nº 40 (3er Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El cambio de doctrina sobre la compatibilidad entre las prestaciones de Incapacidad Permanente Absoluta y de Gran Invalidez y el Trabajo, al hilo de la Sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 abril 2024

The change in doctrine regarding the compatibility between Permanent Absolute Disability and Severe Disability benefits and work, following the Supreme Court ruling of April 11, 2024

Ricardo López Mosteiro *Doctor en Derecho. Profesor Titular Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
https://orcid.org/0000-0002-6649-6585

Cita Sugerida: LÓPEZ MONTEIRO, R.: «El cambio de doctrina sobre la compatibilidad entre las prestaciones de Incapacidad Permanente Absoluta y de Gran Invalidez y el Trabajo, al hilo de la Sentencia del pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 abril 2024». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 40 (2024): 129-142.

Resumen

Una reciente Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo anuncia un cambio de doctrina en la compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez con un trabajo, en este caso con la venta de cupones de la ONCE, que hasta la fecha era jurisprudencialmente pacífica. Basa sus razones en la interpretación literal y sistemática, unida a la realidad social del momento, estableciendo ahora la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez con un trabajo habitual y con ingresos regulares. Aquí se contrasta la situación anterior, donde percibir una pensión de incapacidad permanente absoluta y ejercer un trabajo era admitido por abundante jurisprudencia, con el análisis de la nueva doctrina del Tribunal Supremo.

Palabras clave

Compatibilidad pensión de incapacidad y trabajo, incapacidad, pensión, seguridad social, trabajo

Abstract

A recent ruling by the Supreme Court's Social Chamber plenary has announced a change in doctrine regarding the compatibility between permanent absolute disability or severe disability pensions and employment, in this case with selling lottery tickets for ONCE, which until now was considered permissible under settled case law. The Court bases its reasoning on a literal and systematic interpretation, along with the social reality of the moment, now establishing the incompatibility of these pensions with habitual work and regular income. This article contrasts the previous situation, where receiving a permanent absolute disability pension and working was allowed by abundant case law, with the new doctrine established by the Supreme Court.

Keywords

Compatibility between pension and work; disability; pension; social security; work

1. INTRODUCCIÓN

La decisión judicial protagonista de este trabajo es una Sentencia del Pleno (o "medio pleno", más bien, al estar compuesto por sólo siete magistrados) de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 abril 2024[1], dictada en casación para la unificación de doctrina, siendo recurrida en ella una Sentencia de la Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26

[1] ECLI:ES:TS:2024:1996 (*Aranzadi* JUR 2024/120553).

Fecha Recepción: 12/5/2024 - Fecha Revisión: 5/6/2024 - Fecha Aceptación: 6/6/2024
Pags. 129-142

octubre 2022[2], con ponencia a cargo del magistrado Ángel Blasco Pellicer. El supuesto de hecho traía causa de un trabajador (peón agrícola con pérdida de visión) al que se le había reconocido una pensión de incapacidad permanente total, con posterior acceso por su parte —tras el oportuno expediente de revisión— a la pensión de gran invalidez. Resultaba que el INSS no le abonaba la pensión mientras no dejara su trabajo como vendedor de cupones de la ONCE. Formulada ejecución provisional de sentencia, el Juzgado de lo Social competente de resolverla la estimó, ordenando a la entidad gestora a que abonara la pensión correspondiente. Planteado recurso de suplicación por dicha entidad gestora, la sala sevillana dio la razón al INSS, al considerar que la percepción de la pensión en cuestión resultaba incompatible con el trabajo mencionado, lo cual fue refrendado a la postre por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en un claro cambio de criterio cuyo, modificando la jurisprudencia existente a la fecha.

Se había invocado como de contraste una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 enero 2022[3], la cual reconocía la compatibilidad de una pensión de incapacidad permanente absoluta con la actividad de vendedor de cupones de la ONCE. La elección de esa Sentencia nos llama la atención, por existir otras decisiones judiciales sobre compatibilidad entre gran invalidez y trabajo que citaremos, incluso dictadas por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Y también nos llama la atención, todavía más, la admisión del recurso de casación para unificación de doctrina por parte de la propia Sala, cuando resulta que en la sentencia de contraste el actor se refiere a una pensión de incapacidad permanente absoluta, mientras que en la sentencia recurrida el actor disfruta de una pensión de gran invalidez. Con lo escrupuloso que es la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a la hora de apreciar la identidad y el núcleo de contradicción, que hace que se inadmita la inmensa mayoría de los recursos de casación para la unificación de doctrina, resulta llamativo que en este caso sí lo haya hecho. Para mayor estupor, fija que la cuestión es "determinar si el reconocimiento de una gran invalidez a un trabajador de la ONCE es compatible con el hecho de que continúe vendiendo cupones de dicha organización". Cabe insistir en que la sentencia de contraste se refiere a un caso de incapacidad permanente absoluta, con los matices que ofrece esa prestación con respecto a una gran invalidez, cuyo perceptor necesita la ayuda de una tercera persona. Además, la sentencia de contraste deriva de una acción declarativa de reconocimiento de dicha compatibilidad, mientras que la sentencia recurrida procede de un recurso de suplicación contra un Auto en ejecución provisional de sentencia (no hay identidad, según manifiesta en innumerables veces la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pues lo que se discute en unificación de doctrina, en realidad, es si procede o no la ejecución provisional, que es de donde parte todo el pleito).

