

## Incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la segunda actividad en la Policía Autónoma Vasca. Comentario a la STS, Social, de 23 de septiembre de 2020 (núm. 792/2020)

### Incompatibility between total permanent disability and non-operational duty in the Autonomous Basque Police force. Commentary on the Social Supreme Court Ruling of September 23, 2020 (no. 792/2020)

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO *Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León*

<https://orcid.org/0000-0001-5910-2982>

Cita sugerida: RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. "Incompatibilidad entre la incapacidad permanente total y la segunda actividad en la Policía Autónoma Vasca. Comentario a la STS, Social, de 23 de septiembre de 2020 (núm. 792/2020)". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 28 (2021): 79-87.

#### Resumen

La situación de "segunda actividad" de un policía autonómico, en la que, debido al deterioro en sus condiciones físicas, desarrolla, desde la posición de servicio activo, tareas eminentemente administrativas propias de su profesión habitual, resulta incompatible con el disfrute de una prestación económica de incapacidad permanente total.

#### Palabras clave

incapacidad permanente total, profesión habitual, incompatibilidad, segunda actividad, policía

#### Abstract

The condition of "non-operational duty", in which an autonomous police officer would undertake more administrative tasks than they usually would in a position of active service due to the deterioration of their physical condition, is incompatible with the benefits of economic compensation received by a person with a completely permanent disability.

#### Keywords

completely permanent disability; usual profession; incompatibility; non-operational duty; police

## 1. LA SEGUNDA ACTIVIDAD COMO SITUACIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL

Determinados cuerpos de funcionarios (de policía, de bomberos, de agentes penitenciarios o de agentes rurales) exigen la disposición subjetiva de unas óptimas condiciones físicas y mentales que permitan en todo momento el desarrollo eficiente de las funciones que les son propias, una vez superados exigentes procesos selectivos en los que no sólo hay que aprobar pruebas de conocimiento sino también test conductuales. Al tiempo, deben acreditar determinada fortaleza, sin estar incursos, a la poste, en alguno de los apartados de los cuadros médicos de exclusiones<sup>1</sup>.

Teniendo en cuenta que sus integrantes llevan a cabo cometidos eminentemente operativos con manejo de armas y, en muchas ocasiones, desempeñan quehaceres arriesgados y peligrosos, no puede extrañar que sus aptitudes psíquicas y corporales deban cumplir rigurosos estándares durante toda su carrera, de manera que la rebaja de tales cualidades provocará la imposibilidad en el

<sup>1</sup> TRAYTER GIMÉNEZ, J.M.: "La situación administrativa de segunda actividad aplicable a determinados cuerpos especiales de funcionarios", *Revista Catalana de DretPublic*, núm. 57, 2016, pág. 182.

cumplimiento, con solvencia, de los deberes profesionales anteriormente desarrollados, pudiendo, no obstante, realizar otros menos exigentes.

Tal circunstancia ha sido atendida por el legislador de Seguridad Social a través de dos mecanismos fundamentales: de un lado, estableciendo edades de jubilación anticipada sin penalización y, de otro, protegiendo la situación de incapacidad para el trabajo como consecuencia de una alteración de la salud del sujeto que la padece a través de la prestación de incapacidad permanente total cuando presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, previsiblemente definitivas, que impiden la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (art. 194 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –TRLGSS–). Tal afectación irá acompañada de una pensión vitalicia del 55% de la Base Reguladora. Esta pensión puede sustituirse, excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario sea menor de 60 años. Asimismo, dicha pensión podrá también ser incrementada en un 20%, cuando por la edad del beneficiario, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo (art. 196.2 TRLGSS).

