

Aportaciones de Aurelio Desdentado Bonete a la valoración de la Incapacidad Permanente en la Seguridad Social

Contributions of Aurelio Desdentado Bonete to the assessment of Permanent Disability in Social Security

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum.

Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

<https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

Cita sugerida: RODRÍGUEZ INIESTA, G.; "Aportaciones de Aurelio Desdentado Bonete a la valoración de la Incapacidad Permanente en la Seguridad Social". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario 2021: 77-86.*

Resumen

El estudio analiza dos resoluciones judiciales en las que se analiza el controvertido tema de la valoración de dolencias a los efectos de incapacidad permanente. En un caso es la viabilidad o no y en su caso efectos de trabajar tras una declaración de incapacidad permanente absoluta. El segundo la incidencia del pase a segunda actividad en un proceso de valoración de incapacidades.

Abstract

The study analyses two court decisions in which the controversial issue of the assessment of conditions for the purpose of permanent disability is analysed. In one case, it is the viability or not and, in this case, the effects of working after a declaration of absolute permanent disability. The second is the incidence of passing to second activity in a disability assessment process.

Palabras clave

Incapacidad permanente; Valoración; Compatibilidades

Keywords

Permanent disability; Assessment; Compatibilities

1. PRESENTACIÓN

Dos son las resoluciones judiciales elegidas para su análisis en las que fue ponente el magistrado del Tribunal Supremo Aurelio Desdentado Bonete. La primera hace referencia a un supuesto muy controvertido, la posibilidad de quien haya sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta (o gran invalidez) en volver a trabajar y los efectos que pueda ello tener sobre la situación de incapacidad declarada. La segunda trata del tema relativo a la incidencia que pueda tener la valoración de la situación patológica de una persona en el ámbito del empleo en la Seguridad Social. Se trata de si el pase a la denominada segunda actividad que en algunas profesiones se encuentra normada vinculada a la edad o déficits físicos implica o tiene influencia en una declaración de incapacidad permanente en el sistema público de Seguridad Social. A ambas cuestiones responde con la agudeza y maestría que le caracteriza el magistrado Desdentado Bonete.

2. INCAPACITADO PERMANENTE ABSOLUTO QUE SIGUE TRABAJANDO. EFECTOS¹.

La resolución judicial que se analiza parte de los siguientes hechos recogidos en la sentencia de instancia²: una persona figuraba en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o por cuenta propia como administrador de una sociedad dedicada a la compra,

¹ STS 1 de diciembre de 2009 (rec. 1674/2008; ROJ: STS 8101/2009. ECLI:ES:TS:2009:80101).

² SJS núm. 5 Granada de 5 julio 2007.

distribución, venta, reparación y mantenimiento de maquinaria y utensilios de hostelería, realizando también en dicha empresa además de mecánico de frío industrial. El 16 de noviembre de 2004 inicia un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común del que fue dado de alta por la Inspección Médica por propuesta de incapacidad permanente, tramitándose de oficio expediente de incapacidad que finalizó con Resolución del INSS de 22 de Julio de 2005 le declaró afecto de Incapacidad Permanente Absoluta³ con derecho a lucrar pensión en el RETA del 100% de una base reguladora de 1.160,69 euros con efectos económicos desde el 28 de Junio de 2006 con cargo al INSS.

El alta en el RETA fue cursada en enero de 2006 al desempeñar dicho trabajador el cargo de administrador único de lo que tuvo conocimiento el INSS en fecha 18 de enero de 2006

El INSS al comprobarse en 4 de Julio de 2006 que el actor continuaba dado de alta en el RETA mediante resolución de 5 de Julio de 2006 procedió a suspender el abono de la prestación de incapacidad permanente absoluta desde el día 1 de Julio de 2006, por entender incompatible el ejercicio de la actividad del actor como Administrador con el percibo de la pensión de IPA. Se agotó la vía administrativa, se interpuso demanda y en la instancia el Juzgado de lo Social núm.5 de Granada en sentencia de 5 de julio 2007, estimó la misma y ordenó al INSS reponer el abono de la pensión al trabajador. Interpuesto recurso de suplicación la STSJ de Andalucía de 2 abril 2008 (rec. 2489/07; ROJ: STSJ AND 1784/2008-ECLI: ES: TSJAND:2008:1784) estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia⁴.

Disconforme el trabajador recurre en casación para la unificación de doctrina e invoca como sentencia contradictoria la STSJ La Rioja de 24 de julio de 2008.

