentes legales. Esta situación debe ser corregida de forma que facilite la aplicación del operador jurídico. El texto refundido se presenta como la solución adecuada para englobar las singularidades de los funcionarios ya sean civiles, militares o pertenecientes a la Administración de Justicia.

-Reformar la pensión de jubilación de los funcionarios públicos en el sentido que sea compatible con la realización de una actividad laboral (por cuenta ajena o propia) en el sector privado más allá del elemento de marginalidad que caracteriza la situación actual. La regla general de incompatibilidad se presenta como una opción rígida y no deseable en el escenario actual. De ahí la necesidad de replantear la misma y armonizarla con la prevista por la mayoría de los Estados europeos que fijan la compatibilidad. En cuanto a su nuevo contenido, se hará en concordancia con lo dispuesto para el régimen general y los otros regímenes especiales ya abordados.

-Otorgar autonomía a la incapacidad permanente respecto de la jubilación de forma que se configure como una prestación independiente del supuesto de la jubilación. Ha quedado justificada en las páginas anteriores que se trata de un supuesto anacrónico y que no tiene reflejo en el régimen general de la Seguridad Social. El efecto de desigualdad que produce respecto de los funcionarios públicos (los encuadrados en el régimen general) no tiene justificación alguna más allá de la propia deriva normativa. Por todo ello, resulta necesario conceder un tratamiento uniforme a la incapacidad permanente que tome como referencia la regulación del régimen general que sí distingue los grados de incapacidad frente al especial en que no existen. De la misma forma, se propone en lógica común rediseñar esta prestación de incapacidad permanente como una renta transicional que tenga por objetivo la reinserción laboral del funcionario incapacitado y que una vez logrado esto se extinga. Para ello se deben establecer, en primer lugar, medios internos por parte de la propia Administración empleadora dirigidos a facilitar la situación de activo del empleado bien en el mismo centro u otro. Si la propuesta de recolocación deviene imposible debido al propio estado de salud del



empleado o por las dificultades organizativas existentes en el centro, el siguiente paso debería ser potenciar el reciclaje profesional del empleado de forma que pueda desempeñar un puesto de trabajo adecuado a su situación de incapacidad. Una vez alcanzado dicho objetivo, dejaría de percibir la prestación de incapacidad permanente

-Clarificar la situación del personal estatutario en cuanto a sus posibilidades de jubilación parcial. Se ha explicado que la jubilación parcial del funcionario público con independencia del régimen al que pertenezca en el momento actual se trata de un supuesto excluido. La derogación expresa del precepto del EBEP por parte de la reforma de 2012 zanjó esta cuestión. Sin embargo, el asunto no está del todo claro respecto del personal estatutario que se encuadra en el régimen general. Sería aconsejable articular una reforma que uniformara esta cuestión también para el personal estatutario de manera que por el momento ninguno de estos colectivos que guardan una fuerte similitud accediera a la jubilación parcial. Más adelante, una vez superada la crisis económica, sería deseable proponer un sistema de jubilación parcial de los funcionarios públicos con un desarrollo normativo detallado y que en todo caso tuviera en cuenta las necesidades organizativas de cada una de las Administraciones Públicas.

-Proponer a futuro y en un escenario económico más favorable la supresión de la jubilación forzosa de los funcionarios públicos con el propósito de consagrar el principio de voluntariedad en la jubilación. Además, se debería diseñar una regla que permitiera a las Administraciones Públicas jubilar a aquellos funcionarios que sufrieran un menoscabo en sus capacidades funcionales.

#### **IV. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN Y ACTIVIDAD PROFESIONAL**

La pensión de jubilación en su modalidad no contributiva es compatible con el desarrollo de una actividad profesional o laboral, ya sea por cuenta propia o por cuenta ajena. El límite a esa compatibilidad, en este ámbito de la jubilación no contributiva, no deriva directamente ni del tipo de actividad desarrollada ni de la duración de la misma, sino única y exclusivamente de las cantidades que por tales conceptos se perciban. Tales ingresos, sumados al resto de los que resultan computables para determinar los ingresos o rentas del beneficiario o de la unidad familiar de convivencia, no pueden superar los topes fijados legalmente.

