

De la compatibilidad a la incompatibilidad y viceversa: Legislación inadecuada y espacio para la construcción jurisprudencial

From compatibility to incompatibility and vice versa: Inadequate legislation and space for jurisprudential construction

FRANCISCA MORENO ROMERO

Profesora Ayudante Dra. Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

 <https://orcid.org/0000-0002-3651-2150>

Cita sugerida: MORENO ROMERO, F. "De la compatibilidad a la incompatibilidad y viceversa: Legislación inadecuada y espacio para la construcción jurisprudencial". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 27 (2021): 47-70.

Resumen	Abstract
En materia de seguridad social es característico que la deficiente ordenación jurídica vaya unida a una intensa conflictividad que produce una labor de construcción jurisprudencial en múltiples direcciones y con distintos niveles de conexión con la norma original. Buen ejemplo de lo afirmado son los dos bloques normativos y jurisprudenciales que se analizan en este trabajo, vinculados a la compatibilidad e incompatibilidad entre pensiones y las singularidades relacionadas con la incapacidad permanente, tanto en su relación con la denominada "segunda actividad", como con el origen profesional de la incapacidad y el concepto acuñado por la jurisprudencia de pensión "no consumidora de cotizaciones". En los espacios descritos, la insuficiente ordenación tradicional ha generado una doctrina judicial de relevancia con impactos de todo orden, incluidos los de carácter económico que afectan al propio sistema.	In terms of social security, unsatisfactory legal frameworks typically go hand-in-hand with a high potential for conflict that leads to jurisprudential construction going off at multiple tangents and at varying degrees of connection to the original principle. A good example of this are the two regulatory and jurisprudential areas analysed in this study, relating to the compatibility and incompatibility between pensions and the specifics relating to permanent disability, both in relation to so-called "second jobs" and to the professional origin of the disability and the concept coined by jurisprudence of a "non-contribution-consuming" pension. In these two areas, the unsatisfactory traditional structure has generated a significant legal doctrine with all kinds of impacts, including economic impacts that affect the system itself.
Palabras clave	Keywords
compatibilidad entre pensiones, incapacidad permanente, segunda actividad	compatibility between pensions; permanent disability; second job

1. INTRODUCCIÓN

En materia de compatibilidad e incompatibilidad de pensiones, en los últimos años se han venido produciendo toda una serie de decisiones judiciales conformadoras de una doctrina de sustancial relevancia y alcance, que reclaman la intervención legislativa por múltiples razones, de orden jurídico, económico e incluso de equidad.

Aunque las decisiones afectan al marco jurídico de la pensiones en su conjunto, tienen especial relevancia las referidas a la incapacidad permanente, cuya estructura en grados abre un abanico de conceptos singulares para cada grado y, al tiempo, otro abanico de compatibilidades e incompatibilidades con el trabajo, no siempre armónico con cada concepto, así como con otras pensiones. A lo anterior hay que añadir una línea de tendencia judicial –reciente en su configuración y centenaria en su ordenación– que, vinculada o no al cómputo recíproco de cotizaciones o a la totalización de los periodos de cotización efectuados en distintos regímenes, incorpora una nueva

categoría en el régimen de compatibilidades de las pensiones –en este caso de incapacidad permanente por riesgos profesionales– como “no consumidoras de cotizaciones”.

Ciertamente, la caótica ordenación jurídica existente, como tantas veces ha denunciado la doctrina¹, es un buen caldo de cultivo para decisiones judiciales de alto alcance y de orientación no siempre justificada y sobre todo no siempre necesaria². La ordenación referida tiene dos espacios reflejos, por un lado, la ausencia de normas reglamentarias actuales y la sucesión de textos refundidos, de los que deriva una ordenación compleja y desordenada y, por otro, la petrificación del modelo y su posible desconexión de la realidad laboral y social sobre la que opera³. Múltiples han sido las materias que han reverdecido una problemática que no es nueva pero que posiblemente actúe o debería actuar como motor de cambio.

El marco descrito no es satisfactorio y reclama la intervención legislativa, bien para construir un nuevo modelo de protección más acorde con la realidad, bien para modernizar y armonizar la regulación existente, con más éxito que la frustrada reforma que quiso llevar a cabo la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, cuyo dependiente desarrollo reglamentario nunca vio la luz, dejando por tanto la ordenación en su estado original, lo que incluso aconseja –veinticinco años después–, explicaciones aclaratorias constantes sobre la vigencia de la ordenación.

2. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y LA DENOMINADA “SEGUNDA ACTIVIDAD”: DE LA COMPATIBILIDAD A LA INCOMPATIBILIDAD

No es nuevo el debate, en general, sobre la incapacidad permanente total en determinadas actividades profesionales y la denominada “segunda actividad”, así como las decisiones al respecto del Tribunal Supremo. Sí es nueva, en términos conceptuales y de impacto, la decisión del Pleno de

¹ La cita doctrinal sería interminable, baste como muestra muy singular las reflexiones de MONEREO PEREZ, J. L. en el Prólogo del libro que recoge las ponencias y comunicaciones del I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social de 2017 sobre la incapacidades laborales y la seguridad social, y sobre las que insisten FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ o TORTUERO PLAZA en sus respectivas ponencias generales. Así, afirma MONEREO que “La inseguridad sobre el sentido actual de esta prestación no solo derivada del carácter inacabado de la reforma. La incertidumbre pesa también sobre la regulación reglamentaria vigente, por cuanto la existente, además de dispersa y fragmentada, responde al desarrollo de una legislación de seguridad social que ha perdido formalmente su vigencia...Añadiendo la supervivencia de una normativa histórica que, no obstante su obsolescencia, Sigue siendo la llamada en primer término a aplicarse...pág. XXX. Igualmente, se afirma que “La primera impresión de cualquiera que se acerque al estudio de la incapacidad en el ordenamiento español de la seguridad social aparece signada de manera indeleble porque el caos derivado de la coexistencia de normas que se superponen a lo largo de más de 50 años sin orden ni concierto” FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. “El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el sistema español de Seguridad Social”, pág. 37. En similar sentido, “El conjunto de elementos anuncia su complejidad, que no solo afecta a su propia ordenación jurídica sino que se proyecta sobre todos los espacios colindantes. En el ámbito prestacionales vinculado a la incapacidad..., en el ámbito de la coordinación...el frecuente desencuentro con el contrato de trabajo...”, TORTUERO PLAZA, J. L. “Configuración general, acceso y mantenimiento de la incapacidad temporal”, pág. 75; todos ellos en AAVV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum, 2017.

² Un análisis de los criterios de la jurisprudencia unificada desde una óptica privilegiada, puede verse en SEMPERE NAVARRO, A.V. “La incapacidad permanente en la jurisprudencia unificada”, en AAVV *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social...cit. Págs. 623 y ss.

³ De forma gráfica y sumamente expresiva la Sentencia de Pleno 356/2017, de 26 de abril, al referirse a la O.M. 15 de abril de 1969 (Reglamento parcialmente vigente de la incapacidad permanente) afirma que “en manera alguna pueda utilizarse la literalidad de un precepto reglamentario de tal lejana fecha y fuera de su contemporáneo contexto normativo, para excluir -precisamente- interpretaciones y consecuencias derivadas de los principios vigentes en la actualidad, cuales son los de flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012 (RCL 2012, 945) y de racionalización del gasto que inspira la Ley 27/2011 (RCL 2011, 1518 y 1808)”.

la Sala del TS en Sentencia 356/2017, de 26 de abril (RJ 2017/2488)⁴ donde se determina que “el inicio de la pensión por incapacidad permanente total reconocida no puede tener otra fecha de efectos económicos sino la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad”⁵, en definitiva declarando la incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total con la segunda actividad de la Policía Local.

2.1. Los términos del debate pasado, presente y futuro

Nuestro ordenamiento ha desconocido y desconoce la existencia de profesiones con demandas especiales, por ejemplo, en trabajos sobre-exigentes y/o con alta peligrosidad (bomberos o policías) o con especiales condicionamientos cuya carencia impide su ejecución real (deportistas) o conductores de taxi que pierden la licencia, o vigilantes de seguridad que pueden no estar capacitados para portar armas por estar aquejados de epilepsia y repercutir ello sobre las funciones que ejecutan...⁶ siendo los Tribunales los que han ido facilitando reglas⁷.

2.1.1. La “segunda actividad”

Conviene comenzar por identificar el espacio de la denominada “segunda actividad” con la finalidad de valorar los distintos debates que se han producido.

Existen determinadas profesiones [Cuerpo de Bomberos; Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; Policía Municipal...], que para su óptimo desempeño requieren de singulares condiciones psicofísicas que pueden verse alteradas por determinadas circunstancias (cumplimiento de las edades que se determinan para cada escala, disminución de las condiciones psicofísicas para el desempeño de la función...). Por tal circunstancia, las reglamentaciones respectivas de estos cuerpos, tanto a nivel nacional, como autonómico y municipal, disponen el establecimiento de una especial situación la «segunda actividad», que contempla precisamente la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados, excluyendo las requirentes de mayores exigencias y manteniendo aquellas que sean compatibles con su estado psicofísico [particularmente las de tipo auxiliar, apoyo o burocráticas]. Se trata del llamado pase a la «segunda actividad», que comporta el desenvolvimiento de aquellas tareas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero con una carga de exigencias físicas y psíquicas ostensiblemente menor, y que se produce tanto a petición propia concurriendo determinadas causas [singularmente con determinados años de servicio], como por apreciarse oficialmente insuficiencia de aptitudes psicofísicas; especial

⁴ Comentarios puntuales sobre la Sentencia pueden verse en MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. “La incompatibilidad entre la pensión de IPT Y el salario por segunda actividad o el triunfo de la razón, comentario a la STS de 26/4: 2027” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF) 2017, núm. 412 y VIVERO SERRANO, J.B. “La compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total y la realización de trabajo a título lucrativo. Por un nuevo marco jurídico”, en AAVV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Ediciones Laborum 2017.

⁵ Los términos del fallo vienen determinados por la decisión de la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana 1295/2015 de 10 de junio de 2015 (JUR 2015/204111) que fue objeto de recurso. El fallo de la STS determina literalmente que “Confirmar su pronunciamiento respecto de que los efectos iniciales de la pensión por la IPT declarada han de producirse a partir del cese en la segunda actividad”.

⁶ Así los recoge BALLESTER PASTOR, I. “Incidencia de la contingencia determinante de la situación de incapacidad permanente”, en AAVV *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación...* cit. pág. 333.