El INSS cuestiona que exista contradicción entre la resolución del TSJ de Andalucía y la citada de contraste, pues entiende que hay notables diferencias entre los supuestos contemplados en ambas⁵. El TS entiende, que obviamente hay algunas diferencias, pero estas

³ Las patologías reconocidas fueron las siguientes: antecedentes de infarto agudo de miocardio en 1981, angina inestable en el año 2004 con ergometría positiva clínica y eléctricamente, revelando el cateterismo irregularidad distal del tronco DA y estenosis previa severa del 90%, coronaria derecha 60% y circunfleja con lesión del segmento medio, realizándose a finales del año 2004 cuádruple injerto arterial de mamaria izquierda a DA, mamaria derecha a l a diagonal y de radial, en secuencial, a OM de CX y DP de CD, teniendo prescrita la toma de medicación antihipertensiva e hipalimante, colescititis aguda de la que fue intervenido en Junio de 2005 con buena evolución, cervicobraquialgia izquierda con origen traumático, teniendo factores de riesgo como la hipertensión y la dislipemia, limitación del hombro izquierdo y mano, neuritis de la región cubital, radiculitis en evolución, estando limitado para trabajos de pequeños esfuerzos, tensión emocional y física, así como los que implican cambios bruscos de temperatura.

⁴ Se deja constancia en la sentencia de instancia que en aquellas fechas (enero 2006-julio 2007): en la empresa venían prestando servicios además del trabajador aquí afectado, cinco oficiales, un mozo y un jefe administrativo y que a dichas fechas presenta como consecuencia de la arteroesclerosis severa de todas las arterias coronarias que fueron operadas y reoperadas antes de la concesión de la pensión de incapacidad permanente absoluta una capacidad física nula para todo tipo de trabajo que requiera esfuerzos físicos, confirmando la prueba de esfuerzo que se le realizó en Junio de 2007 una clase funcional III, señalando el especialista, que el desempeño de las tareas burocráticas simples de Administrador del demandante, no es perjudicial para su estado de salud, teniendo por el contrario un componente positivo de rehabilitación cardiológico en el aspecto anímico

⁵ Se trataba de una trabajadora que tenía reconocida desde 1998 por sentencia una pensión de incapacidad permanente absoluta. El 30 de enero de 1997 la actora había advertido al INSS que pasaba a ejercer una actividad por cuenta propia como gerente de una empresa de atención familiar, de la que es titular del 100% del capital social (afirmación fáctica en el fundamento jurídico segundo). Por resolución de 7 de noviembre de 2002 el INSS acordó no proceder a la revisión de la pensión, pero suspendió el abono de la pensión por la realización de un trabajo incompatible. La demandante padece una malformación con sinostosis C5-C6 con una secuela de intento de fusión de la región C6-C7. La sentencia de contraste estimó el recurso de la actora y revocó la declaración de incompatibilidad, argumentando que el artículo 141 de la LGSS admite la realización de actividades compatibles (...)

no son relevantes ya que en ambos casos se trata de la gestión administrativa de un negocio familiar, aunque con forma de sociedad mercantil capitalista, y se excluye que las actividades administrativas desarrolladas sean perjudiciales para el estado del beneficiario; en el caso de la sentencia recurrida se afirma además que la actividad es beneficiosa.

