

La prestación de jubilación anticipada y la acreditación del grado de discapacidad

The provision of early retirement and accreditation degree of disability

MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ

PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE JAÉN

Resumen

El art. 161 bis LGSS prevé bajo el término de “jubilación anticipada” una serie de situaciones de la prestación por jubilación, las cuales se singularizan en torno a la edad de acceso y el contraste que presenta respecto de la edad prevista de forma general para ser beneficiario de aquella. Sin embargo, dentro de las mismas habría que diferenciar las que en sí son situaciones de jubilación anticipada y las que en realidad constituyen supuestos de adelanto de la edad de jubilación (como son los dos previstos en el apartado primero de tal precepto en orden a la condición personal de trabajador discapacitado de grado alto (el 65 por ciento o más de grado de discapacidad), o para el trabajador, con uno igual o superior al 45 por ciento, aun cuando sólo respecto de concretas enfermedades, disfuncionalidades o dolencias). Ambas alternativas previstas se hacen pivotar sobre la condición personal del trabajador. Ellas encuentran su desarrollo reglamentario en los RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y 1851/2009, de 4 de diciembre, respectivamente, exigiéndose que el grado de discapacidad se acredite mediante certificación del órgano correspondiente que tenga atribuidas las competencias en la materia. En tal sentido, se valora el alcance de la valoración judicial sobre el grado de discapacidad reconocido al interesado y la competencia sobre los elementos constitutivos del derecho a la pensión de jubilación anticipada –grado de discapacidad– que pretende el beneficiario.

Palabras clave

Jubilación anticipada, Seguridad Social, discapacidad, prueba judicial, certificación administrativa.

Abstract

The art. 161 bis LGSS it expected under the term "early retirement" a number of situations retirement benefit, which will single out around the age of access and contrast in relation to the expected age to be generally beneficial of that. However, within the same it should distinguish which themselves are situations early retirement and actually make assumptions in advance of the retirement age (as they are both mentioned in the first paragraph of that provision in order to personal status of disabled worker high grade (65 percent or more of degree of disability), or worker, one equal to or greater than 45 percent, even if only for specific diseases, dysfunctions or infirmity). Both alternatives provided are pivoted on the personal status of the worker. They find its regulatory development in RD 1539/2003, of December 5, and 1851/2009, of December 4, respectively, requiring that the degree of disability is proved by the corresponding certification body with appropriate powers in the matter. As such, the scope of judicial assessment of the degree of disability recognized by interested and competition on the constituent elements of the right to early retirement pension –Degree of disability–intended beneficiary is valued.

Keywords

Early retirement, Social Security, disability, legal evidence, administrative certification.

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA

El art. 161 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS), viene a prever bajo el término de “*jubilación anticipada*” una serie de situaciones de la prestación por jubilación, las cuales se singularizan en torno a la edad de acceso y el contraste que presenta respecto de la edad prevista de forma general para ser beneficiario de aquella.

No obstante, hay que advertir que aunque aparentemente pudiera llevar a pensar que con esta previsión se agota dentro del ordenamiento de la Seguridad Social la regulación de los supuestos en los que se puede anticipar el acceso a la pensión de jubilación antes de la edad general prevista en el art. 161.1.a LGSS, sin embargo, es necesario hacer a este respecto una serie de consideraciones.

En tal sentido, en primer término, se prevén otros preceptos que recogen situaciones o supuestos que se deben de incluir dentro de los que se podría agrupar bajo la denominación de “*jubilación anticipada*”. Y ello se mantiene en relación a la jubilación parcial, la cual, en buena parte de las situaciones, es uno de los casos en los que estamos en presencia de una situación de anticipación de la jubilación. Sin embargo, obligado es destacar que hay otras situaciones en las que concurre la jubilación parcial sin que ésta sea a la misma vez anticipada. Es por ello que con el fin de ofrecerse una regulación única de los supuestos de parcialidad en la jubilación, se venga a regular la misma en un precepto diferenciado –art. 166 LGSS– de aquél que prevé la jubilación anticipada. Aun así, esta formulación normativa no debe llevar a desconocer que haya que afirmar, en orden a que ambas previsiones comparten o se asemejan en sus fundamentos, finalidades y funcionalidades, una conexión entre los planteamientos de la jubilación parcial y de la jubilación anticipada¹.