A estos efectos, las rentas o recursos computables son los que se identifican en el art. 144 LGSS (al que se remite el art. 167 LGSS) y entre ellos se incluyen los bienes y derechos de que disponga anualmente el beneficiario o la unidad económica de convivencia, que deriven tanto del trabajo como del capital, así como los de carácter



prestacional<sup>422</sup> (art. 144.5 LGSS y art. 12.1 RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de prestaciones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que la que se establecen en la Seguridad Social las prestaciones no contributivas, BOE 21-3-1991, nº69). Se incluyen pues, dentro de los ingresos computables para determinar si el beneficiario cumple el requisito de carencia de rentas exigido para el acceso a la pensión no contributiva, las rentas del trabajo del propio beneficiario y las del resto de integrantes de la unidad económica de convivencia.

En cuanto al cómputo de los ingresos, se trata de cantidades brutas, sin que proceda descontar las cantidades correspondientes a impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social. No son aplicables a estos ingresos las previsiones recogidas en el art. 144.5 LGSS para el caso de que no existan rendimientos efectivos. En este caso la remisión, a los efectos de la posible valoración, a las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, permite aplicar una deducción como medida o gasto necesario para obtener el rendimiento (SSTS 6-3-1998, Rº 3615/1997 y 10-12-2002, Rº 1641/2001).

Respecto de las pensiones no contributivas existe también, como ocurre con las prestaciones contributivas de jubilación, la obligación de los interesados de comunicar los cambios o alteraciones que afecten a cada uno de los requisitos necesarios para ser titular de la pensión y mantener el derecho a percibirla. En el caso de la pensión no contributiva de jubilación esta obligación se concreta en la exigencia de presentar una declaración anual de ingresos. El art. 16 RD 357/1991 dispone que los perceptores de las pensiones de jubilación en su modalidad no contributiva, vienen obligado a comunicar, en el plazo máximo de treinta días desde la fecha en que se produzca, cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia, recursos económicos propios o ajenos computables por razón de convivencia, y cuantas puedan tener incidencia en la conservación o en la cuantía de aquella. Si del incumplimiento de esta obligación se deriva una percepción indebida de prestaciones, el interesado, conforme a lo dispuesto en el art. 45 LGSS, deberá reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, desde el primer día del mes siguiente a aquel en que hubiera variado la situación, cualquiera que sea el momento en que se detecte la variación, salvo que la acción para solicitar la devolución hubiera prescrito.

Además, los beneficiarios deberán presentar una declaración de los ingresos o rentas computables de la respectiva unidad económica de convivencia, referidos al año inmediatamente anterior, añadiendo una declaración sobre las posibles variaciones en

---

<sup>422</sup> Se excluyen, sin embargo, las asignaciones económicas por hijo a cargo, tenga o no la condición de persona con discapacidad, en sus distintas modalidades, otorgadas por el sistema de la Seguridad Social, el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, previsto en la Ley de integración social de los minusválidos, los premios o recompensas otorgados a personas con discapacidad en los centros ocupacionales, así como las prestaciones económicas y en especie otorgadas en aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (art. 12.4 RD 357/1991).



los ingresos o rentas justificados, referidos al año en curso, a efectos de modificar, en su caso, la cuantía a abonar, según el importe vigente de la pensión. La declaración de ingresos y rentas computables deberá presentarse en el primer trimestre de cada año. Incumplida dicha obligación y previo requerimiento del organismo gestor al beneficiario se procederá, como medida cautelar, a suspender el pago de la pensión (art. 16.2 RD 357/1991. Una vez comprobados los datos no comunicados, la suspensión cautelar no supone la pérdida de la pensión por el periodo correspondiente. El beneficiario deberá ser repuesto en el disfrute de sus derechos (STSJ Aragón, 17-7-1996, St. nº673/1996)

Por lo que se refiere a las actuaciones de la entidad gestora cuando, a raíz de las informaciones aportadas por los beneficiarios o de otras circunstancias sobrevenidas, procede modificar la cuantía de la pensión o proceder a su extinción, deben diferenciarse los supuestos en que el beneficiario ha incurrido en errores u omisiones en sus declaraciones de rentas e ingresos de aquellos otros en que la modificación deriva de otras circunstancias.

Cuando han existido inexactitudes en la declaración de rentas e ingresos del beneficiario de la pensión no contributiva que determinan la revisión de la cuantía de la pensión, las Entidades Gestoras tienen facultad para proceder de oficio a revisar la cuantía de la pensión y para reclamar de forma imperativa y ejecutiva, sin necesidad de acudir a la reclamación judicial, las cantidades que se han percibido indebidamente. A estos efectos, el supuesto encaja dentro de las previsiones del art. 146.2 LRJS. Por lo tanto, la norma y doctrina de aplicación habrán de ser las que se derivan de dicho precepto, es decir, la que permite en estos casos que la Entidad Gestora no sólo revise la cuantía sino también que reclame de oficio el reintegro sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia (STS 10-12-2002, Rº 1641/2001).