El problema se sitúa en otro plano, que es el de la compatibilidad no física, sino jurídica de la pensión con el trabajo. La contradicción se produce, por tanto, en el ámbito de la actividad compatible, que para la sentencia recurrida (la del TSJ de Andalucía) tiene que ser una actividad de "carácter adjetivo o marginal" que no comprende un ejercicio profesional como administrador social, aunque se trate de una empresa propia en la que, como indicaba la sentencia del Juzgado de lo Social, el trabajo puede adecuarse a las posibilidades del beneficiario e incluso le es recomendada por él cardiólogo. Sin embargo, el razonamiento del TSJ de Andalucía (FJ. 6) parte de que *"... su profesión principal, Administrador Único de la empresa por el constituida y la que tiene ahora, en el mismo régimen del RETA, ha de discrepar de la tesis del Juzgador de Instancia. De estar incapacitado lo era para aquella profesión, mecánico de frío industrial, que compatibilizaba con la de Administrador de su empresa por lo que, en dicho supuesto, procedía la IPT para tal actividad, pero lo que logra es la incapacidad absoluta, es decir, para todo trabajo, por lo que alcanza a la que era su principal misión y actividad en la empresa Alberto Escobar SL. La doctrina del TS acerca del precepto que se dice violado puede sintetizarse (SSTS de 7 de julio de 1986, 26 de diciembre de 1988 o 6 de marzo de 1989 en el sentido que "la recta intelección de este precepto no puede ser otra que admitirla compatibilidad de la pensión de invalidez absoluta o gran invalidez con las actividades lucrativas que el estado del inválido le permitan realizar y que no comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio; esto es, que tengan un carácter adjetivo o marginal, puesto que si se acepta que una persona declarada en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez puede desempeñar las tareas fundamentales de una profesión u oficio ello implicaría la existencia de un cambio de su aptitud profesional relevante a efectos de la revisión del grado de invalidez que le había sido reconocida". Dicho lo anterior, es evidente que la actividad del actor es la misma que tenía cuando funda la empresa Alberto Escobar SL, Administrador, y está dado de alta en el RETAS en dicha cualidad. Percibe, de dicho régimen, la IPA lo que es del todo incompatible con aquella actividad, Administrador de su empresa, que ahora desarrolla. Es decir, tiene la misma función que tenía con anterioridad a la declaración de incapacidad absoluta y, si bien es cierto que en su cualidad de autónomo está sometido a rígidas normas de jornada, horario o rendimiento preestablecido también lo es que, con anterioridad a dicha declaración, gozaba de dichas posibilidades. No estamos ante ésa actividad marginal, sino que, en cuanto "administrador retribuido" está desarrollando el núcleo de una profesión por lo que la incompatibilidad decretada por el INSS es del todo punto correcta y ajustada a Derecho"*

El TS comienza advirtiendo que esto no es así, ya que aquí el trabajador realizaba dos trabajos distintos, administrador de sociedad y mecánico de frío industrial. Estamos en definitiva ante una actividad compleja y aunque el TSJ Andalucía considera como principal la que dio lugar a su inclusión en el RETA (la de administrador), no hay datos objetivos en las actuaciones que lo avalen. Añade además que en el plano estrictamente laboral el trabajo más importante en términos de esfuerzo y capacidad fuese el de mecánico frente a la mera gestión administrativa de una empresa personal dedicada a comercio, reparación y maquinaria de hostelería.

con el estado del inválido, y que en el caso decidido la actividad realizada no perjudica a la salud del beneficiario, ni supone cambio en su capacidad de trabajo.

El tema se debe centrar (a juicio del TS) en examinar el régimen de compatibilidad del art. 141.2 LGSS/1994 (actual art. 198 LGSS), que admite con gran amplitud el ejercicio de actividades lucrativas o no, compatibles con el estado del invalido, y la definición del art. 135.5 LGSS/1974 (que está transitoriamente sigue en vigor) relativa a la incapacidad absoluta. Y aquí el TS recuerda dos líneas propias interpretativas que no se oponen sino más bien se completan:

a) La reseñada en el pleno de la Sala del TS de 30-1-2008 (rec. 480/2007; ROJ: STS 1849/2008-ECLI:ES:TS:2008:1849)⁶ si bien comienza recordando la línea tradicional de la Sala de considerar dada la configuración de la situación protegida, que la incapacidad permanente absoluta resultaría incompatible, como resaltó la línea mayoritaria tradicional de la Sala, con el desempeño del "núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez" y sólo puede compatibilizarse con determinadas "labores de orden adjetivo o marginal"⁷, en el caso que allí analizaba recuerda también lo siguiente:

- Que esa interpretación restrictiva no siempre ha sido acogida por la jurisprudencia social.
- Que la literalidad del art.141.2 LGSS/1994 apunta a la compatibilidad entre trabajo y pensión.
- Que otra opción interpretativa haría de mejor condición a un declarado en IPT que a otro en IPA.
- Que una incompatibilidad en los términos queridos por la entidad gestora tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción social de quien se halle en IPA o GI.
- Que hay que tener en cuenta la aparición de nuevas tecnologías que están dando lugar a pluralidad de actividades laborales aptas para quienes se encuentren en IPA o GI.
- Que las disposiciones reglamentarias especialmente invocadas (concretamente la OM 18-1-1996) incurren en *ultra vires* por tanto son ineficaces para justificar una suspensión de la pensión.