De igual modo, existe otro supuesto de jubilación anticipada no previsto en el mencionado art. 161 bis LGSS y que está motivado por la reforma que llevó a incrementar, a partir de enero de 2013, de manera progresiva la edad general de jubilación prevista hasta el momento. Así, el supuesto que aquí destacamos es el recogido en el art. 161.1.a) LGSS, el cual lo que viene a prever es la posibilidad de un acceso a la pensión de jubilación aun cuando no se cuente con la edad general prevista para ello, exigiéndose a tal fin un tiempo previo de cotización caracterizado por ser dilatado (Disposición Transitoria Vigésima de la LGSS, con efectos desde el 1 de enero de 2013, y que fue introducida por el art. 4.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social). De este modo, tomando en consideración el año en curso, 2015, para aquellos trabajadores que cuenten con una carrera de cotización amplia en el tiempo, se podrán jubilar a los 65 años si cuentan y acreditan períodos cotizados que computen un total de 35 años y nueve meses o más, sin tenerse en cuenta en ellos la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias, o, como es más conocida, la parte que corresponde a los denominados “*días cuota*”; o bien, si no alcanza esta cuantía, la edad que

¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico*”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 1/2013, pág. 1.

daría acceso a la pensión de jubilación sería la de 65 años y tres meses. Períodos de cotización que se irán incrementando hasta el año 2027, en el que para anticipar la edad de jubilación por la vía de este supuesto legal a la edad de 65 años, se exigirá que se haya cotizado al menos 38 años y seis meses, y, por el contrario, si no se llega a contar con esta carrera de seguro, todo aquel que cuente con menos de 38 años y seis meses de cotización se podrá jubilar a partir de haber cumplido los 67 años de edad.

Teniendo, por tanto, en consideración el que el art. 161 bis LGSS no es el único precepto que determina en nuestro ordenamiento de Seguridad Social los supuestos en los que es viable jurídicamente el acceso a la prestación de jubilación cuando se cuente con una edad que no es la general prevista a tal efecto para ello en el art. 161.1.a) LGSS, y tomando los dos supuestos que acabamos de destacar, las situaciones que se prevén para la jubilación anticipada son:

- a. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador o involuntaria, del art. 161 bis, apartado 2º, letra A), de la LGSS.
- b. Jubilación anticipada por voluntad del trabajador interesado, del art. 161 bis, apartado 2º, letra B), de la LGSS.
- c. Jubilación anticipada en los supuestos previstos en la Disposición Transitoria Tercera de la LGSS.
- d. Jubilación anticipada por las causas previstas en el art. 161 bis, apartado 1º, de la LGSS.

De todos estos supuestos, sin embargo, y si nos centramos en este último contrastando su fundamentación y finalidad jurídicas, hemos de hacer una salvedad en tanto que no casa de manera precisa con las que mantienen los tres supuestos que lo acompañan en tal precepto, debiendo, a tal efecto, y en aras a la corrección técnico-jurídica diferenciar los elementos del tipo normativo que los distancia, y cuáles son los que hace permanecer bajo un mismo supuesto legal.

En tal sentido, nos estamos refiriendo a un debate doctrinal, con un largo y dilatado recorrido, que se ha centrado destacar que no todos los supuestos en los que se posibilita legalmente que se adelante la edad de jubilación respecto de la prevista de manera general en el sistema jurídico de Seguridad Social se pueden ahormar bajo lo que se considera como jubilación anticipada.

Cuando se habla de jubilación anticipada, se hace en todo momento en relación a una lógica de comparación entre la edad que de forma general se establece para que una persona pueda acceder a la prestación de jubilación y la edad en la que de manera específica esa persona es beneficiario de aquélla, siendo ésta última anterior a la edad general de jubilación. En tales términos, y dada la excepcionalidad de esta situación, normativamente se establece una serie de condicionamientos para poder cursar este derecho a la anticipación de la edad de jubilación, de tal modo que se concretan una serie de requisitos ligados a la edad máxima para la anticipación de la jubilación, así como la ampliación de los períodos de cotización y/o de carencia, y estableciendo una penalización sobre la cuantía económica de la pensión resultante.

Sin embargo, y tal como ha destacado la doctrina², nos encontraríamos con una situación diferente en los supuestos para los que se habla de manera inapropiada de jubilación anticipada, debiendo calificarse tales situaciones como “adelanto de la edad de jubilación”, en tanto que la lógica jurídica de tales previsiones se establece en que la edad del sujeto para poder acceder a la prestación, aun cuando es diferente a la normal, no obstante, para el colectivo o grupo al que pertenece se establece una edad diferente –y menor– que la general prevista en la LGSS. La razón de política jurídica para esta diferenciación estriba en circunstancias que tienen relación con las condiciones de trabajo que singularizan la actividad profesional de estas personas, o bien con caracteres subjetivos de los mismos.