Distinto es el caso en que la revisión de la cuantía no procede de una declaración errónea, inexacta o incompleta del beneficiario. En estos supuestos, el Tribunal Supremo ha resuelto que tampoco procede acudir al procedimiento al que se refiere el art. 146.1 LRJS. En este caso, porque no nos encontramos ante una revisión de un acto declarativo de reconocimiento de una prestación incluido en el artículo 146 LRJS, sino ante un acto de gestión ordinaria por el que se adapta la cuantía de la prestación reconocida a una circunstancia sobrevenida después de su reconocimiento. La diferencia entre estos actos estriba en que mientras la revisión implica la reconsideración de un elemento del acto que existía en el momento inicial en que se dictó, el acto de gestión ordinaria -sea extintivo, suspensivo o modificativo- hace frente a un hecho sobrevenido después del reconocimiento inicial, que es lo que aquí sucede, al tratarse de un incremento de renta posterior. Los actos de gestión ordinaria no están sometidos al régimen del art. 146 LRJS. Además, en estos casos el reintegro de lo percibido indebidamente no proviene de la revisión del acto inicial, sino del ajuste del desfase temporal que se produce normalmente entre la manifestación de la causa sobrevenida y



la declaración del efecto jurídico que de la misma deriva en el régimen de la pensión (STS 21-10-2009, R° 2318/2008).

Finalmente, la compatibilidad entre el desarrollo de un trabajo, por cuenta ajena o propia, y la pensión no contributiva de jubilación se establece en términos tales que son las cantidades percibidas por el desarrollo de aquella actividad las que condicionan y determinan no solo el derecho a la pensión sino también su cuantía. En este sentido, si los ingresos percibidos por el trabajo (o la suma de estos más el resto de ingresos y rentas computables) superan el mínimo fijado en cuantía anual en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado se producirá la suspensión del pago de la pensión e incluso la extinción del derecho en los términos del art. 9 RD 357/1991, pues la carencia de rentas se ha de acreditar en el momento de solicitar la pensión no contributiva pero ha de subsistir durante el periodo de percepción de la pensión. En caso contrario, el efecto sobre la pensión será la minoración o reducción de su cuantía hasta alcanzar el límite máximo de rentas fijado conforme al art. 145.1 LGSS, asegurando, en todo caso, que la cuantía de la pensión reconocida sea, como mínimo, del 25% del importe de la pensión.

## V. BIBLIOGRAFIA

- ALARCON CARACUEL, Manuel Ramón y GONZALEZ ORTEGA, Santiago. *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Fundación Mapfre, 1988.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, “Incentivos a la prolongación de la vida activa, a la luz de la Ley 27/2011”, en AA.VV. (Dir. I. García-Perrote y J. Mercader), *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, Lex Nova, 2011.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo y DEL VALLE DE JOZ, Juan Ignacio, *Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados (a tiempo parcial y de relevo)*, Navarra, Aranzadi, 2010.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco, *Regímenes Especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996
- CALVO RAMIREZ, Clementino. Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado, *Revista de Seguridad Social*, nº37, 1988, pp. 117-157.
- DE SANDE PEREZ-BEDMAR, María. La jubilación parcial de los funcionarios, *Aranzadi Social*, BIB 2009\252.
- DEL VALLE DE JOZ, Juan Ignacio, “Novedades en la regulación de la jubilación parcial”, en AA.VV. (Dir. I. García-Perrote y J. Mercader), *Las reformas de la Seguridad Social, 2011*, Lex Nova 2011, p. 203.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y DURÁN, Almudena, “Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2003 (número extraordinario sobre jubilación flexible).