b) La recogida en la STS 6-3-1989 (ROJ: STS 9628/1989-ECLI:ES:TS:1989:9628). La propia Sala ha establecido también en ocasiones que la definición legal no puede entenderse en un sentido literal y estricto, pues la experiencia muestra que, por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en determinados empleos. De esta forma, la calificación de la incapacidad permanente absoluta es "un juicio problemático de las expectativas de empleo" del trabajador, que en los casos incluidos en ese grado quedan extraordinariamente limitadas. Esta segunda sentencia cuyo ponente es el propio Aurelio Desdentado versa sobre la declaración de IPA de un trabajador autónomo, sin derecho a pensión, que prosigue trabajando y cuando completa el período de cotización exigible demanda la pensión de IPA, señalándose en ella que la declaración de incapacidad permanente absoluta no deriva ninguna prohibición para el

⁶ En la sentencia del TS reseñada estábamos ante un trabajador, ayudante de cocinero, que tras un accidente es declarado en situación de gran invalidez en 13-2-1974 por presentar las siguientes lesiones: "Paraplejia –S. medular completa por debajo del décimo segmento neurológico dorsal– secundaria a fractura de D9 y D10 que sufrió en 1972. En fecha 1-3-1993 es contratado por una empresa con la categoría de oficial 2.º especialista y a jornada completa, siendo sus funciones las de realización de dibujos de planos en ordenador

⁷ FD. Tercero 2.

inválido de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena; las limitaciones que de tal trabajo pudieran derivarse en orden al ámbito de la compatibilidad, a obligaciones administrativas de declaración, o a la existencia de indicios determinantes de la iniciación de un proceso de revisión, no son aplicables a quienes han sido declarados en dicha situación sin derecho a pensión para los que el trabajo ya no aparece sólo como un derecho, sino como una necesidad apremiante ante un estado de desprotección, siendo evidente que, aceptada la necesidad de trabajo del inválido, no resulta inconcebible la aparición, por la concurrencia de nuevas dolencias o las agravaciones de las existentes, de un nuevo efecto invalidante que determina la imposibilidad de empleo de esa fuerza de trabajo residual con las consiguientes consecuencias en orden a la protección de la Seguridad Social si se cumplen entonces los requisitos para ello necesarios.

Y que esta segunda concepción, más realista, de la incapacidad absoluta, es la que late en el artículo 141.2 de la LGSS y es la que debe prevalecer al enjuiciar las controversias relativas al régimen de compatibilidad entre la pensión y el trabajo.

Por una parte, lo que se valora a efectos del régimen de compatibilidad no son las rentas –la de la pensión y la del trabajo–, sino la relación entre el trabajo y el estado del incapacitado, de forma que lo que se prohíbe en el primer inciso de la norma es el ejercicio de aquellas actividades que no sean "compatibles" –en el sentido de inadecuadas o perjudiciales– con el "estado" –no con la pensión– del beneficiario

Por otra parte, si pasamos al segundo elemento de la regulación, vemos que éste se orienta hacia la revisión de la incapacidad, con lo que el artículo 141.2 de la LGSS debe ser interpretado en función del artículo 143 de la misma ley. Dice el segundo inciso del artículo 141.2 que la pensión tampoco impedirá "el ejercicio de actividades (por el incapacitado) que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión".

Es importante resaltar que tampoco aquí estamos ante una regla de incompatibilidad (exclusión de la pensión por la percepción de una renta de trabajo), sino ante la constatación de la realización de un trabajo cuyo desempeño pone de relieve que el beneficiario no está realmente incapacitado en el grado concedido. Por ello, no procede en este caso la suspensión por incompatibilidad, sino la iniciación del expediente de revisión en los términos previstos en 143.2. 2º de la LGSS: "si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución".

Se observa aquí una deficiencia en la conexión entre los artículos 141.2 y 143.2.2º de la LGSS, porque el primero remite a la revisión para los supuestos en que el desempeño del trabajo ponga de relieve "un cambio en la capacidad de trabajo", es decir, una "mejoría". Ahora bien, el desempeño del trabajo puede no suponer una mejoría en el estado del inválido, pero puede poner de relieve que ese estado ya no resulta determinante de la incapacidad reconocida. Pues bien, en ese caso, tampoco estamos, según el artículo 141.2.2 LGSS, ante un supuesto de incompatibilidad, sino ante una revisión por error de diagnóstico, que, según el artículo 143.2. 3º de la LGSS, podrá llevarse a cabo en cualquier momento.