A estas situaciones de adelanto de la edad de jubilación se refiere el art. 161 bis, apartado primero, de la LGSS, diferenciando tres realidades de causas diferenciadas:

1. El adelanto de la edad de jubilación por trabajos que se desarrollan en actividades penosas, peligrosas o arriesgadas y que, en consecuencia, conllevan una evidente carga de nocividad para la salud de estos trabajadores.
 - En tal sentido, el art. 161 bis, apartado 1º, primer párrafo, de la LGSS, establece una habilitación al Gobierno para la determinación de aquellas profesiones, actividades o sectores de actividad que deban ser consideradas como peligrosas o penosas.
 - Esta determinación se puede calificar como azarosa y envuelta en una evidente inseguridad, además de subjetividad y arbitrariedad, jurídica, puesto que se consideraron así, y por los más diversos motivos, sólo los trabajos en la minería, en el sector marítimo, aéreo, ferroviario, de bomberos y de los integrantes del cuerpo de la policía autónoma vasca.
 - Es por ello que se introdujese por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, una nueva Disposición adicional en la LGSS, la cuadragésima quinta, por la que se vino a prever –nuevamente, especialmente, en su finalidad– la necesidad de determinar un marco general y unitario acerca de las actividades y de los grupos profesionales que podrían ser beneficiarios del derecho al adelanto de la edad de jubilación.
 - De nuevo se incumplió este mandato legal, lo que determinó que se recogiese una nueva previsión en tal sentido –la representada por la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 27/2011– y adicionando a la referida disposición adicional de la LGSS junto a los factores de penosidad del trabajo, los ligados a la turnicidad, trabajo nocturno, sometimiento a ritmos de producción, la toxicidad, la peligrosidad del trabajo y la incidencia en los procesos de incapacidad temporal. Derivado de tal mandato, se aprobó el RD 1698/2011, de 18 de noviembre, a través del cual se regula el régimen jurídico y el procedimiento para establecer los coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el Sistema de Seguridad Social.

² Así, vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico”, *op. cit.*, pág. 3.

- En tales términos, se establece como criterio para determinar las actividades que dan derecho a un adelanto de la edad de jubilación el que las mismas impliquen un “excepcional” índice de peligrosidad, penosidad, insalubridad o toxicidad, así como las que se haya comprobado unos índices elevados de morbilidad, mortalidad o de incidencia de enfermedades profesionales (art. 2.a del RD 1698/2011).
- Los arts. 10 y ss. del RD 1698/2011, determinan el procedimiento concreto que ha de seguirse para el reconocimiento de las actividades o trabajos que justifican el adelanto de la edad de jubilación, pudiéndose iniciar el mismo tanto a instancia de las empresas y trabajadores a través de sus organizaciones representativas, o bien de oficio, desembocando todo ello en un Real Decreto de reconocimiento expreso de tal circunstancia.
- De éste quedan excluidos los colectivos que ya los tuvieran reconocidos (trabajadores ferroviarios, de la minería no incluidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, personal de vuelo, bomberos y miembros del cuerpo de la Ertzaintza), sin perjuicio de que les resulte de aplicación cuando se pretenda modificar los términos en los que fueron aprobados sus decretos reguladores.
- Esta régimen se aplica tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia que estén incluidos en cualquier régimen de la Seguridad Social, que presten o hayan prestado trabajo en sectores o actividades en las escalas, categorías o especialidades comprendidas en el supuesto habilitante para el acceso a este tipo de anticipo de la edad de jubilación, cual es que estén sometidas a un excepcional índice de penosidad, insalubridad o toxicidad, habiéndose constatado elevados índice de morbilidad o mortalidad o la incidencia de enfermedades profesionales.

Además, para esta situación, el art. 2 del RD 1698/2011 prevé que de igual modo se tendrá en cuenta la mortalidad y morbilidad por enfermedad y su relación directa con el trabajo y la incapacidad permanente derivada de enfermedades del trabajo (art. 115.1.e LGSS).

En tales supuestos, para las actividades que queden comprendidas en los mismos, la edad de jubilación podrá ser reducida de manera indirecta mediante la aplicación de coeficientes reductores, los cuales llevan a crear la ficción de que el beneficiario alcanza de manera efectiva la edad de jubilación bonificándose artificialmente la que realmente tiene, y sin que por ello se penalice el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. Este régimen general, no obstante, se excepciona si el interesado se encuentra en régimen de pluriactividad, siendo una de las actividades realizadas una no bonificada, lo que conlleva a que los coeficientes reductores se aplican de manera exclusiva a la actividad bonificada (arts. 3.1 y 6.1 RD 1698/2011).

2. La anticipación de la edad de jubilación por imposibilidad del desempeño del trabajo en orden a los requerimientos físicos y psicológicos del mismo, lo cual motiva la inviabilidad de la prestación laboral cuando se alcanza una edad.
 - Esta segunda causa de adelanto de la edad de jubilación se fundamenta en las exigencias de índole física o psicológica del puesto de trabajo que

llevan a hacer inexigible la prestación laboral comprometida en orden a motivaciones ligadas a la seguridad en el trabajo.