⁷ Para su declaración no es determinante de forma automática la pérdida o revocación administrativa de la licencia o permiso para ejercer la actividad por motivos psicofísicos (taxista cuenta propia, pilotos, vigilante seguridad, etc.), sino que tal dato deberá ponderarse por el INSS junto con los demás elementos de prueba, ya que en definitiva es a este organismo a quien se le atribuye en exclusiva la competencia para la declaración y calificación de la incapacidad permanente (STS 28/09/2017 [JUR 2017, 264465]). Sobre esta materia, un análisis profundo y exhaustivo en VICENTE PALACIO, M. A. “Prohibiciones administrativas para el ejercicio de algunas profesiones e incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017, págs. 81-110.

estado que comporta el mantenimiento de la situación activa y que igualmente acarrea el devengo básico de la misma retribución.

La amplísima y variada normativa reguladora en virtud de los múltiples ámbitos, suele ser muy similar en la regulación de la “segunda actividad”, concretándose que “... ello (no) supone modificar la escala, ni la categoría en la que está encuadrado el trabajador, como tampoco sus retribuciones, de manera que pasará a desempeñar un puesto de trabajo diferente, pero perteneciente, ya no sólo al mismo grupo profesional, sino a la misma categoría y retribución”.

2.1.2. La calificación de las lesiones

El debate judicial sobre la segunda actividad se ha producido desde situaciones diversas, que conviene distinguir con la finalidad de clarificar los términos del mismo.

En el primer bloque⁸ de decisiones la conformación de la doctrina se centra en la nada sencilla tarea⁹ de determinar las funciones que deben valorarse en la determinación del grado de incapacidad permanente que correspondiera, ante la triple disyuntiva de valorar solo las funciones de la primera actividad, de la segunda actividad o, finalmente, de las funciones que integran ambas actividades. La doctrina conclusiva y reiterada es que «el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden...por ello ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la profesión habitual».

El segundo bloque¹⁰ de decisiones trae su origen en la actividad revisora de la entidad gestora cuando el trabajador (en estos casos bomberos) que tiene reconocida una incapacidad permanente total para su profesión habitual, pasa a desarrollar la segunda actividad, por entender que podría operar la causa de revisión por mejoría. La doctrina que se conforma tiene una triple argumentación, a saber: por un lado, se reitera la doctrina referida “acerca de la valoración de todas las actividades que integran la función y no sólo las inherentes a la segunda actividad”, de forma que “el ámbito de la profesión que hay que tener en cuenta para establecer la valoración de la IP no puede ser la segunda actividad sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad al reconocimiento inicial de la incapacidad”; por otro se reitera también que “la calificación de las incapacidades es independiente de las vicisitudes en el empleo” y finalmente, se afirma que “sólo cabe revisar la IP por mejoría si media variación en la patología determinante del reconocimiento inicial de aquélla”.

En definitiva, las funciones que se deben tener en cuenta para calificar la incapacidad permanente total son las fundamentales de la profesión habitual¹¹ (bombero, policía..) sin que sea

⁸ En este bloque estarían las SSTs 23/02/06 (RJ 2006, 2093) –rcud 5135/04–; 10/06/08 (RJ 2008, 5153) –rcud 256/07–; y 25/03/09 (RJ 2009, 2878) –rcud 3402/07–].

⁹ Como afirma ALVAREZ DE LA ROSA, “En la actual situación, se ve dificultado el camino hermenéutico flexibilizado, capaz de relacionar el concepto de capacidad laboral, profesional, con la actividad del trabajador desde la perspectiva de la movilidad funcional contractualmente exigible al trabajador”, ALVAREZ DE LA ROSA, M. “Incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento”, en AA.VV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación...* cit. pág. 315

¹⁰ En este segundo bloque están SSTs 22/05/12 (RJ 2012, 6687); 02/07/12 (RJ 2012, 9289); 04/07/12 (RJ 2012, 9586; 10/07/12 (RJ 2012, 9590) 24/07/12 (RJ 2012, 10272); 02/11/12 (RJ 2012, 10725) ; 04/12/12 (RJ 2013, 1403) ; y 16/10/12 (RJ 2012, 10700).

¹¹ La identificación de las “funciones” no es tan sencilla, como pone de manifiesto BALLESTER. “La fuente de donde se extrae la conexión entre profesión y funciones suele ser, generalmente, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, el Convenio colectivo. Pero puede acudir también a los estudios preventivos elaborados en materia de prevención en relación a los puestos de trabajo que se desempeñan, o los organigramas. En cualquier caso, ante la falta de datos suficientes para que el organismo evaluador (EVI), o en su caso, el órgano judicial, adopten una conclusión, debe requerirse a la empresa (mercantil) o al mismo trabajador (autónomo), que aporten datos para poder resolver la cuestión de la forma más adecuada. Superado el obstáculo anterior –hay ocasiones en las que falta en los convenios colectivos la delimitación exacta de los puestos y/o funciones a realizar– esta delimitación es igualmente compleja si nos encontramos con trabajadores que simultanean varias actividades o bien trabajan de forma sucesiva en actividades con características bien distintas –siendo, por ejemplo, contratados a través de (...)

obstáculo para ello el reconocimiento de una situación de segunda actividad, o el hecho de que las tareas desempeñadas en ella sean de carácter liviano y sedentario o de índole administrativa.

2.1.3. Las limitaciones procesales y la necesidad de ordenar el debate y unificar la doctrina: un precedente relevante

Sin perjuicio del análisis que realizaré más adelante al hilo de la doctrina de la sentencia de Pleno 356/2017, lo cierto es que todos los elementos hasta ahora analizados incorporan limitaciones que van actuando como condicionantes unos de otros. Por un lado, la ordenación jurídica de la segunda actividad ofrece una radiografía de confusión en la medida en que ni todo cambia, ni todo permanece, así, la funciones son otras pero no se separan radicalmente –pueden reclamarse las de la primera actividad–, mantienen el mismo grupo profesional, la categoría, la retribución... Por otro lado, la calificación, sea cual sea el lugar de partida como hemos visto, siempre se efectúa sobre el conjunto de funciones de primera y segunda actividad, por la básica razón de que si pivotara sobre la segunda no habría declaración de incapacidad permanente total. Esto último finalmente, condiciona la aplicación del régimen de compatibilidades, en el sentido de que la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual con el salario no puede ser por el desarrollo de funciones que estuvieron presentes en la valoración de la incapacidad y lógicamente formaron parte de la misma, como ocurre con la integración de la primera y segunda actividad.

A pesar de las limitaciones que imponen los parámetros procesales, lo cierto es que la lógica del debate impone la diferenciación de situaciones, como hace con acierto, en el doble espacio procesal y sustantivo, la Sentencia de Pleno 356/2017, de 26 de abril, situando el debate en el espacio de la compatibilidad o incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la realización de la segunda actividad.

Para tal determinación el Tribunal debe resolver la ineludible exigencia de concurrencia de contradicción y lo hace en términos realmente necesarios y lógicos, pero muy flexibilizadores de su doctrina – como recoge el voto particular¹²– al decidir que “aunque es innegable que el examen de la cuestión se hace desde una diferente óptica de partida [funciones valorables para la declaración de IPT/funciones compatibles con la prestación por IPT] e incluso en un marco procesal diverso [reconocimiento inicial/revisión de oficio], en todo caso no se nos ofrece duda de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida [compatibilidad entre la IPT y la «segunda» actividad] y diversidad en la solución [incompatibilidad en la recurrida/compatibilidad en la decisión de contraste], determinante de que apreciamos la necesaria contradicción en los pronunciamientos”.

diferentes contratos temporales– o existiendo un período de tiempo considerable entre el desempeño de estas actividades. En estos casos suele atenderse a cuál es la actividad que ha sido tenido en cuenta a efectos del reconocimiento de la IPT, algo que –nuevamente– ha de valorarse y delimitarse a la vista de las circunstancias que concurren en cada caso”. BALLESTER PASTOR, I. “Incidencia de la contingencia determinante de la situación de incapacidad permanente”, en AA.VV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación...* cit. pág. 333.

¹² En el voto particular formulado por el Magistrado D. Jordi Agustí Juliá, al que se adhieren las Magistradas D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga y D^a Rosa María Virolés Piñol, al referirse a la exigencia de contradicción entre sentencias afirma que: “Es decir, que admitiendo expresamente la mayoría de la Sala, que el examen de la cuestión se efectúa desde una diferente óptica de partida e incluso en un marco procesal diverso, llega a la conclusión de que existe unidad sustancial en la cuestión debatida y diversidad en la solución, lo que es “determinante” –se dice– de que apreciamos la necesaria contradicción en los pronunciamientos. Más bien parece, que lo que es relevante para la mayoría de la Sala, es la “necesidad” de establecer una nueva doctrina, al margen de la identidad de las controversias, lo que resulta contrario a la doctrina “clásica” de esta Sala sobre la contradicción, contenida en tan gran número de sentencias que hacen ociosa su concreta cita. Dicho esto, para sostener la posición que mantuve en la deliberación, me congratulo de que, aun si expresarlo, la posición mayoritaria opte por dar esta “flexibilidad” al requisito de la contradicción, a los efectos de establecer la doctrina que se estima correcta, contrariamente a lo que venía manteniendo en casos análogos (véase al respecto la reciente sentencia del Pleno de 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1644) rcud 1746/2015) y su voto particular”.

De esta forma el Tribunal se libera de las ataduras procesales y procede al análisis, valoración y conformación de doctrina de todos los elementos de confluyen, como iremos analizando.

2.1.4. El carácter sustitutivo de rentas de la pensión y la incompatibilidad con el propio trabajo.

En términos de racionalidad y coherencia, incluso con carácter pedagógico, habría que decir –como hace el TS– que por definición existe un principio básico, esto es, la absoluta incompatibilidad entre la prestación a la IPT debida y el desempeño de la misma profesión para la que se proclama la incapacidad; pues no hay que olvidar que la pensión de IPT se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la profesión habitual del trabajador, por lo que entre éste y aquélla existe “una incompatibilidad esencial”. La pensión de incapacidad total tiene, por tanto, 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 de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez»¹³.

Por ello, concluye el Tribunal afirmando que “puede mantenerse con toda lógica –como se ha dicho– que la inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT. Y esta incontestable incompatibilidad entre la declaración de IPT y el desarrollo –bien por persistencia, bien por reanudación– de la misma profesión, requiere en su aplicación –de un lado– previa definición de la «profesión habitual» y comporta –de otro– la consecuencia de determinar los efectos iniciales en el devengo de la pensión”.