En resumen, la única incompatibilidad que formula el artículo 141.2 de la LGSS para la pensión de incapacidad permanente absoluta es la relativa a las actividades que sean "incompatibles" en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado.

El desarrollo por éste de actividades no perjudiciales dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico. Este es el sistema

legal de incompatibilidad y no cabe corregirlo a través de una interpretación restrictiva, pues, como ya señaló la sentencia de 30 de enero de 2008, ello produciría disfunciones importantes, como el tratamiento peyorativo de la incapacidad absoluta respecto a la total (el incapacitado absoluto perdería su pensión por un trabajo concurrente, lo que no sucedería en el caso del incapacitado total) o la desincentivación de la reinserción de los incapacitados absolutos, lo que no sucedería si en caso de trabajo del incapacitado absoluto se revisara el grado para reconocer, por ejemplo, una incapacidad total. El sistema legal ha partido de una reducción muy amplia de las posibilidades de empleo del incapacitado absoluto, pero no ha establecido una incompatibilidad general entre la pensión y las rentas de trabajo. La incompatibilidad queda reducida a las actividades no adecuadas para el incapacitado, debiendo resolverse las demás a favor de la compatibilidad o de la revisión del grado. En el presente caso es claro que el trabajador no ejercita una actividad profesional que sea perjudicial o inadecuada a su estado y no se ha abordado por la gestora la revisión en virtud de una mejoría o de un error de diagnóstico, por lo que la sentencia recurrida ha incurrido en la infracción legal que se denuncia.

3. PASE A SEGUNDA ACTIVIDAD. INCIDENCIA EN LA CALIFICACIÓN DE UNA INCAPACIDAD PERMANENTE

La sentencia que se analiza y de la que fue ponente Aurelio Desdentado tiene como referencia STS 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007. ROJ: STS 2324/2009 – ECLI: ES:TS:2009:2324) y en ella se analiza el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ Valencia de 12 de junio de 2007 (rec. 4673/2006) que resolvía un recurso de suplicación contra la SJS núm. 3 de Elche de 15 de junio de 2006 (autos 552/2005). En la sentencia de instancia se resolvía la demanda interpuesta por una policía municipal del Ayuntamiento de Elche que sufre un accidente de trabajo por torcerse un pie al bajarse del vehículo policía. Tras un proceso de incapacidad temporal se procede a la valoración de las residuales del mismo y el EVI formula la propuesta de lesiones permanentes no invalidantes por baremo 101 con derecho a lucrar la oportuna indemnización a cargo de la Mutua que en aquellos momentos cubría los riesgos profesionales del ayuntamiento. Disconforme con tal valoración la policía municipal interpuso demanda ante la Jurisdicción Social obteniendo una repuesta contraria a sus intereses. En la sentencia de instancia se declararon como probados dos datos de interés:

a) Las dolencias y secuelas que presenta la actora son: luxación 2º metatarsiano con fractura y rotura de tornillo de osteosíntesis con posterior artrodesis cuneo metatarsiana y signos degenerativos intermetatarsiano y cuneanos; y las limitaciones orgánicas y funcionales de: limitación leve inferior a 50% de articulaciones de pie derecho con algias progresivas en las sobrecargas prolongadas y dificultad para caminar de puntillas o correr, no edema o inflamación, flexión plantar 10º menos en la derecha, no limitada movilidad subastragalina, si reducida en 1/3 medio tarsiana.

b) Consta que la trabajadora estuvo realizando sus funciones de policía local, de uniforme y patrullando hasta que solicitó y le fue concedido el pase a segunda actividad por el Ayuntamiento con fecha 16/01/2006, estando desde entonces prestando funciones de policía local en servicios administrativos de atestados en la policía⁸.

⁸ El art. 5 del Decreto 19/2003, de 4 de marzo, del Consejo de la Generalidad, por el que se regula la Norma-Marco sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana, señala lo siguiente:

“Artículo. 5. Funciones

(...)