- También aquí, el hecho causante se vincula a la manifestación de tales situaciones respecto de los índices de siniestralidad –en este caso a partir de cierta edad–, así como la morbilidad y la mortalidad y su relación con la incapacidad permanente con una influencia superior a la media. Para la determinación de estas actividades se ha de seguir un procedimiento similar al destacado para la anterior causa, debiendo el RD que la reconozca determinar la edad mínima a la que se puede acceder a la prestación, y contando en todo caso como límite el de la edad de 52 años. Se puede afirmar que esta segunda situación de adelanto de la edad de jubilación se ha dado para casos marginales, quedando prácticamente sin resultados reales de aplicación.
- Igualmente se exige un tiempo de trabajo efectivo en cualquiera de las actividades, escalas, categorías o especialidades que posibiliten esta anticipación de la edad de jubilación, que es de quince años como mínimo (art. 3.2.º RD 1698/2011). Esta previsión resulta en buena lógica distorsionadora de la propia identidad jurídica y técnica de la presente causa de adelanto de la edad de jubilación, en tanto que la misma gira en torno a la preservación de la integridad física y/o psicológica del trabajador dada las especiales características –de contenido potencialmente lesivo– que presenta la actividad que desempeña. Es por ello que requerir un período de carencia tan amplio y sin modulaciones posibles no hace más que desvirtuar la propia medida de política social que la misma presenta, pudiendo haberse articulado otras alternativas como la toma en consideración de las cotizaciones en otras actividades, el desempeño de la referida actividad con carácter profesional e inmediato a la solicitud de la prestación, etc.³
- Es importante también resaltar las alternativas que cabrían a esta situación de adelanto de la edad de jubilación y sus implicaciones para con las empresas en las que se produjese el hecho habilitante para tal adelanto, por cuanto cabría plantear la oportunidad de la aplicación obligatoria de la necesaria adaptación o cambio del puesto de trabajo para aquellos trabajadores que se encontrasen en tales situaciones por las que los requerimientos físicos y psicológicos del mismo motiva la inviabilidad de la prestación laboral, destacando así, de nuevo, la estrecha interrelación que debería darse entre los ordenamientos jurídicos de prevención de riesgos laborales y el de Seguridad Social.
- Para estas situaciones, la edad de jubilación se anticipa por el establecimiento de una edad mínima de acceso a la jubilación, inferior, por tanto a la fijada para la jubilación ordinaria. En este caso, el tiempo que de forma efectiva se reduce de la edad de jubilación se computa como cotizado para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora

³ Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “*La jubilación anticipada: valoración y posibles propuestas de reconfiguración de su régimen jurídico*”, *op. cit.*, pág. 5.

de la pensión (y no para el cumplimiento del período de carencia), y siempre que se haya permanecido en alta en la escala, categoría o especialidad, hasta la fecha del hecho causante de la pensión, o, percibiendo la prestación por desempleo o por cese de actividad en los dos años o en los doce meses anteriores al momento de causar el derecho. Tal como prevén los arts. 3.2 y 6.2 RD 1698/2011, tales beneficios se mantendrán para quienes habiendo alcanzado la edad mínima de jubilación por el desarrollo de actividades penosas, tóxicas peligrosas o insalubres, cesen en dicha actividad pero permanezcan en alta por realizar una actividad laboral diferente, y con independencia del régimen en el que se encuentren encuadrados.

- Un último elemento a destacar es el de la posibilidad de que los coeficientes reductores o la edad mínima de cotización fijada por el RD que los haya reconocido podrán ser modificados o eliminados cuando las circunstancias y causas que motivaron su reconocimiento hayan variado. A tal efecto, se exige que se realice igual procedimiento que el previsto para su reconocimiento, no perjudicando ello a los trabajadores que hubiesen desarrollado su actividad con anterioridad a la modificación (art. 9 RD 1698/2011).
3. Por último, se prevé en el art. 161 bis.1 LGSS, el adelanto de la edad de jubilación motivado por la condición personal de trabajador discapacitado de grado alto (el 65 por ciento), de modo que se considera que el desarrollo de un trabajo por una persona con estas condiciones conlleva un incremento de la peligrosidad o de la penosidad. Y, en la misma línea de política jurídica, se prevé además una minoración sobre el porcentaje de discapacidad que presenta el trabajador, fijado en uno igual o superior al 45 por ciento, aun cuando sólo respecto de concretas enfermedades, disfuncionalidades o dolencias, que hayan sido reglamentariamente determinadas, y en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable se produzca una reducción de la esperanza de vida de estas personas.
- Estas dos alternativas previstas en el art. 161 bis.1 LGSS encuentran su desarrollo reglamentario en los RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y 1851/2009, de 4 de diciembre.
 - En ambas situaciones, y a diferencia de las referidas con anterioridad, se hace pivotar la motivación de tales previsiones en la condición personal del trabajador: una, la primera de las destacadas, porque lleva a que la prestación de trabajo adquiera para él, y en base a tales condicionantes personales, el carácter de penosa en su ejecución; otra, porque hay una evidente posibilidad para que el trabajador no pueda alcanzar la edad normal de jubilación, o, si la alcanzare, para disfrutar algunos años de ella.
 - Por tanto, en estas situaciones lo que prima es la dimensión subjetiva del trabajador, futuro beneficiario de la prestación, aunque aplicándosele la lógica de los supuestos en los que se valoraba en mayor medida la penosidad, desde una dimensión objetiva, de los trabajos comprometidos.
 - Las condiciones de acceso a la jubilación para estas personas comparten, en consecuencia, los parámetros que hemos destacado para los dos anteriores supuestos.