2.1.5. La profesión habitual como condicionante de la calificación y de la compatibilidad

Como no podía ser de otra forma el elemento central de la controversia pasa por la necesidad de determinar el significado y contenido de la “profesión habitual”¹⁴ que constituye la piedra angular del sistema de calificación profesional¹⁵

El Tribunal parte de dos consideraciones. La primera, que la concreción de incompatibilidad absoluta con el trabajo pasa ineluctablemente por el enunciado de reglas precisas que permitan la certera identificación de la profesión habitual en cada caso. La segunda, la reiteradísima afirmación acerca de que “la definición legal (es) ciertamente imprecisa”. Pues bien, partiendo de tal insuficiencia normativa, el Tribunal Supremo más que cerrar y precisar la «definición legal», ha optado por la concreción negativa del término, en el bien entendido de focalizar la cuestión en lo que no merece la consideración de profesión habitual. Así, se ha admitido con rotundidad que la

¹³ STS 18/01/02 (RJ 2002, 2681).

¹⁴ La necesidad de cambio en la ordenación, las valoraciones críticas y la falta de adaptación a la realidad social son constantes. Así, por ejemplo, ÁLVAREZ CORTÉS afirma que “...es necesario un cambio o revisión legal ya que en el Marco de la contratación laboral, contar con una profesión habitual se ha convertido poco menos que un privilegio especialmente entre los trabajadores de edades más jóvenes”, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. “Sobre la incapacidad permanente y la profesión habitual”, en AAVV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*. cit. pág. 378; RIVAS al afirmar que “El concepto de profesión habitual no se adecúa a la realidad social actual existiendo una contratación temporal mayoritaria, pudiendo existir casos en los que aparecen verdaderos saltos entre profesiones.” RIVAS VALLEJO, P., “La profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente: un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo”, en, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 17, 2007. Una aproximación de contenidos dentro de su complejidad en FÁBREGA MONFORT, G. “La Profesión habitual, determinante de la incapacidad permanente total”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2005, BIB 2005/1340.

¹⁵ (STS de 10/10/2011 (RJ 2011, 7269) que recoge la reitera la doctrina de la Sala Cuarta (SS de 12/2/2003, 28/2/2005, 10/6/2008 (RJ 2008, 5153), 23/2/2006 (RJ 2006, 2093) y 25/3/2009). Sobre la materia es obra clásica la de ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M. *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, edit. Civitas 1982.

profesión habitual no es identificable con el «grupo profesional»¹⁶; pero que tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional»¹⁷, sino “en relación con aquellos cometidos que el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle atendiendo a la movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional”¹⁸.

2.1.6. La incompatibilidad como doctrina conclusiva del TS

Ya hicimos referencia aproximativa a la segunda actividad, cuyo contenido y naturaleza llevan al Tribunal a afirmar que “... el Policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de Policía, siquiera limitando sus funciones a las menos gravosas de entre todas las que le correspondan a su categoría, y a la par mantiene sus correlativos ingresos como Policía local en activo, es consecuencia obligada de ello entender que persiste en el ejercicio de la misma profesión y que el mantenimiento de su retribución es incompatible –por definición y en la legislación aplicable a la fecha del hecho causante– con una pensión de IPT que tiene naturaleza de renta sustitutiva de salarios dejados de percibir”.

En la conclusión, afirma el Tribunal, no solo está “el significado finalista de la protección por IP, sino que esa situación de compatibilidad pensión/salario parecería escasamente justificable tanto frente a otros compañeros en la misma situación de segunda actividad, pero generada por el cumplimiento de la edad [55 años en el caso], como respecto de los que se encuentran la primera actividad y mantienen el trabajo más exigente de la profesión”. Por tanto, la lógica más elemental se opone a que pueda percibir pensión por incapacidad para ser Policía local quien mantiene esa condición profesional, realiza los cometidos propios de ella –en primera o segunda actividad– y por tal actividad recibe la correspondiente retribución.

2.2. El impacto de la reforma del artículo 141.1 del TRLGSS/94 operada por la Ley 27/2011

2.2.1. La ubicación de la reforma

La importante y consensuada reforma del 2011, incorporó una nueva redacción al artículo 141 del TRLGSS/94¹⁹. Veamos cual ha sido el tránsito de la ordenación hasta el vigente artículo 198.1 TRLGSS/15.

La redacción original del precepto establecía que “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 empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente”.

Por su parte, la reforma operada por la Ley 27/2011 estableció que “En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda

¹⁶ STS 28/02/2005 (RJ 2005, 5296).

¹⁷ SSTs 27/04/2005 (RJ 2005, 6134); 25/03/2009 (RJ 2009, 2878) y 26/10/2016 (RJ 2016, 5416).

¹⁸ STS 26/10/2016 (RJ 2016, 5416).

¹⁹ Análisis sobre el alcance de la reforma en PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J. «La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: del Estado del bienestar al Estado asistencial», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel), 2012, núms. 29-30, OLARTE ENCABO, S. «Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico-positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial», *Aranzadi Social* nº 4/2012. GALA DURÁN, C. «La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las prestaciones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011», en *Temas Laborales*, 2013; ARAGÓN GÓMEZ, C. «La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente», en (MERCADER DIR.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013, entre otros.

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”.

Finalmente, el artículo 198.1 del TRLGSS/15, establece que “En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”

En todas las ordenaciones referidas es común el reconocimiento de la compatibilidad de la pensión vitalicia con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta²⁰. La singularidad incorporada por la Ley 27/2011 y lógicamente recogida en el vigente artículo 198.1, es la afirmación determinante: “...siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”. Repárese en que tal afirmación vino a sustituir la vieja remisión al texto reglamentario contemplada en la norma reformada, que remitía “...con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente”, procedente del artículo 138.1 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.

No obstante el acierto de la reforma al incorporar los términos de la compatibilidad en la Ley y aclarar su alcance y contenido, no parece que la novedad sea sobresaliente; o quizás refleja la complejidad de su ordenación; o tal vez responda a la verificación de una mala práctica en la aplicación de la norma reglamentaria (OM 15 de abril de 1969); o quizás a todas las razones en su conjunto. En todo caso, es absolutamente razonable entender que la pensión percibida por no poder desarrollar determinadas funciones inherentes a la profesión habitual (así se llama el grado, incapacidad permanente total para la profesión habitual) no puede ser compatible con el salario procedente de desarrollar las mismas funciones. Bienvenida pues la aclaración y la elevación de rango normativo.

Lo expuesto hace presumir que el alcance de la reforma no hace necesarias explicaciones adicionales, tanto por el precepto en sí mismo, como por la amplitud, complejidad y calado de norma reformadora en la que se integra. Sin embargo, la explicación o aclaración al contenido de la reforma figura, de forma curiosa pues utiliza el elemento ejemplificativo –lo que ya dice bastante–, en la Exposición de Motivos de la Ley. Así, se recoge lo siguiente: “Asimismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad”.

Podíamos deducir del contexto referido, que el elemento ejemplificador pretende constituirse en el vector direccional de la reforma o, dicho de otra forma, que la realización de la “segunda actividad” está dentro de la delimitación de funciones o actividades distintas, que permiten la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total y el salario. Sin embargo, como hemos visto esto no es así, tanto en términos de diferenciación de la segunda actividad en sus respectivas regulaciones, como en términos de calificación, donde es doctrina reiterada del TS que la misma integra las funciones de la primera y segunda actividad.

²⁰ Y así era planteado por la doctrina, al afirmar que “Habida cuenta de la referencia normativa a una inhabilitación para la realización de todas o las fundamentales tareas de la profesión habitual, “siempre que pueda dedicarse a otra distinta”, cabe inferir que la regla general viene dada por la compatibilidad, y la excepción por la incompatibilidad referida a las tareas que constituyen el núcleo funcional del trabajo anterior en virtud del cual le fue concedida la prestación por incapacidad permanente total. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. “El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el sistema español de Seguridad Social”...cit. pág. 48.

La técnica jurídica no es acertada a nuestro juicio, en el sentido de que a través de la Exposición de Motivos de una Ley se condicione o dirija la interpretación de un precepto²¹. Si el legislador, con o sin razón, pretendía poner fin a la problemática de la segunda actividad²² y la pensión de incapacidad permanente total, quizás hubiera sido preferible la remisión a la ordenación reglamentaria y el establecimiento transitorio de la compatibilidad (...en tanto se procede a la ordenación reglamentaria...) en una disposición transitoria. Como veremos seguidamente el condicionante de la Exposición de Motivos tuvo efectos negativos y fue frontal y enérgicamente rechazado por el Tribunal Supremo.

2.2.2. La posición del Tribunal Supremo respecto de la reforma operada por la Ley 27/2011

Nuevamente el TS elimina todos los posibles obstáculos que impidieran su pronunciamiento, tanto respecto a la vinculación de la norma aplicable al momento del hecho causante, que dejaría fuera la aplicación de la reforma, como por la falta de alegación sin que a lo largo de la exposición de la infracción se haga por el recurrente tan siquiera mención o referencia –ni directa ni indirecta– a la indicada Ley 27/2011 y su posible interpretación. Como se afirma en el Voto Particular “más bien parece, que lo que es relevante para la mayoría de la Sala, es la “necesidad” de establecer una nueva doctrina...”.

Sin perjuicio de otras argumentaciones y valoraciones, conviene destacar el núcleo central argumental que permite al TS soslayar los impedimentos aludidos. Por lo que refiere a la norma aplicable, el Tribunal afirma que “como el derecho a pensión es de tracto sucesivo y como tal puede/debe verse afectado por las vicisitudes normativas que se refieran a la dinámica de su devengo, tampoco cabe duda que la reforma del art. 141 TR LGSS/1994 (RCL 1994, 1825) (hoy art. 198.1 TRLGSS/2015) por la Ley 27/2011 pudiera incidir en la cuestión de que se trata, pese a que la norma inicia vigencia con posterioridad al HC”. Por lo que refiere a la falta de alegación y exposición de la norma infringida, el Tribunal afirma que “en buena técnica procesal bien pudiera entenderse que no procede estudiar la aplicación de oficio la referida norma –nuevo art. 141 LGSS– a un HC anterior como el de autos, pues así la impondrían el carácter extraordinario del recurso de casación y la consiguiente imposibilidad de que la Sala auxilie en la construcción del mismo,

²¹ Así lo recoge VIVERO al constatar que el Tribunal “...reacciona frente al desafortunado propósito expresado por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 27/2011...” VIVERO SERRANO, J. B. “La compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total y la realización de trabajo a título lucrativo. Por un nuevo marco jurídico” ... cit. Pág. 489.