En paralelo a este régimen de protección social, desde la legislación de función pública también se ha pretendido dar solución a este detrimento subjetivo a través de la denominada segunda actividad, entendida como institución específica que tiene como finalidad garantizar un equilibrio entre la eficacia en el servicio y el mantenimiento del derecho al cargo del funcionario, permitiendo la adaptación de su devenir profesional a los cambios que puedan producirse por el transcurso del tiempo o por la disminución sobrevenida de su aptitud físico-cognitiva<sup>2</sup>. En efecto, las reglamentaciones respectivas de los citados cuerpos de bomberos o policías, tanto a nivel nacional, autonómico o municipal, disponen la limitación de las funciones a realizar por los profesionales afectados cuando concurren las circunstancias en cada caso previstas, de suerte que podrán llevar a cabo unas concretas áreas (normalmente, de naturaleza auxiliar o burocráticas) igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero cuya carga física o psíquica sea ostensiblemente menor a la que comporta el desempeño de los quehaceres típicos del correspondiente cuerpo<sup>3</sup>.

## 2. EL CASO PARTICULAR DE LA POLICÍA AUTÓNOMA VASCA

Descendiendo al colectivo de los ertzaintzas, además de poder acogerse a la regulación general de la Seguridad Social sobre la incapacidad permanente total en los términos anteriormente indicados, disfrutaban de un coeficiente reductor en la edad de jubilación del 0,20 de aplicación a los años completos efectivamente trabajados como miembros del Cuerpo (disposición adicional 20ª TRLGSS)<sup>4</sup>.

Al tiempo, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 22 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Policía del País Vasco, en su art. 90, regula el pase desde la situación de

<sup>2</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J.: “A vueltas con las causas de pase a la segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada”, *Revista Vasca de Organización de Personas y Administraciones Públicas*, núm. 17, 2019, pág. 32.

<sup>3</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: “Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 207.

<sup>4</sup> BARCELÓ FERNÁNDEZ, J.: “La reducción de la edad de jubilación en los policías locales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 43, 2016, pág. 270.

servicio activo a la situación administrativa especial de segunda actividad de este colectivo “por disminución apreciable de las facultades psíquicas o físicas, cuando esta determine una insuficiente capacidad de carácter permanente para el pleno desempeño de las funciones propias de su categoría, sin impedir la eficaz realización de las fundamentales tareas de la profesión policial”, aclarando además que “se consideran tareas fundamentales de la profesión policial (núcleo duro) las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención derechos delictivos, su investigación, y la persecución de las personas 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”.

Se trata, por ende, de una situación temporal, solicitada a instancia de parte o reconocida de oficio, previa valoración de las limitaciones funcionales por un tribunal evaluador compuesto por tres facultativos, que motivará el cese del funcionario en el puesto de trabajo de origen, siéndole asignado otro en adscripción provisional, en el que percibirá las retribuciones básicas de la categoría o aquéllas de carácter personal que tuvieran reconocidas, incluyendo los trienios que seguirán perfeccionándose. Se abonarán, además, las retribuciones complementarias que correspondan al puesto o plaza efectivamente desempeñados.

### 3. LA CUESTIÓN DEBATIDA

A la vista de esta regulación administrativa, puede resultar difícil deslindar dos consecuencias confluyentes ante la disminución de aptitudes psicofísicas para el desempeño de la función policial: el pase a la segunda actividad y la declaración de incapacidad permanente total por el INSS, surgiendo la duda de si se trata de dos situaciones compatibles entre sí o excluyentes. El art. 90 Real Decreto Legislativo 1/2020 parece dar solución a esta incertidumbre, pues su apartado 7 in fine determina que: “en aquellos supuestos en que el funcionario haya sido declarado en situación de incapacidad permanente por los órganos competentes de la Seguridad Social, sin que proceda su jubilación forzosa, las retribuciones complementarias que le correspondan se minorarán en la misma cuantía que importe la prestación de pago periódico que tenga reconocida en aquel concepto”.