La sentencia fue desestimatoria. El recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora y Mutua fue también rechazado. La trabajadora interpone recurso de casación para la

1. Los Cuerpos de Policía Local ejercerán las siguientes funciones:

- a) *Proteger a las autoridades de las Corporaciones Locales y vigilar o custodiar sus edificios, bienes e instalaciones.*
- b) *Ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación.*
- c) *Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano.*
- d) *Actuar de Policía Administrativa, en lo relativo a Ordenanzas, Bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia.*
- e) *Participar en las funciones de Policía Judicial en la forma establecida en el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.*
- f) *Prestar auxilio en caso de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las leyes, en la ejecución de los Planes de Protección Civil.*
- g) *Efectuar cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad.*
- h) *Vigilar los espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello.*
- i) *Colaborar con la unidad adscrita de la Policía en la Comunidad Autónoma, en sus funciones propias, cuando sean requeridos para ello.*
- j) *Cooperar en la resolución de conflictos privados cuando sean requeridos para ello.*
- k) *Cuantas otras les sean atribuidas en la legislación aplicable a las Policías Locales.*

2. Las actuaciones que practiquen los Cuerpos de Policía Local en el ejercicio de las funciones previstas en los apartados c) y g) precedentes, deberán ser comunicadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Y el art. 25 sobre la segunda actividad y sus causas lo siguiente:

Artículo 25. Causas

Cuando un miembro de los Cuerpos de Policía Local tenga disminuida su capacidad para el cumplimiento del servicio ordinario, ya sea por enfermedad ya sea por razón de edad, pasará a la situación de segunda actividad conforme a los siguientes criterios:

a) *Por razón de edad, podrá solicitarse por el interesado o instarse de oficio por el Ayuntamiento, siempre que haya permanecido en situación de activo y prestando servicios, como mínimo, los cinco años inmediatamente anteriores a la petición, al cumplirse las siguientes edades:*

Escala superior: 60 años.

Escala técnica: 58 años.

Escala básica: 55 años.

b) *Por enfermedad, en todo momento, cuando las condiciones físicas o psíquicas del funcionario así lo aconsejen y no sea susceptible de ser declarado en situación de invalidez permanente absoluta. Esta situación es asimilable y extensible a las funcionarias de los Cuerpos de la Policía Local durante el periodo de gestación, previo dictamen médico que lo acredite.”*

Y el art. 27 establece las funciones a desarrollar durante la misma:

“Artículo 27. Tipos y funciones

La segunda actividad se desarrollará de la siguiente manera:

1. Con destino: preferentemente en el propio Cuerpo de Policía mediante el desempeño de otras funciones de acuerdo con su categoría. Los Policías en segunda actividad realizarán servicios de policía administrativa, vigilancia de edificios públicos e instalaciones.

Cuando no existan puestos de segunda actividad en el Cuerpo de Policía Local, o atendiendo a las condiciones de incapacidad del interesado, la segunda actividad podrá realizarse en otros puestos de trabajo de la propia Corporación de igual o similar categoría y nivel al de procedencia, tales como intervención en los planes de seguridad vial, o actividades o funciones de gestión y administración municipal.

Los Ayuntamientos en sus relaciones de puestos de trabajo incluirán puestos susceptibles de ser ocupados por los funcionarios de la Policía Local en situación de segunda actividad, determinando aquellas funciones de la actividad policial o relacionadas con la misma que pueden ser desempeñadas por los funcionarios policiales en segunda actividad, y no sean propias de otros cuerpos o colectivos.

2. Expectativa de destino: En los supuestos en que la situación organizativa o de las plantillas no permita ocupar puestos de segunda actividad, el interesado permanecerá en situación de servicio activo en expectativa de destino hasta su adscripción a un nuevo puesto de trabajo, percibiendo la totalidad de las retribuciones que le correspondan en la situación de segunda actividad.

De conformidad con la legislación básica en materia de función pública, el período máximo, improrrogable, de duración de la situación de expectativa de destino será de un año.”

unificación de doctrina e invoca como sentencia de contraste la STSJ País Vasco de 23 de noviembre de 2004 (rec. 1600/2004, ROJ: STSJ PV2833/2004 – ECLI:ES: STJPV2004:2833). La sentencia del TSJ País Vasco estimó la pretensión de la una policía autonómica a la que le había sido también reconocida lesiones permanentes no invalidantes por una incapacidad permanente parcial al entender que "el pase a segunda actividad supone la existencia de limitaciones para el desempeño de algunas tareas de su profesión, estándole permitida la realización de otras", lo que constituye "una particular manifestación de una disminución de rendimiento como la que exige el precepto denunciado para la declaración de incapacidad permanente parcial, puesto que es evidente la disminución de rendimiento de quien no puede desempeñar su anterior puesto de trabajo y es pasado a otro distinto, dentro de la misma profesión"⁹.