²² La explicación es aportada por TRILLO que la narra de la siguiente manera: “La redacción del apartado primero del artículo 141.3 TRLGSS se establece a raíz de la aprobación de la enmienda n.º 188 del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergencia i Unió, que se justifica en los siguientes términos: “*Mejora técnica. Se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad permanente total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa como en otra distinta como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad, como pueden ser bomberos y policías*”. El precepto, lejos de configurarse como restrictivo, pretende precisamente el efecto contrario, ampliar el ámbito de compatibilidad de los pensionistas de incapacidad permanente total a costa de reducir la funcionalidad de la profesión habitual a la del puesto de trabajo. A este respecto hay que tener en cuenta que la modificación coincide temporalmente con el periodo de resolución de una serie de recursos de casación interpuestos por bomberos de la Generalitat de Cataluña en reclamación de la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente total con el ejercicio de la segunda actividad como bombero, en un momento en el que el Tribunal Supremo había señalado en su sentencia de 23 de febrero de 2006 (recurso 5135/04) que este tipo de profesiones englobaban en el concepto de profesión habitual las labores que constituían tanto la primera como la segunda actividad. En estos casos, en los que a determinados bomberos se les reconoció la pensión de incapacidad permanente total como bombero que realizaban actividades de riesgo, y tras su reconocimiento la Generalitat les pasó a segunda actividad compatibilizando la pensión con el trabajo en segunda actividad, el INSS procedió a la revisión por mejoría al poder realizar funciones que se consideraron para la calificación de la incapacidad permanente”. TRILLO GARCÍA, A. R. “Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total”, en AAVV *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación...* cit. Pág. 1064.

aplicando un derecho sustantivo omitido en la denuncia; sin embargo, de un lado apurando la tutela judicial podemos entender con la mayor flexibilidad que la denuncia se halla implícita en las referencias que se hacen a aquellos de nuestros precedentes en los que sí se hace mención –sin valoración alguna, por cierto– a la reforma operada por la Ley 27/2011, y de otro tampoco parece claro que esa aplicación del precepto relativo a la dinámica del derecho no debiera realizarse de oficio; pero de todas formas –y esta es la conclusión– la aplicación de tal norma al caso de autos tampoco llevaría/lleva al éxito del recurso”.

Eliminados los posibles obstáculos procesales y en la intención de pronunciarse respecto de todos los parámetros que enmarcan la ordenación jurídica –muchos ya han sido analizados en epígrafes anteriores–, el Tribunal realiza una valoración secuencial de los elementos que integran la reforma, incluida la aclaración de la Exposición de Motivos de la Ley, y al tiempo de conjunto al interrelacionar los distintos preceptos que ordenan la incapacidad permanente.

En una primera valoración, realizada en términos similares la que hemos planteado en el análisis de la reforma, el Tribunal afirma que, es innegable que la redacción del art. 141.1 TRLGSS/94 –hoy art. 198.1 TRLGSS/15– tras su modificación por el art. 3 de la Ley 27/2011, de 1/Agosto, en su estricta literalidad no parece innovar nada trascendente en lo que toca al planteamiento básico de incompatibilidad pensión/salario en la misma profesión que más arriba hemos sostenido [FJ Tercero.2], siendo así que admite su percepción simultánea «... siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total», y la referencia legal bien pudiera entenderse alusiva –así lo impone el componente lógico/sistemático que debe imperar en la exégesis– a la coincidencia de «funciones» entre profesiones diversas, tal como impone la intelección del precepto en relación con la definición de IPT que previamente hace el art. 137.

Sin embargo y como también hemos apuntado, la observación de la norma desde la Exposición de Motivos²³ produce una disfunción, o como dice la Sentencia, la lectura realizada se ensombrece si se atiende a la Exposición de Motivos. Ante tal situación y en desarrollo de la valoración secuencial y de conjunto a la que nos referíamos, el Tribunal abre todo un abanico argumentario que le permita un pronunciamiento acorde con el planteamiento de la incompatibilidad y que el voto particular califica de *contra legem*. Así, en el mismo se afirma de forma conclusiva que “en definitiva, a una modificación legislativa –nueva redacción del artículo 141.1 de la LGSS dada por la Ley 27/2011–, la mayoría de la Sala opone su particular interpretación que, como he anticipado, solo puede calificarse como “*contra legem*”, en cuanto niega clara, lisa y llanamente la compatibilidad que la Ley reconoce expresamente...”²⁴.

Lo inaudito de la calificación aconseja tener presente la argumentación utilizada por la Sentencia, en los siguientes términos:

a).- Que la reforma no alcanzó al art. 137LGSS/94 –hoy todavía vigente, por aplicación de la DT Vigésima Sexta TR/20015– y el concepto de IPT que la misma define es el tradicional, de aquella que «inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que el sujeto pueda dedicarse a otra distinta».

b).- Que, por ello, el legislador mantiene el referido concepto general de IPT y por lo tanto conecta tal grado incapacitante con los cometidos laborales propios de la profesión –los que el

²³ “Asimismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la realización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad”.

²⁴ Continúa afirmando el voto particular “...sobre la base -como expresamente se afirma- de distintas consideraciones : desigualdad, privilegios de determinados colectivos, racionalización del gasto, flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, etc., llegando a cuestionar, incluso su constitucionalidad, sin que no obstante -como resultaría obligado- se razone sobre la posible aplicación por la Sala del artículo 5.2 de la LOPJ”.

trabajador afectado está obligado a realizar conforme al «ius variandi» empresarial– y no con las concretas funciones ejercidas.

c).- Que no parece admisible –y menos desde la perspectiva del principio de igualdad, según veremos– la coexistencia de dos conceptos diversos de IPT, uno para su reconocimiento y de aplicación general [art. 137] y otro a efectos de compatibilidad con el salario y de exclusiva aplicación a determinados colectivos [art. 141].

d).- Que el entendimiento de la norma en los referidos términos –que rechazamos– de coexistencia de conceptos diversos de IPT, que ciertamente pudieran inferirse de la indicada referencia que se hace en la EM, comportaría –señala la doctrina– un privilegio sin ninguna justificación razonable para los citados colectivos, los que en situación de IPT tienen garantizado un nuevo puesto de trabajo en la misma categoría y con las mismas retribuciones, dada la finalidad de la pensión de sustituir las rentas de activo.

e).- Que ello es, además, no sólo contrario a la ya referida progresiva flexibilidad funcional perseguida por la Ley 3/2012, sino también opuesto a la lógica de la también aludida racionalización del gasto que inspira la misma Ley 27/2011.

f).- Que tampoco es prescindible la idea –común en autorizada doctrina– de que la IPT tiene una cobertura «excesiva» cuando los beneficiarios continúan en activo y contrariamente comporta una innegable infraprotección cuando no encuentran nuevo empleo.

Bajo todas estas consideraciones, concluye el Tribunal afirmando que “creemos que la novedosa regulación legal ha de ser objeto de una interpretación sistemática, en la que primando una exégesis que atienda a la obligada búsqueda de la deseable igualdad y atendiendo a la conveniente lectura finalista de la norma [el objeto de la prestación es ser substitutiva del salario perdido], nos lleva a entender el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación sin contradecir el conjunto inmodificado de la regulación legal, cual es que la referencia legal alude –como dijimos arriba– a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma; y, además, que la expresión «...funciones ... que dieron lugar» a la IPT ha de entenderse referida a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología, tal como la Sala ha venido entendiendo que procede hacer al calificar la posible IP en las profesiones con «segunda actividad» [nos remitimos a los precedentes arriba citados, en el punto «2» del FJ Tercero]. En otras palabras, la necesaria interpretación sistemática por fuerza nos lleva –utilizando terminología tradicional– a atribuir prevalencia a la «mens legis» frente a una hipotética o posible «mens legislatoris», siendo así que ésta –la que en su caso pudiera inducirse de la EM– colisionaría con diversos preceptos de la institución legal a la que se refiere y distorsionaría su correcto funcionamiento. Aparte de que la supremacía de la Constitución sobre la Ley –unánimemente declarada desde la STC 9/1981, de 31/Marzo (RTC 1981, 9)– determina que los órganos judiciales deban rechazar «toda regla hermenéutica que conduzca a un resultado opuesto a los valores y mandatos constitucionales... O lo que es igual, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la CE y otra no, la que debe admitirse es la primera»...; y ya hemos visto más arriba que esa interpretación en cierto modo propiciada por la EM se opone en no escasa medida al principio de igualdad –el tratamiento privilegiado a determinados colectivos ni se presenta justificado ni tampoco se pretende justificar–, por lo que debe imponerse un entendimiento del precepto –art. 141– que no solamente es más respetuoso con el principio constitucional, sino que es el único coherente con el concepto –mantenido– de IPT que con carácter general define la propia Ley en su art. 137 y por ello es también precisamente el que permite el normal funcionamiento de la institución de IP”.

En definitiva, se establece como doctrina la declaración de incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y la segunda actividad en los términos de la sentencia, el inicio de la pensión por IPT reconocida no puede tener otra fecha de efectos económicos sino la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad.

Sin duda la interpretación rígida de la norma –al margen de la situación que resuelve– al determinar que, “...nos lleva a entender el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación sin contradecir el conjunto inmodificado de la regulación legal, cual es que la referencia legal alude a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma...”, no solo se sitúa en un espacio de contracorriente con una generalizada admisión de compatibilidad entre pensión (IPT, IPA y GI) y trabajo, sino que dificulta seriamente la compatibilidad de la pensión de IPT con el trabajo²⁵.

2.3. De la oportunidad y consecuencias de la doctrina del Tribunal Supremo

Conviene destacar de la mano del voto particular dos cuestiones que tienen cierto interés. Por un lado, advierte del impacto de la doctrina general adoptada, cuyo alcance afirma es sin duda muy importante, dado el número de colectivos de trabajadores a que puede afectar, tanto aquellos que prestan servicios en Administraciones Públicas, como aquellos otros que los prestan en empresas privadas y tienen regulada la cuestión de la “compatibilidad” en los Convenios Colectivos. Por otro lado y vinculado al anterior, se niega la existencia de una alarma social de la que resultare la necesidad de efectuar una interpretación tan negativa de la compatibilidad/incompatibilidad de la pensión por Incapacidad Permanente Total con el trabajo, como la que lleva a cabo la mayoría de la Sala, por lo que, la solución al caso planteado ante la Sala no exigía –desde luego– una interpretación de carácter general, sino sencillamente examinar a la vista de los hechos declarados probados, si la demandante –aquí recurrente– reunía los requisitos para percibir la pensión por Incapacidad Permanente Total y al propio tiempo desarrollar una “segunda actividad” como Policía Local.