Pese a esta regulación que parece apostar, en una primera aproximación, por la compatibilidad, procede realizar una reflexión más detenida. Así, a la luz de la normativa básica de función pública, podría interpretarse que la situación de segunda actividad sería compatible únicamente con una incapacidad permanente parcial, es decir, aquella que ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión acompañada de una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora (art. 196.1 TRLGSS), pero no podría serlo con aquellas incapacidades que provocan el reconocimiento de una jubilación forzosa y, por tanto, la pérdida de la condición de funcionario en virtud del art. 67.1 c) Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), esto es: incapacidad permanente total, que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta; incapacidad permanente absoluta, que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio; o gran invalidez, esto es, cuando por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 194 TRLGSS).

Ahora bien, para aquilatar en sus justos términos la cuestión debatida, deviene obligatorio tomar en consideración lo previsto en el art. 198 TRLGSS, en virtud del cual “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”.

Precisamente sobre los contornos de este precepto en su aplicación a la policía autónoma vasca versa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020

objeto del presente comentario, que profundiza sobre la compatibilidad o no entre las retribuciones inherentes a la situación de segunda actividad y el disfrute de una pensión de incapacidad permanente total reconocida precisamente por no estar el sujeto en condiciones de realizar las funciones operativas propias de su profesión en la primera actividad.

El Tribunal llega a una conclusión negativa atendido, en síntesis, a una consideración fundamental: el art. 198 TRLGSS no puede aplicarse cuando la profesión que realiza el policía en la primera y segunda actividad es la misma, recibiendo por el ejercicio de tal profesión la correspondiente retribución en la segunda actividad<sup>5</sup>. Dicho en otros términos, el funcionario no deja de trabajar en el mismo cuerpo que ingresó, pero por razones personales y de interés público presta otro tipo de tareas más livianas<sup>6</sup>.

Para llegar a este entendimiento el Tribunal realiza un sólido razonamiento que puede ser secuenciado en los siguientes hitos:

#### 4. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS PROBADOS

Con fecha 27 de diciembre de 2017, el Juzgado de lo Social número 5 de Vitoria dicta sentencia estimando la demanda interpuesta por la Mutua aseguradora de las contingencias profesionales frente a la Resolución del INSS de Álava que había resuelto declarando a un policía-ertzaintza afecto de incapacidad permanente total cualificada derivada de accidente de trabajo, dejando sin efecto dicha Resolución. El relato fáctico puede resumirse en el sentido siguiente:

El interesado, que prestaba servicios como preparador físico de la Brigada Móvil, sufre un accidente de trabajo el 18 de febrero de 2015 en el desarrollo de dicha actividad con afectación en una rodilla, causando baja con fecha 13 de marzo de 2015. El 26 de febrero de 2016 causa nueva baja por recaída, siendo intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones. Finalmente, el 29 de diciembre de 2016, la Mutua emite informe de alta médica ante su posible inclusión en el programa de segunda actividad dentro del Cuerpo de Ertzaintza.

Por Resolución del INSS de Álava de fecha 27 de febrero de 2017 se resuelve declarar afecto al demandante de incapacidad permanente total, derivada de accidente de trabajo de carácter cualificado para el ejercicio de su profesión, con derecho a percibir una pensión del 75 por 100 de su base reguladora con efectos económicos desde el 23 de febrero de 2017, siendo responsable de su abono la Mutua. En el informe médico de síntesis se recoge como diagnóstico “lesión de menisco interno en rodilla izquierda. Artrosis avanzada bicompartimental”, que provoca una “limitación clínico-funcional para tareas con requerimientos físicos moderados mantenidos o importantes de rodilla izquierda, en evolución, sin clara mejoría, estando agotadas, por el momento, las posibilidades terapéuticas”.

Con fecha 15 de junio de 2017, en la franja horaria que media entre las 8.45 horas y las 11.20 horas, un detective privado siguió al demandante, consiguiendo imágenes en actos tales como pasear al perro, ir a la comprar, montar en motocicleta y subir a su vivienda por las escaleras en reiteradas ocasiones.

Frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social, que, como ya consta, estimó la demanda de la Mutua y dejó sin efecto el reconocimiento por el INSS de la pensión por incapacidad permanente total (cualificada) derivada de accidente de trabajo, el policía formula recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que dicta sentencia de fecha 10 de abril de 2018, confirmado en su integridad el pronunciamiento de instancia.

<sup>5</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J.: “A vueltas con las causas de pase a la segunda actividad de los policías locales y su nuevo régimen de jubilación anticipada”, *Revista Vasca de Organización de Personas y Administraciones Públicas*, núm. 17, 2019, pág. 39.

<sup>6</sup> TRAYTER GIMÉNEZ, J.M.: “La situación administrativa de segunda actividad aplicable a determinados cuerpos especiales de funcionarios”, *Revista Catalana de DretPublic*, núm. 57, 2016, pág. 186.

Contra este parecer de suplicación, se interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, alegando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 8 de marzo de 2017<sup>7</sup>.

## 5. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

El art. 219 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), requiere, como presupuesto de admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, que exista contradicción entre dos resoluciones judiciales, la que se impugna y otra de contraste que se debe invocar, lo que supone, a la postre, la existencia de diversos pronunciamientos en sus respectivas partes dispositivas en relación con unos hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales<sup>8</sup>. Es más, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales<sup>9</sup>.

Bajo tales exigentes premisas, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido señalando en multitud de ocasiones que la cuestión relativa a la calificación y graduación de la incapacidad permanente (parcial, total, absoluta o gran invalidez) no es materia propia de unificación de doctrina “tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general”, llegando a comprometer gravemente, si se admitiese, “la garantía del principio de celeridad, que es esencial en la configuración institucional del proceso social”<sup>10</sup>.

En el presente caso, la sentencia presentada como de contraste se ocupa del siguiente asunto: un ertzaintza fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por una lesión de cadera, entendiéndose que si bien en la segunda actividad suelen desarrollarse labores de carácter administrativo, el juicio de incapacidad debe realizarse teniendo en cuenta el conjunto de las tareas esenciales de la profesión que requieren para su eficaz desempeño de una elemental capacidad tanto para el uso y manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental funcionalidad motriz/motora.

Aunque las dolencias son distintas, entre la sentencia recurrida y la de contraste se aprecia identidad sustancial en: los hechos, pues en ambos casos se trata de ertzaintzas que solicitan una pensión por incapacidad permanente total a resultas de cuadros clínicos, que aun siendo distintos, sin la menor duda impiden el desempeño de las denominadas tareas de calle, pudiendo en cambio realizar funciones administrativas propias de la segunda actividad; los fundamentos porque se aplica la normativa de seguridad social sobre la incapacidad permanente total y la normativa autonómica vasca sobre la profesión de ertzaintza; y las pretensiones, no en vano se dilucida sobre el reconocimiento o no de la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual de ertzaintza. Sin embargo, la conclusión alcanzada es distinta: la sentencia recurrida no reconoce la pensión por incapacidad permanente total para la profesión habitual como ertzaintza al poder desempeñar las tareas administrativas propias de la segunda actividad, mientras la sentencia de

<sup>7</sup> Rec. 73/2017.

<sup>8</sup> DE VAL TENA, A.L.: “Compatibilidad de la declaración de incapacidad permanente total con el desarrollo de una segunda actividad propia de algunas profesiones (como policías y bomberos): la suspensión de los efectos económicos de la pensión”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018, pág. 80.

<sup>9</sup> SSTS, Social, 8 febrero 2017 (rec. 614/2015), 6 abril 2017 (rec. 1869/2016) y 4 mayo 2017 (rec. 1201/2015).