- En tal sentido, respecto de los trabajadores discapacitados que acrediten un grado de discapacidad que se significa por su entidad, esto es, igual o superior al 65 por ciento, los requisitos y el régimen jurídico aplicable es4:
- a) El trabajador ha de acreditar un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, el cual habrá de justificarse mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales u órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma a la que se hayan transferido las competencias, funciones y servicios en esta materia (arts. 1 y 2 RD 1539/2003).
 - b) Será de aplicación a todos los trabajadores discapacitados que presten servicios por cuenta ajena, incluyéndose tanto los del Régimen General como los de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y Trabajadores del Mar (art. 1 RD 1539/2003).
 - c) El coeficiente reductor por edad aplicable depende del grado de discapacidad acreditado durante el período efectivo de trabajo. En tal sentido, se aplicará como coeficiente el del 0'25 por ciento para las situaciones en las que el grado de discapacidad que se acredite sea del 65 por ciento; y será del 0'50 por ciento para cuando se acredite un grado igual o superior al 65 por ciento, además de necesitar el curso de una tercera persona para la realización de los actos esenciales para la vida ordinaria (art. 3 RD 1539/2003).
 - d) Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado con el grado de discapacidad acreditado, se han de excluir todas las faltas al trabajo, a excepción de las que vengan motivadas por bajas médicas por contingencias profesionales y/o comunes, las causadas por la suspensión del contrato por maternidad, adopción, acogimiento y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural y licencias, permisos u otras ausencias retribuidas, y autorizadas por disposición legal (art. 4 RD 1539/2003).
 - e) En cuanto al cálculo de importe de la pensión de jubilación, se computará como cotizado, a efectos de proceder a determinar el porcentaje aplicable a aquella, el período de tiempo en que resulte reducida la edad ordinaria de acuerdo a la aplicación de los mencionados coeficientes reductores.
 - f) Por último, en cuanto al posible acceso de estos trabajadores a la jubilación anticipada, bien por la vía de la Disposición Transitoria 3ª.1.2ª LGSS, o bien por la del art. 161 bis.2 LGSS, se establece que les será de aplicación los coeficientes reductores determinados en el art. 3 del RD 1539/2003, a los efectos de concretar el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión de jubilación correspondiente a cada caso, teniéndose en cuenta a todos los efectos la edad real del trabajador (Disposición Adicional única RD 1539/2003).

⁴ Vid. VV.AA.: *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs. y Coords.), Tomo I, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013, págs. 949 y ss.

- En cuanto a los trabajadores discapacitados que acrediten que su grado de discapacidad es igual o superior al 45 por ciento, tratándose de discapacidades que hayan sido determinadas reglamentariamente por concurrir en las mismas evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida, prevista en el art. 161 bis.1 LGSS, y desarrollada por el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, su régimen jurídico se concreta en los siguientes términos⁵:
- a) Se aplicará a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, incluidos en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, que acrediten haber prestado servicios a lo largo de su vida laboral durante un tiempo que equivalga, cuanto menos, al período mínimo de cotización exigible para acceder a la pensión de jubilación –esto es, quince años–, y que cuenten con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 45 por ciento, además de padecer algunas de las discapacidades que se recogen en el RD 1851/2009:
 - i. Discapacidad intelectual.
 - ii. Parálisis cerebral.
 - iii. Anomalías genéticas (Síndrome de Down, Síndrome de Prader Willi, Síndrome de X frágil, Osteogénesis imperfecta, Acondroplasia, Fibrosis quística y Enfermedad de Wilson).
 - iv. Trastornos de espectro autista.
 - v. Anomalías congénitas secundarias a Talidomida.
 - vi. Secuelas de polio o Síndrome de Postpolio.
 - vii. Daño cerebral adquirido (traumatismo craneoencefálico, secuelas de tumores del Sistema Nervioso Central, infecciones o intoxicaciones).
 - viii. Enfermedad mental (Esquizofrenia y Trastorno bipolar).
 - ix. Enfermedad neurológica (Esclerosis lateral amiotrófica, Esclerosis múltiple, Leucodistrofias, Síndrome de Tourette y Lesión medular traumática).
 - b) El trabajador ha de acreditar dicho grado de discapacidad y padecer algunas de las reseñadas, mediante una certificación expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales u órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma a la que se hayan transferido las competencias, funciones y servicios en esta materia.
 - c) Se establece como edad para el acceso a la pensión de jubilación, la de 56 años.
 - d) Se requiere el que el trabajador se halle en alta o situación asimilada al alta en la fecha en la que se produzca el hecho causante.
 - e) Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado se han de excluir todas las faltas al trabajo, a excepción de las que vengan motivadas por bajas médicas por enfermedad común o profesional, o por accidente, sea o no de trabajo; las causadas por la suspensión del contrato por

⁵ Vid. VV.AA.: *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 950 y ss.

maternidad, adopción, acogimiento y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural; así como las licencias, permisos u otras ausencias retribuidas, y autorizadas por disposición legal.