Como hemos visto en las reflexiones efectuadas en epígrafes anteriores, la complejidad y confusión con enlaces vinculantes proceden de distintos órdenes. La ordenación generalizada de la segunda actividad impone múltiples condicionantes en la medida que no desvincula la segunda actividad de la condición profesional, dificultado la calificación de la incapacidad total. Estas dificultades fueron salvadas por la doctrina del TS mediante la calificación de las funciones globales, ya fuera instada desde la segunda o desde la primera actividad, lo que conforma un callejón sin salida. El último eslabón procede de la reforma operada por la Ley 27/2011, que parecía diseñada *ad hoc* para determinar la compatibilidad de la pensión de IPT con la realización de la segunda actividad para quienes así lo tienen reconocido, siempre que la lectura del precepto se hiciera a través de la Exposición de Motivos, lo que es impropio en términos de técnica jurídica.

La complejidad de la situación ya ha tenido su impacto en la gestión de la incapacidad permanente, como queda reflejado en el Criterio de gestión de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, 15/2018, de 13 de junio: ampliación del criterio n.º 13/2017, sobre incompatibilidad entre la pensión para la profesión habitual y la situación de «segunda actividad» establecida en la normativa reguladora de la relación de servicios de determinados funcionarios públicos.

En el criterio de gestión n.º 13/2017, el Instituto Nacional de la Seguridad Social asumió la doctrina unificadora sentada en la sentencia n.º 356/2017 de 26 de abril, por el Pleno de la Sala de lo

²⁵ Así lo ha planteado VIVERO al afirmar que: “A la vista de que el contexto en cuestión, por diversas razones no siempre coherentes y respetuosas con el capital principio de sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, se muestra progresivamente favorable a la compatibilidad entre la percepción de la pensión que sea y el desempeño de trabajo a título lucrativo, puede decirse que la reciente sentencia del Pleno del Supremo de abril de 2017 nada contracorriente. De hecho, no solo cierra las puertas de la compatibilidad entre la pensión por IPT y el pase a la llamada segunda actividad de determinadas profesiones, ... sino que, tal y como ya se ha visto, permite aparentemente extender la incompatibilidad al desempeño de profesiones distintas de la habitual en caso de que entre las funciones fundamentales de la profesión habitual y las funciones fundamentales de la profesión formalmente distinta que se pretenda compatibilizar con la pensión por IPT exista coincidencia material”. VIVERO SERRANO, J. B. “La compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total y la realización de trabajo a título lucrativo. Por un nuevo marco jurídico”...cit. Págs. 589-590.

Social del Tribunal Supremo (recurso n.º 3050/2015), en cuya virtud se establece la incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual y la situación de segunda actividad establecida en la normativa reguladora de la relación de servicios de determinados funcionarios públicos. La segunda actividad se halla integrada en la situación de servicio activo en el cuerpo de que se trate, persistiendo en el ejercicio de la misma profesión. En consecuencia, el mantenimiento de la retribución correspondiente a la situación de segunda actividad es incompatible con una pensión de incapacidad permanente total.

A partir del planteamiento general referido, comienzan a realizarse las distinciones y problemas asociados dependiendo del momento de actuación, así:

-En los casos en que la calificación de la incapacidad permanente se efectúe desde la situación de segunda actividad, procede tomar en consideración ese concepto amplio de profesión habitual, incluyendo esta segunda actividad, para determinar si existe incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual.

-Sin embargo, la aplicación de esta doctrina en el momento de la calificación de la incapacidad permanente, cuando esta se efectúa desde la primera actividad, resulta ciertamente complicada, pues esta entidad gestora, aun conociendo que en el estatuto jurídico del funcionario público del que se trate existe una previsión de que pueda ser destinado a una segunda actividad, desconoce la existencia o no de puestos disponibles adecuados al estado del trabajador, o la obligación de ofrecer dichos puestos. De ahí que, en tales casos, a efectos de calificar el grado de incapacidad permanente este Instituto sólo puede tener en cuenta las funciones de la actividad principal que viene desempeñando el interesado, sin valorar las propias de la segunda actividad a la que, de acuerdo con su estatuto profesional, puede ser destinado.

-Una tercera situación se suscita cuando el interesado, después de ser declarado en incapacidad permanente total, pasa a realizar esa segunda actividad. En aplicación de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 el interesado persistiría en el ejercicio de la misma profesión para la que se calificó la incapacidad permanente, por lo que no cabe sino afirmar la incompatibilidad entre el reconocimiento del indicado grado de incapacidad y el desempeño del referido puesto. En consecuencia, en estos supuestos el modo de proceder será el que se indica a continuación:

1º. Se iniciará el procedimiento establecido en el Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social, a efectos de comprobar si ha habido o no alteración del cuadro patológico inicial que pueda ser determinante de la revisión del grado originariamente reconocido.

2º. Si el correspondiente Equipo de Valoración de Incapacidades (o Comisión de Evaluación de Incapacidades) propusiera la confirmación del grado reconocido, se pronunciará igualmente acerca de la capacidad profesional del pensionista y del probable error cometido en la inicial calificación al no haber contemplado, entonces, el desempeño de la segunda actividad.

3º. A través de la correspondiente resolución administrativa se confirmará el grado de incapacidad permanente y se presentará demanda judicial al amparo de lo previsto en el artículo 146.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, solicitando la modificación del acto administrativo de reconocimiento de la pensión por error en la calificación del grado de la incapacidad permanente, con reclamación del derecho al reintegro de las cantidades percibidas indebidamente que no se encontraren prescritas.

Los criterios que modularan la actuación de la entidad gestora competente en materia de incapacidad permanente anuncian a nuestro juicio que, a pesar de la voluntad del Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo en poner orden y ratificar la incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario de la segunda actividad, la conflictividad se multiplicará y con ellas las futuras decisiones del Tribunal.

Parece clara la necesaria intervención legislativa como anunciábamos en la introducción que quizás debería abandonar las reformas puntuales y afrontar una reforma global de la incapacidad permanente.

3. LA INCAPACIDAD PERMANENTE POR CONTINGENCIA PROFESIONAL Y OTRAS PENSIONES: DE LA INCOMPATIBILIDAD A LA COMPATIBILIDAD

Desde la ruptura del mandato universal del régimen de incompatibilidades de pensiones y su consideración de reglas internas de cada régimen, unido a la hegemonía de las reglas de cada régimen, los supuestos de compatibilidad de pensiones se han multiplicado, incluso forzando las reglas de la lógica.

La doctrina judicial que analizamos abre una nueva brecha en la estructura funcional del sistema de pensiones, al vincular la exención de periodos previos de cotización en las pensiones derivadas de contingencias profesionales al régimen de compatibilidad de pensiones. A este escenario se unirán las pensiones derivadas de accidente no laboral (ya tenemos algún antecedente), que gozan de la misma exención desde la reforma de 1972.

Curiosamente esta tendencia derivada no ha tenido respuesta legislativa, simplemente se pagan más pensiones.

Aunque el incremento de gastos sería suficiente para justificar una reforma legislativa, adquieren relevancia los elementos de claridad normativa y seguridad jurídica, toda vez que, con una legislación estable –aunque incompleta e imperfecta–, la ruptura del principio de pensión única y la proliferación de supuestos de compatibilidad responde exclusivamente a criterios jurisprudenciales.

Finalmente resulta difícil encajar la doctrina judicial con las dificultades financieras del sistema que ponen en peligro su viabilidad y los esfuerzos de consenso político y social para buscar soluciones. Igualmente es difícil entender la falta de respuesta legislativa.

3.1. El riesgo profesional y la no exigencia de periodo previo de cotización como elemento constitutivo: el antecedente

La sentencia que está en el origen, salvo error u omisión, de la controversia es la del Tribunal Supremo de 10 mayo 2006 (RJ 2006\7989²⁶), que declaró la compatibilidad de la pensión de jubilación de Clases Pasivas y de incapacidad permanente del Régimen General derivada de enfermedad profesional, utilizando como base principal de su argumentación que las prestaciones derivadas de riesgo profesional están exceptuadas de período previo de cotización.

Para llegar a la referida conclusión el Tribunal Supremo utiliza un hilo argumental, cuando menos complejo, donde se entremezclan las reglas de cómputo recíproco de cotizaciones y las de compatibilidad e incompatibilidad de pensiones.

El punto de partida es planteado con claridad por el Tribunal, a saber, “determinar la incidencia que en la regla general de incompatibilidad de las prestaciones posee la circunstancia de que, en una de ellas, la que se reconocería con cargo a la Seguridad Social, no precise de ninguna cotización como elemento constitutivo. Tal sucede con las prestaciones por invalidez permanente

²⁶ El demandante, a lo largo de su vida laboral, cotizó veintiocho años y veintiséis días al régimen de clases pasivas por los servicios prestados para Correos, seis años al Régimen Especial Agrario y un año y treinta y cinco días al Régimen General.

El demandante obtuvo el 1 de octubre de 2001 el reconocimiento de una pensión del Régimen de Clases Pasivas y con efectos del 13 de diciembre de 2002 fue declarado afecto de Incapacidad Permanente Absoluta derivada de enfermedad profesional. La totalidad de las cotizaciones causadas (25 años, 8 meses y 5 días al Régimen de Clases Pasivas por los servicios prestados a Correos, 6 años al Régimen Especial Agrario y 2 años, 2 meses y 5 días al Régimen General) fueron computadas para obtener la pensión en el Régimen de Clases Pasivas. Ambas pensiones se declararon incompatibles

derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, con arreglo al artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social (hoy art.165.4) para las que no es necesario un período previo de cotización”.

El segundo paso es situar la norma aplicable, que para el Tribunal no es otra que la regla establecida por el artículo 5.1º del Real Decreto núm. 691/1991, de 12 de abril. El referido precepto establece que: “Reconocida una pensión por el Órgano o la Entidad gestora de un régimen, si el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido para el derecho a aquélla, o la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o ambas cosas, hubiese dependido de las cotizaciones computadas de otro régimen, tal pensión será incompatible con otra que la misma persona hubiera causado o pudiera causar en este último”.

Parece que para el Tribunal la norma no es clara y se adentra en una serie de argumentaciones trayendo a colación el régimen singular de la pluriactividad.