- DOLZ LAGO, Manuel Jesús. La jubilación de los funcionarios públicos en España, *Revista de Seguridad Social*, 1982, nº16, pp. 255-304.
- Hacia el fin del sistema decimonónico de clases pasivas. Los primeros pasos para la desaparición paulatina de los regímenes especiales de funcionarios públicos, *Revista General de Derecho del Trabajo (IUSTEL)*, nº25, 2011.
- FERNANDEZ ORRICO, Francisco Javier, “La jubilación parcial”, en AAVV Reforma y Modernización de la Seguridad Social, Análisis de la Ley 27/2011 (A.V. Sempere y F.J. Orrico Dirs.), Navarra, Aranzadi, 2012.
- GOERLICH PESET, José María, *Compatibilidad de las pensiones de jubilación con la retribución de los profesores eméritos* en L. López Cumbre (Coord.), “*Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luís Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*”, Madrid, Iustel, 2007, p. 447.
- GONZALEZ ORTEGA, Santiago., *La reforma de la jubilación ordinaria*, en I. García-Perrote, J.R. Mercader Uguina, Jesús R., *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Valladolid, Lex Nova, 2011
- GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo y NUÑO RUBIO, José Luis. *Seguridad social de los funcionarios públicos en España*, Bomarzo, 1997.
- LOPEZ ANIORTE, María del Carmen *Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema*, RL, 1997, nº22
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Jubilación parcial en el contrato de trabajo, Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2008.
- LOPEZ GANDIA, Juan. *La jubilación de los empleados públicos*, Bomarzo, 1997
  - *La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007*, Albacete, Bomarzo, 2008.
  - “La jubilación tras la ley de medidas en materia de Seguridad Social”, en AA.VV. *La reforma de la Seguridad Social, III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
  - *Jubilación Parcial*, Albacete, Bomarzo, 2004.
- MALDONADO MOLINA, Francisco Javier, *Las Mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 1998.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, Nora María., “Incentivos para prolongar la vida activa en la Ley 40/2007”, en AA.VV. (F. CAMAS RODA, coord.) *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Barcelona, Bosch, 2009.
- MERCADER UGUINA, Jesús R., *Uso y abuso de las Leyes de Acompañamiento (I) (Modificaciones en materia de Seguridad Social*





- introducidas por la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), RL, 1999, nº5, pp. 68 a 130.
- MOLINA GARCIA, Mónica, *La afiliación al sistema de Seguridad Social español: una obligación alternativa tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados*, AL, 1996, nº47, pp. 905 a 923.
  - PANIZO ROBLES, José Antonio., *El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular*, Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), 1999, nº190, pp. 145 a 174
  - “Las modificaciones en la regulación de la pensión de Seguridad Social por jubilación (los nuevos mecanismos de la jubilación gradual y flexible)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, nº237, 2002.
  - *La pensión de jubilación de los profesionales colegiados: el caso de los abogados*, en AA.VV., *Tratado de jubilación, Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil*, Madrid, Iustel, 2007
  - PANIZO ROBLES, José Antonio. y PRESA GARCÍA-LÓPEZ, Raquel, "La reforma de las pensiones en el ámbito de la Unión europea", *Foro de la Seguridad Social*, nº25, 2012.
  - PAREDES RODRÍGUEZ, José Mario, *Jubilación parcial en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2008.
  - PIÑEYROA DE LA FUENTE, Antonio, *La vinculación a la Seguridad Social de los "colegios profesionales" tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre ordenación y supervisión de los seguros privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996*, RL, 1996, nº11
  - PUMAR BELTRÁN, Nuria, "La jubilación parcial como manifestación de la flexibilidad", *Temas Laborales*, nº82, 2005.
  - RODRÍGUEZ CARDO, Iván.A., *Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible*, Valladolid, Lex Nova, 2010.
  - SANCHEZ MORON, Miguel. Pérdida de la relación de servicio, en AA.VV. *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*. Lex Nova, 2008, pp. 421-430.
  - SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *Catálogo de resoluciones administrativas*, Madrid, MTAS, 2005, pp.431-432
  - SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y ARETA MARTÍNEZ, María. Disposición Adicional 6ª. En PALOMAR OLMEDA, A. y otros (Dir.). *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 878-890.
  - SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y HIERRO HIERRO, Javier. Artículo 67, En PALOMAR OLMEDA, Alberto y otros (Dir.). *Comentarios a la Ley*



7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2008, pp. 585-593.

- TRILLO GARCÍA, Andrés “Jubilación”, en (A. Trillo García y A. de la Puebla) *Reformas laborales y de Seguridad Social*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011.
- TRILLO GARCIA, Andrés. Las reformas introducidas por la Ley de Medidas Urgentes para la Reforma Laboral, en MERCADER UGUINA y otros. *La regulación del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 585-635.

MINISTERIO  
DE EMPLEO  
Y SEGURIDAD SOCIAL

---

DIRECCIÓN GENERAL  
DE ORDENACIÓN  
DE LA SEGURIDAD SOCIAL