- f) En cuanto al cálculo de importe de la pensión de jubilación, se computará como cotizado, el período de tiempo en que resulte reducida la edad ordinaria, a los exclusivos efectos de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora.
- g) Por último, si estos trabajadores también se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del RD 1539/2003, de 5 de diciembre, esto es, cuentan con una discapacidad igual o superior al 65 por ciento, podrán optar por la aplicación de la norma que les sea más favorable para generar la pensión de jubilación.

2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 18 de febrero de 2015 (JUR\2015\130275), resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina que interpuso el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 31 de enero de 2014, por la que se desestimó el recurso de suplicación planteado por el INSS frente a la resolución del Juzgado de lo Social nº. 4 de Pontevedra, y en el que se venía a reconocer a la demandante la aplicación de un coeficiente reductor, por discapacidad, del 0'50 por ciento.

En tal sentido, de los hechos probados hay que destacar que la actora ha venido prestando servicios para la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE), como vendedora. Tiene reconocida una minusvalía del 79 por ciento, por deficiencia visual severa, (agudeza visual igual o inferior a 1/10 de la escala de Wecker, obtenida con la mejor corrección óptica posible), presentando una falta de visión de ambos ojos, la cual tiene carácter de definitiva e irreversible, y sin posibilidad de mejoría.

Con fecha de 14 de septiembre de 2009, solicitó ante el INSS la pensión de jubilación, dictando ésta resolución por la que se le reconoce tal prestación.

Frente a ella, con fecha 5 de junio de 2010, la actora solicitó la revisión de la base reguladora de su pensión, una vez conocida las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 y de 28 de noviembre de 2005. A la vista de tal petición, el INSS dicta nueva resolución, de fecha de 3 de septiembre de 2010, en la cual acuerda modificar la base reguladora de la prestación, pero no procede a modificar la bonificación por minusvalía, ya que se considera que está calculada según lo previsto en el artículo 3.a del RD 1539/2003, de 5 de diciembre, además de no justificarse suficientemente por la solicitante la necesidad de ayuda de tercera persona, por lo que ratifica que le corresponde un coeficiente del 0'25, y no el pretendido del 0,50.

Ante tal resolución, la solicitante, el 15 de octubre de 2010, interpone reclamación previa contra la mencionada resolución del INSS de 3 de septiembre de 2010, al entender que está mal calculado el porcentaje de la base reguladora, en tanto que considera que no se ha aplicado adecuadamente los coeficientes de reducción de edad y bonificación previstos en

el RD 1539/2003, además de estar de acuerdo con la fecha de efectos económicos de la resolución, y de entender que tiene derecho a cobrar las diferencias de pensión devengadas desde la fecha de efectos de la jubilación, por mayor base reguladora.

Con fecha 17 de noviembre de 2010 el INSS dictó resolución desestimando la reclamación previa.

Frente a ella presentó demanda la cual fue resuelta por sentencia de fecha 17 de marzo de 2011, del Juzgado de lo Social nº. 4 de Pontevedra, cuya parte dispositiva declaró el derecho de la actora a que *“se compute en el cálculo de su pensión de jubilación el porcentaje aplicable para calcular su importe el período que resulte de aplicar al tiempo efectivamente trabajado un coeficiente del 0,50%, condenando al INSS al abono de la citada prestación en la cuantía, forma y efectos económicos correspondientes, absolviendo a la TGSS y la ONCE”*.

El INSS muestra su desacuerdo con este fallo, e interpone recurso de suplicación frente al mismo, el cual se resuelve por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 31 de enero de 2014, en la que se resuelve nuevamente a favor de la actora confirmando la sentencia de instancia y, en consecuencia, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal del INSS, recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Galicia de fecha 6 de julio de 2012, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 161.bis.1 de la LGSS, y los arts. 2 y 3 del RD 1539/2003, de 5 de diciembre.

3. EL ALCANCE DE LA VALORACIÓN JUDICIAL Y LA COMPETENCIA SOBRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DERECHO –GRADO DE DISCAPACIDAD–

En la sentencia que se analiza la cuestión sobre la que se centra el debate es el alcance que pueda tener la valoración del órgano jurisdiccional respecto de uno de los elementos constitutivos del derecho de la prestación que se solicita, como es el de la determinación del grado de discapacidad.

En tal sentido, por parte del INSS se alega que se produce la infracción de lo previsto en el art 161 bis.1 de la LGSS, y de los arts. 2 y 3 del RD 1539/2003, en los que se establecen los coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un elevado grado de discapacidad (grado igual o superior al 65 por ciento), y ello dentro de los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Empleo y Seguridad Social.