“Para establecer la correcta interpretación del precepto debe partirse de la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social española. Este sistema posee distintas normas que lo configuran, en unos casos para definir el quantum de lo exigible, es decir, el número de cotizaciones precisas para acceder a las prestaciones cuando éstas son elemento contributivo como es la regla general. La misma naturaleza contributiva determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas, así, en la Disposición Adicional Trigésimo Octava del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (hoy art. 49 del TRLGSS) señala, para el caso de pluriactividad que, de no causar derecho a pensión en unos de los Regímenes, las bases de cotización acreditadas en éste, podrán ser acumuladas a las del Régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, siempre que la suma no exceda del límite máximo de cotización vigente en cada momento y con la condición de acreditar la permanencia en la pluriactividad durante los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante y en otro caso, la parte proporcional.

Esta es la contrapartida por no haber podido sumar las cotizaciones a efectos de carencia, lo que sí sería posible cuando no existe superposición de las cotizaciones. Así, prevé el artículo 9 del citado texto refundido (art. 9.2 del vigente TRLGSS) la totalización de los períodos de permanencia en cada uno de dichos Regímenes, siempre que no se superpongan. El resultado es, obviamente, una sola pensión obtenida de la suma de cotizaciones que se originan en diversas fuentes de obligación. Por el contrario, la superposición que impide la intercomunicación podrá, en su caso, dar origen a distintas prestaciones, con el único límite del que en cada momento se imponga a las percepciones con cargo a fondos públicos.

En definitiva, se está en todo momento configurando un paisaje prestacional vinculado a la presencia de cotizaciones con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura. Pero es necesario para que la objeción actúe, que sea la carrera de seguro lo relevante en el reconocimiento de la prestación por sí o en unión de otros requisitos. Nada de esto sucede en casos en que la historia de aseguramiento con que cuenta el interesado carece de toda influencia en la prestación que se reconoce.

El demandante insta una pensión de invalidez permanente derivada de la contingencia de enfermedad profesional para la que el artículo 124.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (art. 165.4 del vigente TRLGSS) exceptúa, salvo disposición legal expresa en contrario, de la exigencia de período previo de cotización. No existe reutilización de cotizaciones al reconocer la prestación por enfermedad profesional”.

A modo de conclusión podríamos decir que, para el Tribunal, el hecho de que las pensiones derivadas de riesgos profesionales estén exentas de acreditación de periodos mínimos de cotización, las sitúa fuera de las reglas de cómputo recíproco —lo que es obvio—, de lo que deriva un régimen abierto de compatibilidad con otras pensiones.

3.2. La consolidación de la doctrina judicial y su expansión: el chollo de las pensiones no consumidoras de cotización

La doctrina planteada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo del 2006 ha constituido el único punto de apoyo argumental para decisiones judiciales posteriores, tanto de Tribunales Superiores de Justicia, como del propio Tribunal Supremo, lo que la convierte en doctrina consolidada. No obstante, la reiteración no significa, como intentaré argumentar, que la doctrina sea acertada y razonable.

Conviene comenzar por destacar que las decisiones judiciales han roto el ámbito subjetivo de la norma aplicable. Ya dijimos que el Real Decreto núm. 691/1991, de 12 de abril, tiene como finalidad la coordinación de distintos regímenes, con la condición de que siempre esté presente el régimen de Clases Pasivas del Estado²⁷. Tal exigencia es claramente advertida por el propio artículo 1.2 del RD al afirmar que: “La coordinación interna, así como el cómputo recíproco de cuotas entre los regímenes a que se refiere la letra b) del número anterior (Régimen General y regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos), se regirá, sin excepciones, por las normas establecidas al efecto en su legislación propia”. La regla es tajante e indiscutible.

A pesar del “mandato legal” y sin especial criterio argumental, las decisiones judiciales que analizaremos aplican las reglas del RD 691/1991, generales y especiales, del sistema. Posiblemente, la utilización de la norma aplicable traiga su causa en que la misma ofrece una ordenación más completa que la norma de coordinación interna (Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de la seguridad social²⁸).

En efecto, la línea argumental (doctrina del TS referida) y la norma aplicable (art. 5.1 del RD 691/1991)²⁹ son elementos constantes y únicos para declarar la compatibilidad entre pensiones de régimen internos, así:

- Sentencia núm. 1665/2009 de 4 noviembre, TSJ de Castilla y León, declara la compatibilidad de la pensión de jubilación a cargo de régimen general con la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional.

²⁷ Artículo 1.- Ámbito subjetivo.

1. Las normas de este Real Decreto serán de aplicación para determinar los derechos que puedan causar para sí, o para sus familiares, quienes acrediten cotizaciones en más de uno de los regímenes de Seguridad Social que a continuación se expresan:

a) Régimen de Clases Pasivas del Estado.

b) Régimen General y regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos.

2. La coordinación interna, así como el cómputo recíproco de cuotas entre los regímenes a que se refiere la letra b) del número anterior, se regirá, sin excepciones, por las normas establecidas al efecto en su legislación propia

²⁸ La ampliación subjetiva y sus posibles causas ya fue apuntada por BALLESTER PASTOR, M. A. *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de seguridad social*, Edit. La Ley 2007, págs. 33 y 34.

²⁹ STSJ de Andalucía (Granada) 1061/2018 de 26 abril. JUR 2018/218569, referida a dos pensiones de IPT, una incapacidad total por enfermedad común y otra por enfermedad profesional, referidas a trabajos en empresas y profesiones distintas. La Sala interpreta el artículo 5.1º del Real Decreto 691/1991, señalando que si bien con carácter general en nuestro ordenamiento las prestaciones se vinculan a cotizaciones previas y ello explica que de una sola carrera de seguro no puedan surgir varias prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura, esta regla sólo funciona cuando la carrera de seguro es lo relevante en el reconocimiento de la prestación por sí o en unión de otros requisitos, lo que no sucede en este caso en el que la historia de aseguramiento del interesado no influye en la prestación reconocida, al ser de origen profesional. Pero se trata de un supuesto en que hay dos regímenes distintos, al igual que el contemplado por la STS de 13 de marzo de 1995 y en el que ahora nos ocupa el régimen de encuadramiento es el mismo, esto es el Régimen General.

- Sentencia TSJ Andalucía (Granada) núm. 1419/2008 de 7 de mayo, donde se afirma siguiendo la doctrina del TS y reconociendo la compatibilidad entre la jubilación de Clases Pasivas y la IP por accidente que trabajo que “... el demandante tiene reconocida una pensión de invalidez permanente derivada de la contingencia de accidente de trabajo para la que el artículo 124.4 del TRLGSS.94 de la exigencia de periodo previo de cotización, por lo que en la historia de aseguramiento con que cuenta el interesado carece de toda influencia la prestación que le fue reconocida por dicha Invalidez Permanente. Por tanto, no existe, reutilización de cotizaciones al reconocer la pensión de jubilación voluntaria”.
- Con el mismo criterio la Sentencia núm. 1197/2009, de 11 de febrero, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, declara la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente en el grado de total para, entonces, su profesión habitual de oficial metalúrgico por cuenta ajena (régimen general), derivada de enfermedad común, con la pensión de incapacidad permanente total por accidente de trabajo en el régimen de autónomos.
- Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 2012, declara compatible el percibo de una pensión de jubilación del Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores autónomos –para cuyo cálculo se han computado cotizaciones de otro Régimen de la Seguridad Social–, con la percepción una pensión de Incapacidad Permanente del Régimen General de la Seguridad Social, derivada de enfermedad profesional.
- Y finalmente, la Sentencia 1142/2015, de 16 de junio del TSJ PV, declara la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total por accidente laboral exceptuada de periodo de cotización previo y la jubilación activa.

Es probable, aunque no por ello justificable, que la causa de esta derivación expansiva y sin justificación argumental de la doctrina judicial, esté en la sentencia de origen, esto es, en la STS de 10 mayo 2006. Ciertamente, la sentencia coordina el régimen de Clases Pasivas y otros regímenes internos del sistema –por tanto sin necesidad aparente de justificar la norma aplicable–; sin embargo la argumentación doctrinal que justifica su fallo es una argumentación cerrada y ajena a los regímenes que coordina, centrándose única y exclusivamente en la consideración de que las pensiones de incapacidad permanente derivadas de riesgos profesionales están exentas del cumplimiento de periodos previos de cotización y por tanto quedan fuera de las reglas de cómputo recíproco, de lo que deriva un régimen de compatibilidad singular y abierto. Y ello es así, en la medida en que todos los tiempos de cotización a lo largo de toda la vida laboral (cotizó veintiocho años y veintiséis días al régimen de clases pasivas por los servicios prestados para Correos, seis años al Régimen Especial Agrario y un año y treinta y cinco días al Régimen General) fueron utilizados para cuantificar la pensión de jubilación a cargo de Clases Pasivas.

3.3. Análisis separado, conjunto y necesariamente breve de los elementos argumentales del Tribunal Supremo

Conviene realizar unas breves consideraciones sobre las materias traídas a colación en la argumentación realizada por el Tribunal Supremo, con la finalidad de situarlas en su contexto general, asumiendo que cada materia es de una complejidad notable.

3.3.1. Sobre el cómputo recíproco de cotizaciones

Desde la ordenación jurídica, las normas de cómputo recíproco de cotizaciones– podríamos llamar de regímenes internos del sistema– están recogidas en el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de la seguridad social. A su vez, cuando entre los distintos regímenes que se coordinan está el de Clases Pasivas del Estado, la norma

reguladora es el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de seguridad social.

Con todas las salvedades y matices, podemos decir que el cómputo recíproco de cotizaciones va unido a la existencia de un sistema organizado por regímenes, general y especiales, y refleja un tratamiento unitario y coordinado, aunque sea imperfecto³⁰. De esta manera, el trabajador a lo largo de su vida laboral va acumulando tiempos de cotización, cualquiera que sea el régimen de integración, de forma que cuando sea necesario, para el acceso o cuantificación de la prestación, todos aquellos tiempos serán reconocidos en su valor totalizado. Lo contrario implicaría que las cotizaciones insuficientes de cada régimen para causar protección se perderían –expresión utilizada en términos gráficos, ya que en un sistema de reparto es inapropiado hablar de pérdida de cotizaciones–, resultado contrario a la concepción unitaria.

Aunque parezca una obviedad, conviene recordar que la lógica de cómputo recíproco de cotizaciones solamente opera para la acreditación de periodos mínimos de cotización cuando así son exigidos, esto es, en todas las contingencias comunes (incapacidad temporal, permanente y prestaciones de viudedad y en favor de familiares, cuando el riesgo originario es enfermedad común, en maternidad, paternidad, cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, y jubilación) y desempleo. Igualmente, es aplicable en aquellas prestaciones cuya cuantía está vinculada al tiempo de cotización (jubilación) o a su duración (desempleo). Todo ello, sin perjuicio de los posibles matices, identidad de contingencia entre los regímenes, régimen aplicable en función de determinadas circunstancias, etc., con todo, los matices no afectan al planteamiento que hacemos.