La primera cuestión que se plantea el TS es si hay o no contradicción ya que por los que impugnan el recurso se denuncia que en realidad estamos ante un problema de calificación de incapacidades y que además hay identidad en la lesiones¹⁰. El TS entiende que no estamos ante un proceso de valoración de dolencias sino ante dos cuestiones previas que tienen un alcance general, es decir:

1ª) Se trata valorar si el pase a la segunda actividad es por sí mismo constitutivo de una incapacidad permanente. La sentencia de contraste así lo admite, mientras que la recurrida dice que no.

2ª) Habrá que determinar si a la hora de valorar las lesiones a efectos de una eventual incapacidad ha de tenerse en cuenta la profesión de policía en su configuración normal o en el ámbito reducido de la segunda actividad. Aquí el TS advierte diferencias entre la sentencia de contraste y la recurrida. En la primera, el ámbito de referencia es la profesión de policía en el ámbito funcional normal o completo, es decir, antes de pasar a la segunda actividad. Sin embargo, en la recurrida, se acepta la consideración de la segunda actividad como término de referencia de la evaluación cuando viene a indicar que la segunda actividad, que también se integra la profesión de policía local, presenta menores requerimientos físicos, lo que pone de relieve que para efectuar la valoración se ha ponderado un estándar de menor exigencia física que el que podría considerarse normal.

En definitiva, el TS se plantea que hay que distinguir a efectos de la contradicción:

- 1ª.- Si tiene efectos automáticos el pase a la segunda actividad en la calificación de una incapacidad permanente.
- 2ª.- Cual debe ser la profesión estándar que ha de tenerse en cuenta para realizar la calificación.
- 3ª.- La valoración concreta de las lesiones a efectos de la aplicación del porcentaje de disminución de rendimiento normal.

⁹ El art. 2.2 del Decreto 7/1998, de 27 de enero, por el que se desarrollan determinados aspectos relativos al pase a la situación administrativa de segunda actividad de los funcionarios de los cuerpos de la Policía del País Vasco, señala: "2.- A los efectos previstos en el presente decreto se consideran tareas fundamentales de la profesión policial las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación, y la persecución de los culpables; tareas cuyo eficaz desempeño exige una elemental capacidad tanto para el uso y el manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz/motora".

¹⁰ Las lesiones o dolencias que presentaba esta policía autónoma vasca eran relativas a presentar enfermedad celíaca controlada con dieta y síndrome de colon irritable, alteraciones tránsito intestinal y molestias gástricas.

Son las dos primeras cuestiones (que están entre sí relacionadas) sobre las que se pronuncia el TS.

En relación con el carácter o no determinante del pase a la segunda actividad como elemento que pueda determinar una calificación de incapacidad permanente. Parte de considerar que el sistema de calificación de las incapacidades laborales sigue estando en vigor (DT. 5.^a bis LGSS/1994 en relación con el art. 137 de la misma) y que tiene, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, carácter profesional y que en este sentido la remisión del número 3 de ese artículo a un porcentaje de incapacidad no remite a una valoración fisiológica por baremo, sino a una estimación aproximada en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual. Esta, a su vez, no se define ni en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional. Pero este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que en función del estado del trabajador puedan haberse adoptado en la relación de empleo. El sistema de calificación de la incapacidad permanente en nuestra Seguridad Social es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación. Recuerda que la calificación de la incapacidad permanente se realiza en vía administrativa por el INSS (art. 143.1 LGSS/1994) a través del procedimiento normado en el RD 1300/1995, 21 julio y la Orden de 18-1-1996 quedando luego sometidas sus decisiones al control de la jurisdicción social. En las disposiciones indicadas no se establece ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo. Por tanto, con independencia de que el pase a la segunda actividad, pueda ser un dato a tener en cuenta a efectos de ponderar una situación incapacitante, la calificación de las incapacidades laborales son actos que se realizan por los órganos competentes, valorando, de una parte, las lesiones del trabajador y, de otra, el marco funcional de su profesión, lo que lleva necesariamente a dar un especial relieve a la proyección funcional de las lesiones en la capacidad de trabajo, pero sin que de ello se derive ningún tipo de determinación de las decisiones de calificación por las incidencias de la relación de empleo. De aquí que no quepa equiparar pase a segunda actividad con una disminución relevante en la capacidad laboral.