En cumplimiento de tal facultad de desarrollo normativo, el art 2 del mencionado RD 1539/2003, establece que *“...la existencia de la minusvalía, así como del grado correspondiente, se acreditarán mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél.*

Cuando no sea posible la expedición de certificación por los órganos antes mencionados, por tratarse de períodos anteriores a la asunción de competencias en la materia por éstos, la existencia de la minusvalía podrá acreditarse por certificación o acto administrativo de reconocimiento de dicha condición, expedido por el organismo que tuviese tales atribuciones en cada momento, y, en su defecto, por cualquier otro medio de prueba que se considere suficiente por la entidad gestora de la Seguridad Social".

Partiendo de tales previsiones, lo que se viene a conformar como el nudo de la cuestión litigiosa es el hecho de que no conste el que la actora hubiere aportado la certificación acreditativa del grado de discapacidad, que tal como se prevé en el mencionado art. 2 del RD 1593/2003, ha de ser expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma, y que, no obstante, se recoja en el último párrafo del segundo fundamento de derecho de la sentencia frente a la que se plantea el presente recurso de casación, el que *"dada la relación fáctica y las afirmaciones de hecho contenidas en la fundamentación jurídica, que no resultan alteradas, resulta que la actora posee una minusvalía del 79% por déficit visual severo (hecho probado 5º) y necesita el concurso de otra persona para las necesidades de la vida diaria (FJ 2º) después de la valoración realizada por la Magistrada de instancia..."*.

En consecuencia, del proceder de los órganos jurisdiccionales, tanto el de instancia –en su valoración fáctica– como el del propio TSJ de Galicia –por la ratificación de aquel actuar en la instancia–, se desprende que consideran que el requisito de necesitar el concurso de tercera persona puede considerarse acreditado por la mera ponderación que de la situación efectúa la propia Juez de instancia en el procedimiento de jubilación planteado, obviando la necesidad del concurso dentro del mismo del repetido certificado administrativo, que constituye, según la dicción literal del precepto reglamentario, el medio normativamente establecido de demostrar su existencia y, por tanto, que excluye, en principio, cualquier otro al respecto.

No obstante, sí que se prevé en el propio precepto reglamentario una situación de excepcionalidad por la que no se hace necesario el concurso del certificado expedido por el órgano administrativo competente en la materia. Es el supuesto en el recogido en el párrafo segundo del art. 2 del RD 1593/2003, que se refiere a situaciones en las que no procediera el actuar de tales órganos administrativos *"...por tratarse de períodos anteriores a la asunción de competencias en la materia por éstos..."*, en cuyo caso se establece reglamentariamente una serie de alternativas posibles para salvar los problemas de acreditación que se le puedan plantear a los interesados: *"...acreditarse por certificación o acto administrativo de reconocimiento de dicha condición, expedido por el organismo que tuviese tales atribuciones en cada momento, y, en su defecto, por cualquier otro medio de prueba que se considere suficiente por la entidad gestora de la Seguridad Social"*.

En consecuencia, ni en el supuesto normal previsto en la norma para la acreditación del grado de discapacidad a fin de lucrar la pensión de jubilación anticipada recogida en el art. 161 bis.1 LGSS, ni en las alternativas previstas para las situaciones de imposibilidad de acreditación ordinaria recogidas en el art. 2.2 RD 1539/2003, se puede afirmar que se prevea una competencia específica al órgano jurisdiccional para integrar la carencia de la mencionada acreditación por parte de quien se pretenda titular de la misma y beneficiario de los derechos que le son inherentes a ella. Esto es, ni el órgano jurisdiccional, ni la propia

entidad gestora de la Seguridad Social, puede entrar a resolver sobre el mayor o menor grado de discapacidad ya declarado por el órgano administrativo competente, cuando tal declaración tenga el carácter de definitiva y firme.

Y, en tal sentido, aunque referido al ámbito competencial de un órgano administrativo como es el INSS, lo cual no obsta a que se pueda extender tales apreciaciones al actuar de los órganos jurisdiccionales, el Tribunal Supremo trae a colación su sentencia de 21 de febrero de 2008 (RJ 2008\3031) en la que se afirma que *"lo que en este proceso se discute no es ni la competencia en el período administrativo ni la atribución al orden social de jurisdicción del conocimiento de la impugnación de aquella decisión, sino si el INSS en vía administrativa de reconocimiento de una prestación no contributiva y posteriormente el orden social en vía de conocimiento de un recurso contra la decisión del INSS pueden entrar a resolver sobre el mayor o menor grado de discapacidad ya declarado por el órgano administrativo competente con carácter definitivo y firme...En estos casos, por lo tanto, la declaración de un determinado grado de incapacidad efectuada por el órgano administrativo competente juega como hecho condicionante del derecho a la prestación, correspondiendo al INSS y al posterior control jurisdiccional de su decisión a partir de aquella apreciación, quedando limitado el cometido de ambos a controlar si se cumplen los demás requisitos legales que condicionan el reconocimiento de la prestación reclamada. No se trata en definitiva de una cuestión prejudicial en la que el órgano judicial pueda entrar "incidenter tantum", sino de una cuestión previa a la que hay que estar una vez decidida por el órgano competente para ello, la cual, como se ha dicho, pudo ser recurrida ante el orden social en proceso independiente pero no por esta vía perifrástica"*.