<sup>10</sup> Entre muchas, SSTS, Social, 12 febrero 2003 (rec. 861/2002), 11 febrero 2004 (rec. 4390/2002), 2 noviembre 2005 (rec. 3117/2004), 20 julio 2006 (rec. 1320/2005), 18 abril 2007 (rec. 4757/2005), 17 febrero 2010 (rec. 52/2009), 22 octubre 2015 (rec. 1529/2014), 4 julio 2016 (rec. 3819/2014), 22 noviembre 2017 (rec. 616/2016) o 18 septiembre 2018 (rec. 144/2017).

contraste atribuye al policía autonómico la pensión por incapacidad permanente total pese al eventual desempeño de las tareas administrativas y ello en base a una consideración integral de las funciones propias de la profesión habitual de ertzaintza.

Al calor de tales extremos, el Tribunal Supremo realiza una valoración no demasiado rigorista de la contradicción, pues el divergente planteamiento de la cuestión no es óbice para admitir la contradicción que abre las puertas al recurso, toda vez que en los dos supuestos se debate la posible incompatibilidad de la percepción de la prestación de incapacidad permanente total declarada con el salario percibido por el policía como consecuencia del desarrollo de la segunda actividad.

## 6. SOBRE EL CONCEPTO DE “PROFESIÓN HABITUAL”

La naturaleza jurídica de la incapacidad permanente total a los efectos prestacionales del art. 193 y ss. TRLGSS es la que se corresponde con la imposibilidad para el desempeño de las tareas fundamentales que definen la llamada profesión habitual, lo que justifica la sustitución de las rentas de activo por las pasivas de una pensión vitalicia. Es, por ello, esencial para una adecuada calificación de la situación residual de la persona afectada la determinación de su profesión habitual, ya que unas mismas lesiones y secuelas pueden ser o no constitutivas de incapacidad permanente en función de tal concepto<sup>11</sup>.

Así, aun cuando el art. 194.2 TRLGSS, pendiente de desarrollo reglamentario, señala que “a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”, lo cierto es que el Tribunal Supremo, más que cerrar y precisar la definición legal, ha optado y sigue haciéndolo por la concreción negativa del término en el bien entendido sentido de focalizar la cuestión en lo que no merece la consideración de “profesión habitual”.

Así, el Alto Tribunal ha venido entendiendo que la “profesión habitual” no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeña, ni en consideración a la delimitación formal de la categoría, nivel salarial o grupo profesional<sup>12</sup>, sino en relación con las “funciones globales a las que se refiere el tipo de trabajo realizado”, es decir, los “cometidos que objetivamente integran la profesión”<sup>13</sup>. Sólo fijada la profesión habitual puede acometerse la valoración de la incapacidad permanente, debiendo concurrir una identidad entre las circunstancias recogidas en la resolución administrativa del INSS, en particular el profesiograma, y las funciones globales del cargo del interesado incluyendo todas las posibles variaciones habidas a lo largo del tiempo, sin que se pueda atender a las concretas tareas específicas que se pudiesen llevar a cabo cuando ocurre el hecho causante de la incapacidad permanente sino al oficio propiamente dicho o profesión del trabajador<sup>14</sup>.

Tal consideración actual, en virtud de la cual el desarrollo de funciones menos gravosas dentro de la totalidad de tareas asociadas a su cometido de policía no modifica el concepto de “profesión habitual”, llevó al Alto Tribunal en pronunciamientos previos a la sentencia aquí disertada a sentar varios extremos:

a) Si el sujeto ya ha pasado a segunda actividad y desde esa situación administrativa solicita el reconocimiento de una incapacidad permanente total, el concepto “profesión habitual” se

<sup>11</sup> Por extenso, LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M.J.: “La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión, Albacete (Bomarzo), 2011, págs. 42 y ss.