Prima facie, el cómputo recíproco de cotizaciones es independiente del régimen de compatibilidad o incompatibilidad entre pensiones, que responde a otros parámetros argumentales, como veremos. Dicho en otros términos, va vinculado al criterio de pensión única³¹.

3.3.2. La singularidad de la “pluriactividad”

Un planteamiento singular se produce, con toda lógica, en las situaciones de pluriactividad³², entendiéndose por tales, “... la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del Sistema de la Seguridad Social” (conforme artículo 7.4.1ª del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social). El reflejo de esta situación, también con matices, es que se produce una vida laboral paralela en ambos regímenes, con cotizaciones superpuestas, esto es, cotizando al mismo tiempo y con cotizaciones completas, en el régimen general y en el régimen de autónomos, según las actividades que se desarrollan. Si tal situación no tuviera reflejo en materia de prestaciones, una de las líneas de cotización se perdería, en la medida en que no se puede computar 1 día de cotización por valor de 2 días, por carecer de lógica a los efectos. Todo ello sin perjuicio de que podrían existir otras soluciones, pero el legislador no las ha contemplado.

El resultado final en materia de prestaciones es que, si el trabajador acredita las cotizaciones exigidas en ambos regímenes y de forma superpuesta, genera dos prestaciones completas, una por cada régimen. Además del reflejo de la cotización y con la ordenación actual, el resultado prestacional final tiene toda lógica. En efecto y a modo ejemplificativo, el trabajador que incapacitado para su profesión por cuenta ajena y para su profesión por cuenta propia, sufre un

³⁰ Un análisis completo de la materia y sus consecuencias en BALLESTER PASTOR, M. A. *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de seguridad social...*cit.

³¹ “el principio de pensión única prescribe la existencia de una sola pensión de idéntica naturaleza y función análoga para un estado de necesidad”, como afirma OLARTE ENCABO, S. «El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social». CES. 1997. Pág. 88.

³² Ver al respecto, RON LATAS, RP. Compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes y pluriactividad, BIB 1998/1186

doble estado de necesidad al perder las rentas de ambas actividades, estado que viene a cubrir la doble prestación (reflejo de la doble cotización) si cumple los requisitos exigidos.

Esta regla tiene una excepción de origen jurisprudencial, a saber, qué ocurre cuando el trabajador no acredita los requisitos de forma simultánea en ambos regímenes. Una solución, la más injusta, es que una línea de cotización se pierda. Otra solución, más razonable aunque incompleta, es la prevista en el artículo 49 del vigente TRLGSS, al determinar que : “Cuando se acrediten cotizaciones a varios regímenes y no se cause derecho a pensión en uno de ellos, las bases de cotización acreditadas en este último en régimen de pluriactividad podrán ser acumuladas a las del régimen en que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de la misma, sin que la suma de las bases pueda exceder del límite máximo de cotización vigente en cada momento”.

La solución del precepto es salomónica y busca una vía de compensación parcial y alternativa a la pérdida completa de las cotizaciones, cuando en las situaciones de pluriactividad no se acreditan los requisitos en uno de los regímenes. La compensación al esfuerzo y obligación contributiva se sitúa en la suma de las bases de cotización realizadas de forma simultánea, con el límite ineludible de la base máxima de cotización, a efectos de obtener una prestación más alta en el régimen donde cumple los requisitos.

3.3.3. Sobre la compatibilidad e incompatibilidad de pensiones

Sin perjuicio de normas singulares de los diferentes regímenes y prestaciones, la regla general que regula la materia está contenida en el artículo 163.1 del TRLGSS, estableciendo que “las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas”.

La regla trae su fundamento en un criterio bastante razonable, en la medida en que cada prestación protege un determinado estado de necesidad y así lo entendió la jurisprudencia³³. En este sentido, parece lógico que una pensión de incapacidad permanente, que trae su origen de la imposibilidad de ejercer la profesión habitual (incapacidad total) o cualquier profesión u oficio (incapacidad absoluta), sea incompatible con la jubilación, que protege el cese en el trabajo al cumplimiento de una determinada edad y, por tanto, la retirada de la actividad por cuenta propia o ajena. Lo contrario, esto es, la compatibilidad implicaría una doble protección (sobreprotección) carente de racionalidad. Por un lado, protegiendo al trabajador por cesar en el trabajo y, por otro, protegiéndole por no poder ejercitar una o ninguna profesión, una vez que ya está retirado de la actividad laboral.

La lógica referida se rompió³⁴ en el momento en que los tribunales³⁵ interpretaron que la incompatibilidad opera dentro de un mismo Régimen, de modo que cabe la compatibilidad de

³³ Sobre esta finalidad de dotar de racionalidad al sistema se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2002 Recurso núm. 173/02) que señala que procede la incompatibilidad de dos pensiones una de incapacidad total derivada de enfermedad común y otra de incapacidad permanente en el mismo grado derivada de accidente no laboral, ambas devengadas en el régimen general de la Seguridad Social, toda vez que, «la regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, todo ello, sin perjuicio del derecho que pueda corresponder al beneficiario a optar por la pensión que entiende que es más beneficiosa».

³⁴ Parece que la fundamentación expuesta en el texto ha perdido virtualidad, como afirma RODRIGUEZ INIESTA, G. “Sobre la compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 184/2016.

³⁵ A este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1992 señala que la regla de la incompatibilidad se aplica a las pensiones derivadas en el régimen general, dado que la *ratio legis* de la compatibilidad pretende evitar que se lucren dos o más pensiones por un mismo esfuerzo contributivo y que (...)

pensiones causadas en diferentes Regímenes, si en todos ellos se reúnen los requisitos exigidos. Este planteamiento abrió la veda a las declaraciones de pensiones compatibles. Quizás los casos más llamativos³⁶ fueron los que declararon compatibles dos pensiones de incapacidad permanente absoluta

duplique la cobertura social de un único defecto de renta, circunstancias que no concurren respecto de las pensiones de distintos regímenes.

Una aproximación a esta ordenación y construcción jurisprudencial es realizada por la STSJ de Andalucía (Granada) núm. 2287/2013 de 5 diciembre. JUR 2014\36000, en los siguientes términos: “ Como hace tiempo que ha observado la Sala, el principio de prestación única tiene un evidente interés doctrinal, pero no traduce un criterio positivo de ordenación general de la materia, puesto que el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema, ni entre éste y los anteriores seguros sociales, por cuanto que el art. 91 LGSS/74 [en la actualidad, art. 122 LGSS/94] y los preceptos análogos de los regímenes especiales son normas internas de cada régimen, y –por otra parte– la posibilidad de causar derecho a pensión en distintos regímenes del sistema se reconoce expresamente en el art. 1.3 de la Ley 26/1985 [31/Julio]. Asimismo es doctrina de este Tribunal que «la regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida», siquiera lo «jurídicamente correcto» sea en tal supuesto reconocer la «nueva pensión» y permitir que el asegurado «ejercite el derecho de opción que le atribuye el art. 122 de la LGSS » (18/07/03 –rcud 2924/02–; y 05/02/08 –rcud 462/07–). Y que la naturaleza contributiva del sistema de prestaciones en la Seguridad Social determina que unas mismas cotizaciones no den origen a varias prestaciones de percepción simultánea, pero a la par que las mismas puedan ser aprovechadas [DA Trigésimo Octava y art. 9 LGSS /94], lo que lleva a interpretar –conjuntamente con el componente literal– el art. 5.1 RD 691/1991 (RCL 1991, 1180 y 1321) [12/Abril] en el sentido de que la utilización de unas cotizaciones para el reconocimiento de una prestación anula toda posibilidad de ulterior reconocimiento, pero que la compatibilidad es plena cuando no existe reutilización de cotizaciones (STS 10/05/06 (RJ 2006, 7989) –rcud 4521/04–). 2.- En esta misma línea se sostiene que las normas sobre incompatibilidad de prestaciones contenidas en el Título II de la Ley General de la Seguridad Social son exclusivamente aplicables a las servidas por el Régimen General, por lo que se admite «la compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes de la Seguridad Social, cuando el interesado ha estado válidamente afiliado a ellos, reuniendo los requisitos para su devengo, siempre que no exista en los mismos normas que lo prohíban expresamente». Y que si de los términos de las normas aplicables no puede establecerse la incompatibilidad entre prestaciones, ésta tampoco puede construirse a partir de una interpretación extensiva que establezca la exclusión de la concurrencia (16/05/94 –rcud 2237/93–; y 15/03/96 –rcud 1316/95–). 3.- De esta manera se han declarado compatibles –lo referimos a título de ejemplo– las pensiones por Incapacidad Permanente declaradas en el REMC y en el RGSS (STS 29/12/92 (RJ 1992, 10375) –rcud 128/92–); en el RETA y en el de Régimen Especial de Artistas (STS 20/01/93 (RJ 1993, 102) –rcud 1729/91–; en el REA y en el RGSS (STS 15/03/96 (RJ 1996, 2074) –rcud 1316/95–); la de Jubilación en el RGSS y en el de Clases Pasivas, siempre que no se produzca intercomunicación entre las cotizaciones realizadas a uno y otro Régimen en orden a completar el período de carencia o incrementar el porcentaje determinante de la pensión en alguno de ellos (STS 13/03/95 (RJ 1995, 1768) –rcud 2758/94–); la pensión por Clases Pasivas y la de IPA derivada de Enfermedad Profesional, pues al no exigir ésta carencia alguna no hay tampoco doble utilización de las cotizaciones, que es lo realmente prohibido (STS 10/05/06 –rcud 4521/04–). Y muy contrariamente se ha afirmado que se produce incompatibilidad –pero con derecho de opción– entre IPT por enfermedad común e IPT por ANL, con trabajos en empresas y profesiones distintas, sucesivamente producidas y para profesiones diferentes (05/02/08 –rcud 462/07–); como también entre IPT y posterior GI derivadas ambas de AT en el REMC (STS 18/07/03 (RJ 2003, 8798) –rcud 2924/02–).”.