Por tanto, no cabe más que estar con el posicionamiento manifestado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de febrero de 2015, en tanto que concurren, cuanto menos, tres órdenes de motivaciones que llevan a tener que afirmar el proceder inadecuado de los órganos jurisdiccionales de la instancia, pues, de un lado, contravienen lo preceptuado de manera indubitada en el texto de la norma (art. 2 en relación al art. 3 del RD 1539/2003), puesto que exige que la acreditación de la discapacidad se realice por los órganos administrativos que tienen reconocidas legalmente las competencias en la materia; de otro, porque de admitirse la procedencia del actuar judicial se estaría conculcando de manera flagrante los principios de seguridad jurídica y de legalidad –de sujeción de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico– (art. 9.1 y 3 CE), sin poder arrogarse competencias y facultades que no les vengan reconocidas por aquél; y, en fin, por los efectos que pueda tener este actuar en cuanto al reconocimiento de otros derechos, ya que si se admitiera la viabilidad jurídica del reconocimiento de un grado concreto de discapacidad y la necesidad de concurso de terceras personas para realizar los actos esenciales de la vida diaria, ello podrá tener repercusiones –directas y colaterales– respecto del reconocimiento de otros derechos, en tanto que tal declaración no se puede entender sólo en un sentido –respecto de la pensión de jubilación anticipada que solicita–, sino en relación a todas las situaciones, prestaciones y derechos que se puedan derivar de tal declaración.

4. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos analizado, en nuestro sistema de Seguridad Social se prevé una regulación específica de determinadas situaciones que conllevan el adelanto de la edad de jubilación, como son los dos casos previstos en el art. 161 bis.1 LGSS, y que se realizan en

orden, bien a la condición personal de trabajador discapacitado de grado alto, esto es, que tenga reconocido un 65 por ciento o más de grado de discapacidad, o bien para el trabajador, con uno igual o superior al 45 por ciento, aun cuando sólo respecto de concretas enfermedades, disfuncionalidades o dolencias.

Ambas alternativas encuentran su desarrollo reglamentario en los RD 1539/2003, de 5 de diciembre, y 1851/2009, de 4 de diciembre, respectivamente. Y en ambos se recoge una previsión similar en cuanto a la exigencia de que el grado de discapacidad se acredite mediante certificación del órgano correspondiente –de ámbito territorial estatal o autonómico– que tenga atribuidas las competencias en la materia.

En tal sentido, hemos tenido la oportunidad de analizar el pronunciamiento que, en unificación de doctrina, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de emitir en orden a valorar el alcance que pueda reconocerse a los Tribunales sobre el grado de discapacidad del interesado y la competencia que pueda tener sobre los elementos constitutivos del derecho a la pensión de jubilación anticipada –grado de discapacidad– que pretende el beneficiario.

El Tribunal Supremo viene a reiterar que no concurriendo los elementos normativos habilitantes previstos tanto para el supuesto normal recogido en la norma reglamentaria para la acreditación del grado de discapacidad a fin de lucrar la pensión de jubilación anticipada recogida en el art. 161 bis.1 LGSS, ni las situaciones alternativas previstas para las situaciones de imposibilidad de acreditación ordinaria recogidas en el art. 2.2 RD 1539/2003, en ningún caso se puede afirmar que se prevea una competencia específica al órgano jurisdiccional para integrar la carencia de la mencionada acreditación por parte de quien se pretenda titular de la misma y beneficiario de los derechos que le son inherentes a ella. Tanto el órgano jurisdiccional, como la propia entidad gestora de la Seguridad Social, tienen vedada la posibilidad de entrar a resolver sobre el mayor o menor grado de discapacidad ya declarado por el órgano administrativo competente, cuando tal declaración tenga el carácter de definitiva y firme; y más cuando existen previsiones que, a la luz de los términos utilizados en la misma, no cabe plantearse dudas interpretativas, pues el mandato legal y la atribución de competencias en la materia quedan manifiestamente expuestos. No a otra consecuencia se podría llegar más que a la necesaria sujeción del actuar de los Tribunales a lo prevenido por el propio ordenamiento jurídico, salvaguardando el principio de seguridad jurídica, el cual lleva implícito tanto la obligada certeza sobre las normas que conforman el ordenamiento jurídico, como la previsibilidad de la interpretación y aplicación de las mismas por parte de los poderes públicos –también, por tanto, el judicial–, sin por ello caer en una visión dogmática y formalista del mismo.