<sup>12</sup> SSTS, Social, 27 abril 2005 (rec. 998/04), 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007) y 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

<sup>13</sup> SSTS, Social, 28 febrero 2005 (rec. 1591/2004), 10 octubre 2011 (rec. 4611/2010), 4 diciembre 2012 (rec.258/2012) y 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

<sup>14</sup> STS, Social, 11 marzo 2020 (núm. 227/2020).

expande, incluyendo tanto las funciones del servicio ordinario de calle como las más livianas de la segunda actividad, de suerte que si el trabajador no está en condiciones de llevar a cabo las segundas, hay que entender que está incapacitado para su profesión habitual. Igualmente, si el sujeto no ha pasado a segunda actividad cuando se declara la incapacidad permanente total, el concepto "profesión habitual" quedaría reducido a las funciones del servicio ordinario, pero la declaración sería igualmente de incapacidad permanente total porque no podría realizar las tareas fundamentales de tal servicio ordinario<sup>15</sup>.

b) Si la incapacidad permanente total fue declarada con anterioridad al reconocimiento de la situación administrativa de segunda actividad, el INSS quedaba impedido para sustentar una revisión de oficio de la incapacidad permanente total ya reconocida con base únicamente en el pase a segunda actividad, esencialmente por no concurrir ninguna de las causas legales de revisión (mejoría o error de diagnóstico)<sup>16</sup>.

c) Si primero se produce el paso a la segunda actividad y desde tal situación se obtiene el reconocimiento de la incapacidad permanente total valorando la totalidad de las tareas que componen la profesión, el Tribunal Supremo ha dado un paso más para sentar que el lucro de la pensión queda condicionada al cese en dicha segunda actividad, no en vano mantiene la profesión y los correlativos ingresos como funcionario en activo, de suerte que se produciría el absurdo de que quienes realizan las tareas de mayor requerimiento psicofísico en la primera actividad percibirían, de facto, menores ingresos que quienes llevan a cabo cometidos más livianos por estar en segunda actividad, a partir de la vía de permitirles a estos compatibilizar el salario con la pensión<sup>17</sup>.

En definitiva, permítase la reiteración, el Tribunal Supremo ha efectuado una concreción del término "profesión habitual", señalando que no es identificable con el "grupo profesional"<sup>18</sup>, tampoco con el "puesto de trabajo"<sup>19</sup>, ni con la "categoría profesional"<sup>20</sup>. Estas afirmaciones quizá se revisen *ad futurum* cuando entre en vigor el art. 194.2 TRLGSS, pendiente de concreción reglamentaria, que, como ya consta, establece que "se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente"<sup>21</sup>, pero a día de hoy la interpretación del Alto Tribunal es contundente en el sentido *supra* indicado.

## **7. IMPOSIBILIDAD DE PERCIBIR LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL EN LA SITUACIÓN DE "SEGUNDA ACTIVIDAD"**

Constante ha sido la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que entiende que en el supuesto de que se acceda a la incapacidad permanente total desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo, tanto si la causa es una enfermedad profesional como si se trata de una

<sup>15</sup> SSTs, Social, 23 febrero 2006 (rec. 5135/2004), 10 junio 2008 (rec. 256/2007) y 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007).

<sup>16</sup> SSTs, Social, 3 mayo 2012 (rec. 1809/2012), 4 julio 2012 (rec. 1923/2011), 2 noviembre 2012 (rec. 4074/2011) o 16 octubre 2012 (rec. 3907/2012). MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "La incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario por segunda actividad, o el triunfo de la razón. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015)", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 412, 2017, pág. 111.

<sup>17</sup> STS, Social, 26 abril 2017 (rec. 3050/2015).

<sup>18</sup> STS, Social, 28 febrero 2005 (rec. 1591/2004).

<sup>19</sup> STS, Social, 26 octubre 2016 (rec. 1267/2015).

<sup>20</sup> STS, Social, 25 marzo 2009 (rec. 3402/2007).

<sup>21</sup> MORALES VALLEZ, C.: "Sobre la noción segunda actividad y sus efectos en el reconocimiento de una incapacidad permanente total", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2020.

enfermedad común, no en vano cobra plena virtualidad el principio de “incompatibilidad del salario y de la prestación de invalidez para el mismo puesto de trabajo simultáneamente”<sup>22</sup>.