³⁶ Otro ejemplo es el contemplado en la STSJ de Cataluña núm. 4766/2012 de 25 junio. JUR 2012\275629, que no solamente reconoce la compatibilidad de las causadas en distintos regímenes de la Seguridad Social, por devengarse por cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada uno de los regímenes, para lucrar las pensiones de incapacidad permanente total del RETA y del RGSS, sino que ofrece la siguiente solución para el trabajador : “ se reconoce al demandante el derecho de opción entre la prestación declarada en vía administrativa, en la que se han tenido en cuenta las cotizaciones de ambos regímenes para el reconocimiento de una única pensión, o el reconocimiento de ambas prestaciones, la que venía percibiendo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, y la del Régimen General, si bien en este caso, sobre la base reguladora anteriormente indicada al computar únicamente las cotizaciones de este Régimen, y ello con independencia de que la primera de las prestaciones pudiera serle, en su cuantía global, más favorable”.

En el caso resuelto por STSJ de Andalucía (Granada) núm. 2287/2013 de 5 diciembre. JUR 2014\36000, se afirma que “...hay alta sucesiva en dos Regímenes de la Seguridad Social [RGSS cuando se obtiene la IPT por AC y RETA cuando se declara la IPT por enfermedad común;], diferencia de profesiones [Mantenedor de una fábrica, IPT por accidente laboral y Mecánico en la IPT por enfermedad común], disparidad en las secuelas determinantes

(...)

en dos regímenes distintos, esto es, el trabajador es dos veces inválido absoluto para cualquier profesión u oficio. El Tribunal Supremo (STS 14 julio de 2014, que tiene su antecedente en la 20 de enero de 2011)³⁷, considera que el ordenamiento de la Seguridad Social no contiene reglas de incompatibilidad de prestaciones de alcance general para todo el sistema, sino que las mismas rigen para cada uno de los Regímenes, de modo que, cuando el interesado reúne los requisitos exigidos en cada uno de los Regímenes y las dolencias presentes en el estado de salud del interesado son constitutivas de un situación de IP, se pueden causar ambas prestaciones, aunque las mismas lo sean en el grado de IPA, pues no se está en presencia de un supuesto de agravación del cuadro que determinó el inicial reconocimiento de una IPT, sino de dos panoramas diferentes que han de ponerse en relación con profesiones distintas ejercidas –y cotizadas– en períodos no coincidentes.

A partir de esta decisión judicial que, como hemos visto, rompe los esquemas de la más elemental lógica, cabe todo, más lejos es difícil llegar. Muchos principios de ordenación han quedado relegados, el carácter unitario de sistema (que parece sustituido por un conjunto de regímenes independientes, situándonos en la “prehistoria”), la pensión única (que ya no es la norma general), la justificación del cómputo recíproco (si no alcanza el derecho, sumamos todas las cotizaciones y si acredita el derecho reconocemos pensiones independientes y compatibles), la lógica protectora que avala el régimen de incompatibilidades..., incluso minimizando con frecuencia que nuestro sistema es de reparto y lo que ello significa.

3.4. Un nuevo privilegio vinculado al riesgo profesional: la protección del trabajador se vuelve contra el Sistema

Desde su origen (Ley de accidentes de trabajo de 1900) las prestaciones derivadas de riesgos profesionales han estado siempre exentas de la acreditación de periodos previos de cotización, hasta tal punto que el tema es silenciado por todas las normas históricas hasta la Ley de Seguridad Social de 1966 que al unificar, al menos conceptualmente, las prestaciones derivadas de contingencia comunes y profesionales, se ve en la obligación de diferenciar, ya que en las contingencias comunes sí se exigen periodos previos de cotización. La lógica de tal previsión está en que el riesgo profesional puede actualizarse en el primer segundo de trabajo, incluso en el primer itinerario de desplazamiento al lugar de trabajo. Aún más, en la medida en que el responsable de la cobertura es el empresario, si el aseguramiento estuviera sometido a plazos carenciales y el accidente se produce el primer día de trabajo, el aseguramiento sería ineficaz y el responsable de las resultas del accidente sería el empresario, construcción impensable, tanto en el seguro privado, como en el público.

Con el mismo criterio argumental, el artículo 14.1 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, suprimió la exigencia de periodos previos de cotización cuando la prestación derive de accidente no laboral, separándolo así de su tradicional vinculación a la enfermedad común y, por tanto, a la acreditación de los mismos periodos de cotización previa.

En definitiva y sin perjuicio de otros argumentos, la exención de tiempos previos de cotización en el acceso a las prestaciones que traen su origen en accidente sea o no de trabajo y en enfermedad profesional, permite que los trabajadores estén protegidos ab initio.

El planteamiento anterior no significa que las cotizaciones no sean utilizadas. Lo son como parte del mecanismo asegurativo, exista o no siniestro. En este orden, entiendo que son cosas

de la Incapacidad Permanente [patología en la mano con pérdida de falanges en el accidente; y básicamente de articulación de la rodilla en la enfermedad común] y cotizaciones suficientes en cada uno de los Regímenes para –sin intercomunicación alguna cotizatoria– obtener el derecho a la correspondiente pensión.

³⁷ Sobre las Sentencias citadas, PANIZO ROBLES, J.A. Dos pensiones de incapacidad permanente absoluta son compatibles si se lucran en diferentes Regímenes, con independencia de la forma de valoración de las dolencias, respecto de las dos prestaciones. (El TS reitera su doctrina en STS de 14 julio 2014), <http://www.laboral-social.com/compatibilidad-pensiones-incapacidad-permanente-absoluta-distintos-regimenes-valoracion-dolencias.html>

distintas. La ausencia de exigencia de periodos previos de cotización para acceder a las prestaciones, cuando el riego se actualiza, no significa que las cotizaciones generadoras de aseguramiento no se hayan utilizado; entre otros fines, son destinadas para pagar las prestaciones de otros trabajadores accidentados. No se trata de una cuenta de cotización individual.

Este planteamiento no es asumido por la doctrina judicial, que asocia la no exigencia de periodos previos de cotización a la no utilización de las cotizaciones. A mi juicio, la argumentación judicial es meramente numérica y discutible. Así se afirma que, si el acceso a la pensión de incapacidad derivada de contingencia profesional, no exige la acreditación de tiempos previos de cotización, significa que "...la historia de aseguramiento con que cuenta el interesado carece de toda influencia en la prestación que se reconoce"; de tal manera que "no existe reutilización de cotizaciones al reconocer la prestación por contingencia profesional".

El efecto derivado del planteamiento referido es, a mi juicio, igualmente erróneo. Para la doctrina judicial, la no utilización de cotizaciones para acceder a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales, convierte a las referidas prestaciones en espacios propios e independientes, ajenos a las reglas generales del sistema y, por tanto, compatibles con las pensiones vinculadas a la carrera de seguro del trabajador, bajo la errónea hipótesis de que no existe "reutilización de los tiempos de cotización".

La doctrina judicial analizada no entra en estas valoraciones que constituyen la fundamentación de la compatibilidad o incompatibilidad de las pensiones, quedándose en el efecto forzado que provoca el régimen construido en torno a las pensiones de incapacidad permanente derivadas de riesgos profesionales.

Con esta regla cabe todo. Las pensiones derivadas de contingencias profesionales quedan fuera de las reglas de incompatibilidad y, por tanto, son compatibles con todo, con pensiones derivadas de contingencias comunes y con jubilación, sean en el mismo o en distinto régimen, se acuda al cómputo recíproco de cotización o no.

De esta forma la jurisprudencia ha creado un privilegio más, vinculado al riesgo profesional y no previsto en la Ley.

4. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORTÉS, J. C. "Sobre la incapacidad permanente y la profesión habitual", en AAVV., *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2017.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, J. M. *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, edit. Civitas 1982.

ALVAREZ DE LA ROSA, M. "Incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento", en AAVV., *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2017.

ARAGÓN GÓMEZ, C. «La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente», en (MERCADER DIR.), *La compatibilidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2013.

BALLESTER PASTOR, M. A. *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de seguridad social*, Edit. La Ley 2007.

BALLESTER PASTOR, I. "Incidencia de la contingencia determinante de la situación de incapacidad permanente", en AAVV., *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2017.

- FÁBREGA MONFORT, G. “La Profesión habitual, determinante de la incapacidad permanente total”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 7/2005, BIB 2005/1340.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. “El tratamiento jurídico de la incapacidad para el trabajo en el sistema español de Seguridad Social”, AAVV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2017.
- GALA DURÁN, C. «La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las prestaciones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011», en *Temas Laborales*, 2013.
- MENÉNDEZ SEBASTIAN, P. “La incompatibilidad entre la pensión de IPT Y el salario por segunda actividad o el triunfo de la razón, comentario a la STS de 26/4:2027” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* (CEF) 2017, núm. 412.
- MONEREO PEREZ, J. L. en el Prólogo del libro que recoge las ponencias y comunicaciones del I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social de 2017, AAVV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2017.
- OLARTE ENCABO, S. “Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico-positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial”, *Aranzadi Social* nº 4/2012.
- OLARTE ENCABO, S. «El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social». CES. 1997.
- PANIZO ROBLES, JA. Dos pensiones de incapacidad permanente absoluta son compatibles si se lucran en diferentes Regímenes, con independencia de la forma de valoración de las dolencias, respecto de las dos prestaciones. (El TS reitera su doctrina en STS de 14 julio 2014), <http://www.laboral-social.com/compatibilidad-pensiones-incapacidad-permanente-absoluta-distintos-regimenes-valoracion-dolencias.html>
- PÉREZ-BENEYTO ABAD, J. J. «La incapacidad permanente en la Ley 27/2011: del Estado del bienestar al Estado asistencial», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel), 2012, núms. 29-30.
- RIVAS VALLEJO, P., “La profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente: un concepto al margen de la realidad del mercado de trabajo”, en, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 17, 2007.
- RON LATAS, RP. Compatibilidad entre pensiones procedentes de distintos regímenes y pluriactividad, BIB 1998\1186.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. “La incapacidad permanente en la jurisprudencia unificada”, en AAVV *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2017.
- TORTUERO PLAZA, J. L. “Configuración general, acceso y mantenimiento de la incapacidad temporal”, AAVV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum, 2017.
- TRILLO GARCÍA, A. R. “Algunos problemas en relación con la pensión de incapacidad permanente total”, en AAVV., *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Edicion es Laborum, 2017.
- VICENTE PALACIO, M^a. A. “Prohibiciones administrativas para el ejercicio de algunas profesiones e incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017.

VIVERO SERRANO, J.B. “La compatibilidad de la pensión por incapacidad permanente total y la realización de trabajo a título lucrativo. Por un nuevo marco jurídico”, en AAVV. *Las incapacidades laborales y la seguridad social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Ediciones Laborum 2017.