Y en relación con el ámbito funcional a tener en cuenta para determinar si existe una situación tributaria de incapacidad permanente, la sentencia recurrida ha acudido a un criterio contrario al artículo 137.2 LGSS, tal y como ya el TS había interpretado para supuestos semejantes. El TS recuerda en tal sentido su doctrina anterior (entre otras STS 23 de febrero de 2006, rec. 5135/2004, ROJ: STS 1758/2006 – ECLI:ES:TS:2006:1758), STS 10 de junio de 2008, rec. 256/2007, ROJ STS 4506/2008 – ECLI:ES:TS:2008:4506) en las que efectos de la calificación de la incapacidad permanente deben de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la "profesión" y que en el caso de los policías locales el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la "profesión habitual".

La decisión en definitiva fue la de estimar el recurso, devolviendo las actuaciones a la instancia y al TSJ para qué respetando el orden de criterios generales de calificación, se pronuncie sobre la incapacidad o no de la trabajadora.

4. LAS APORTACIONES DE AURELIO DESDENTADO BONETE SOBRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE A LA DOCTRINA JUDICIAL Y CIENTIFICA

En la primera sentencia comentada lo que se determina es el sentido y alcance del art. 141.2 LGSS/1994 (actual art. 198.2 LGSS)¹¹. El ponente no entra en determinar si el trabajo que realizaba el trabajador tras su declaración de incapacidad permanente en grado de absoluta es compatible o no con el disfrute de su pensión y por tanto si procede o no la suspensión del abono de la prestación (como ocurre con otras prestaciones de Seguridad Social), lo que viene a indicarnos es que esa situación lo que habilita a la administración de la Seguridad Social es para instar un proceso de revisión de la incapacidad con las consecuencias que de ello se derive en atención al motivo por el que se inste la misma (error en el diagnóstico o mejoría) pero no a suspender el abono de la prestación. Y la segunda, es la relativa a valorar si el pase a segunda actividad por parte de la administración empleadora que entiende que hay unos déficits físicos que lo justifican, suponen o vinculan a la Seguridad Social en un proceso de valoración de incapacidades laborales. La ponencia entiende que ese pase a segunda actividad puede ser tomado en consideración como una prueba más de la existencia de patologías a valorar, pero otra es que sea vinculante.

La preocupación de Aurelio Desdentado Bonete por la incapacidad permanente en todos sus aspectos viene ya desde hace mucho tiempo. Y así lo podemos ver en su magnífico estudio “Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de Seguridad Social”¹², cuya parte central del mismo lo es en relación con la invalidez permanente. En destaca la especial dificultad de su determinación ya que estamos ante una situación protegida que se articula en una secuencia compleja pues una misma contingencia puede producir a lo largo del tiempo diversas situaciones protegidas (como el paso de una situación de incapacidad temporal a una incapacidad permanente). La respuesta que ha dado el legislador ha sido primar un concepto formal de hecho causante que resulta artificioso y manipulable. Lo que ha dado lugar a repuestas judiciales (y aquí hay que destacar las aportaciones de Aurelio) que han apostado por un concepto material en lugar del formal normativamente establecido, siendo ejemplo de ello: 1) La aplicación temporal de la Ley 26/1985 en orden a determinar cuándo han quedado objetivadas las dolencias o padecimientos tributarios de una incapacidad permanente; 2) La toma en consideración de dolencias previas a la incorporación al sistema de Seguridad Social; 3) Los requisitos de estar en alta o situación asimilada a ella; 4) En relación con los periodos de cotización exigibles, genéricos o específicos y el establecimiento de “doctrina del paréntesis”; 5) Sobre la determinación de los periodos a computar en la base reguladora, evitando lagunas de cotización o bases cero; 6) En relación a la cobertura y responsabilidad prestacional entidades gestoras y colaboradoras, singularmente en la enfermedad profesional; y 7) Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización y desde que momento debe tomarse en cuenta, distinguiendo si estamos ante contingencias comunes o profesionales, sobre todo para evitar conductas estratégicas.

¹¹ El texto refundido de la LGSS de 1974 también recogía la misma previsión en su art. 138.2 y en los mismos términos el art. 138.2 LSS/1966.

¹² El estudio se puede ver en Revista Actualidad Laboral números 21 y 22 del año 2002. También en Estudios de Derecho Judicial 38-2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.