No obstante, la compatibilidad del grado de incapacidad permanente total con la realización de otra profesión distinta a la habitual está implícita en su propia denominación legal, circunscrita, permítase la reiteración, a la “profesión habitual”. Por consiguiente, no tendrían que extenderse necesariamente las limitaciones de la incapacidad a otras profesiones diferentes de la considerada habitual en el momento de suceder el hecho causante de la prestación, que podrán ser desempeñadas por el beneficiario salvo que no se tenga habilidad o capacidad al efecto<sup>23</sup>.

Ahora bien, pese a esta regla general a favor de la compatibilidad entre el percibo de la prestación por incapacidad permanente total y la realización de actividades laborales distintas de las habituales, no cabe perder de vista tampoco que la situación de “segunda actividad” se halla integrada en el servicio activo del cuerpo de la policía, no en vano se mantiene la prestación de servicios en condición de agentes de la autoridad, así como el mismo régimen económico y disciplinario.

Desde tal perspectiva y contando con el bagaje judicial previo, la sentencia objeto de comentario se centra en dilucidar si el desarrollo de las funciones de la segunda actividad es compatible o no con la percepción de una prestación de incapacidad permanente total. Si, en términos generales, nadie duda de que la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, aparece siempre condicionada a que las nuevas funciones “no coincidan con aquellas que dieron lugar a la propia pensión” (art. 198 TRLGSS), tampoco cabe olvidar que cuando se asigna a un policía una segunda actividad conforme a su normativa profesional, sigue desarrollando aunque sea en condiciones particularmente poco gravosas la misma profesión respecto de la cual se reconoció la prestación por incapacidad permanente total<sup>24</sup>.

Bajo tales premisas, el Tribunal Supremo entiende en el presente pronunciamiento de 23 de septiembre de 2020 que el policía en segunda actividad mantiene idéntica su cualidad profesional previa, siquiera limitando sus funciones a las menos exigentes de entre todas las que le corresponden a su categoría y, al tiempo, conserva los ingresos económicos como policía en activo. En la medida en que continúa desarrollando su profesión habitual, esta circunstancia es incompatible con la pensión de incapacidad permanente total, que tiene naturaleza de renta sustitutoria de salarios dejados de percibir, de manera que esta prestación queda sin efectos económicos hasta el cese efectivo en las funciones tanto en la situación de primera actividad como en la segunda. Y ello porque el sujeto en segunda actividad realiza la misma profesión que desarrollaba con anterioridad, *in casu*, la de policía autonómico, hasta el punto de no conllevar la pérdida de la condición de agente de autoridad, pudiendo incluso excepcionalmente ser requerido para el cumplimiento de funciones operativas propias de la primera.

En suma, el principio básico que extrae la sentencia es la absoluta incompatibilidad entre la prestación económica por incapacidad permanente total y el desempeño de la misma profesión para la que se declara la incapacidad puesto que la pensión se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de todo el contenido de la profesión habitual del trabajador. Como con acierto razona el Tribunal Supremo, la declaración de incapacidad

<sup>22</sup> SSTS, Social, 16 diciembre 1997 (rec. 1731/1997), 24 abril 2002 (rec. 2871/2001), 13 octubre 2004 (rec. 6096/2003), 14 marzo 2006 (rec. 2724/2004), 15 febrero 2007 (rec. 5398/2005), 19 enero 2009 (rec. 1764/2008), 4 mayo 2016 (rec. 1848/2014) y 22 junio 2016 (rec. 353/2015).

<sup>23</sup> DE VAL TENA, A.L.: “Compatibilidad de la declaración de incapacidad permanente total con el desarrollo de una segunda actividad propia de algunas profesiones (como policías y bomberos): la suspensión de los efectos económicos de la pensión”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018, pág. 78.

<sup>24</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: “Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 210.

permanente total se reserva a quienes están incapacitados para continuar desarrollando la que era su profesión habitual, pero están en condiciones de desplegar otra, no siendo posible admitir la compatibilidad entre la pensión y el desarrollo de la misma profesión<sup>25</sup>, debiendo quedar aplazados los efectos económicos de la pensión al cese en la profesión habitual<sup>26</sup>.

En el presente caso, queda acreditado que el trabajador padece una limitación clínico funcional para tareas con requerimientos físicos moderados, mantenidos e importantes en la rodilla izquierda, estando agotadas por el momento las posibilidades terapéuticas, lo que supone una imposibilidad real de desempeñar las funciones de calle o las de su puesto de trabajo de preparación físico de la brigada móvil, pero no le impiden la realización de las tareas propias de la segunda actividad eminentemente administrativas, pero también propias de la profesión de policía. De este modo, se entiende conforme a derecho la revocación realizada por el Juzgado de lo Social, confirmada en suplicación, del reconocimiento por el INSS de la situación de incapacidad permanente total.

En definitiva, a la vista del contenido del fallo, puede concluirse, dando un paso más, que una vez reconocida la incapacidad permanente total el beneficiario en cuestión tendría dos opciones: o conservar el puesto de trabajo aceptando el pase a segunda actividad, o cesar en sus funciones como policía, comenzando a percibir la prestación reconocida. Si optara por esta segunda vía, siempre tendrá la posibilidad, sin perder la pensión que le ha sido reconocida, de encontrar una nueva actividad, compatible con su estado físico, correspondiente a una profesión diferente a la de policía para la que acredite, no solo poseer la formación necesaria, sino la capacidad laboral suficiente para llevarla a cabo<sup>27</sup>. Entender lo contrario supondría un privilegio de tal calado que consolidaría la incomprensible cobertura excesiva de los beneficiarios de incapacidad permanente total que continúan en activo y la innegable infraprotección de quienes no encuentran un nuevo empleo. O, dicho en otros términos, se protegería sin justificación aparente a ciertos ámbitos profesionales<sup>28</sup>. No obstante, esta tesis no sería aplicable a la declaración de incapacidad permanente parcial, pues resulta perfectamente compatible el percibo de la indemnización a tanto alzado con el desarrollo de la segunda actividad<sup>29</sup>.

## 8. CONCLUSIÓN

Sentada la incompatibilidad entre la percepción de una prestación por incapacidad permanente total y la realización de tareas retribuidas correspondientes a la situación administrativa de segunda actividad en su mismo cuerpo de adscripción, cabe, a la postre, introducir una reflexión adicional tendente a solventar el problema de partida: en los casos en los que la concreta profesión, por sus elevadas exigencias psicofísicas y atendiendo a su normativa específica, reconozca el pase a una “segunda actividad” dentro del mismo cuerpo para llevar a cabo tareas más livianas, la calificación de incapacidad permanente total para la profesión habitual solo debe admitirse cuando el estado del solicitante le impide verdaderamente realizar incluso tales tareas menos gravosas que integran el contenido de esta llamada “segunda actividad”<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> STS, Social, 16 diciembre 1997 (rec. 1731/1997).

<sup>26</sup> STS, Social, 19 diciembre 2003 (rec. 2151/2003).

<sup>27</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: “Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 211.

<sup>28</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario por segunda actividad o el triunfo de la razón. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017, rec. 3050/2015”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 412, 2017, pág. 114.

<sup>29</sup> ARETA MARTÍNEZ, M.: “El concepto profesión habitual en orden a declarar la incapacidad permanente de un bombero que pasa a segunda actividad. Comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha/SOC núm. 853/2019, de 3 de junio”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 8, 2019.

<sup>30</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. y SELMA PENALVA, A.: “Segunda actividad y reconocimiento de incapacidad permanente total ¿compatibilidad o abuso? (STS 26 abril 2017)”, *Revista Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13, 2017, pág. 212.