En definitiva, la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ocupa de examinar si el trabajador declarado incapaz permanente absoluto, para poder cobrar su pensión, debe renunciar o no a su trabajo como vendedor de la ONCE, mientras que en la sentencia de contraste se debate si es compatible o no la prestación con el trabajo. Y a pesar de ello, se admitió en este caso el recurso de casación para la unificación de doctrina. Pareciera que el alto Tribunal ampliara su criterio de admisión, lo que contribuiría a hacer muy felices a tantos y tantos recurrentes que, después de esforzarse en formalizar recursos complicados y muy bien fundamentados, los ven morir en su orilla, al ser inadmitidos por nimiedades. Lo realmente importante de nuestra Sentencia protagonista es que en sus Fundamentos de Derecho retorna al concepto de la razón de los seguros sociales y de la seguridad social, reafirmando la razón de ser de las prestaciones, cual es el estado de necesidad, recalcado por el artículo 41 de la Constitución. Además, la Sentencia llega a considerar —entre otras justificaciones que serán objeto de examen— que, si el perceptor de la pensión ocupa un puesto de trabajo, está privando a un desempleado de optar a dicho puesto, siendo así que ahora —con la nueva doctrina— resultará imposible en la práctica compatibilizar una pensión de incapacidad

[2] Recurso núm. 340/2021.

[3] Recurso núm. 1152/2001.

permanente absoluta o de gran invalidez con el trabajo, a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a esta decisión. Se trata de un tema en el que "subyace una tensión teórica entre jurisprudencia de intereses … y jurisprudencia de conceptos …, que viene siendo convenientemente alimentada por nuestro legislador … con la promulgación de una norma que modificaba profundamente el sistema diseñado por nuestra segunda Ley General de la Seguridad Social de 1974, y cuyo tenor ha acabado perpetuándose en el tiempo"[4].

2. LA ANTERIOR DOCTRINA

Sobre la base de que «es tanto fáctica como jurídicamente posible que un pensionista por I[ncapacidad] P[ermanente] A[bsoluta] o G[ran] I[nvalidez] trabaje»[5], venía siendo abundante —y generalmente pacífica— la doctrina relativa a la posibilidad de compatibilizar las citadas pensiones de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez, no sólo con el trabajo de vendedor de cupones de la ONCE, sino también con otras actividades (nunca las mismas por las que había sido declarado inválido), como la de encargado de obra[6], administrador único y gerente de SL[7], concejal remunerado de Ayuntamiento[8], control de vehículos en un garaje[9], coordinador de centro especial de empleo[10], auxiliar contable[11], trabajador de formación vial[12], dibujante de planos en ordenador[13], trabajadora social[14] o abogado[15]. Aunque también podía constatarse la existencia de alguna decisión judicial contraria a dicha compatibilidad, como sucedió en el caso enjuiciado por una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 1 abril 2003[16], afirmándose en ella que "las actividades compatibles no son, ni pueden ser, las mismas que el trabajador venía realizando cuando surgió la contingencia determinante de la invalidez (absoluta); … tienen que ser de otro orden, adjetivo o marginal", para reiterar que "la compatibilidad entre el estado de invalido y las actividades lucrativas que pueda éste realizar, existe mientras éstas últimas no comprendan el núcleo funcional de una profesión u oficio". Cabe hacer referencia, incluso, a un supuesto de compatibilidad de pensión de gran invalidez con la venta de cupones de la ONCE, como el registrado en una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 8 marzo 1999[17], con base en que "no consta que se trate de una actividad adjetiva o marginal".

---

[4] Véase Jesús Martínez Girón, "¿Puede tener un mismo beneficiario derecho a dos pensiones contributivas compatibles de incapacidad permanente absoluta?", *Actualidad Laboral*, núm. 11 (2013), pág. 5.

[5] Véase Ricardo P. Ron Latas, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de seguridad social*, Civitas (Madrid, 2000), pág. 77, con cita jurisprudencial y doctrinal.

[6] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 marzo 2023 (*Aranzadi* JUR 2003/149609).

[7] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 abril 2000 (*Aranzadi* AS 2000/1116).

[8] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 enero 2001 (*Actualidad Laboral* 823/2001).

[9] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 20 febrero 2001 (*Aranzadi* AS 2001/1276).

[10] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 abril 2003 (*Aranzadi* AS 2003/3699).

[11] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 noviembre 2004 (*Aranzadi* JUR 2005/16208).

[12] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco de 11 octubre 2005 (*Aranzadi* AS 2005/2701).

[13] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 30 enero 2008 (*Aranzadi* RJ 2008\1984).

[14] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 octubre 2009 (*Aranzadi* RJ 2009\5730).

[15] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 6 noviembre 2018 (*Aranzadi* JUR 2019\4000).

[16] *Aranzadi* JUR 2003\137656.

[17] *Aranzadi* AS 1999\1752.

Debe tenerse en cuenta que ya la Orden del Ministerio de Trabajo de 15 abril 1969, sobre prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, decía en su artículo 24.4 que "las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado de inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"[18]. Por su parte, la Ley General de la Seguridad Social de 1974 disponía que "las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"[19], habiéndose dictado después el Real Decreto 1071/1984, que modificó diversos aspectos de la normativa en materia de la actual incapacidad permanente, por el cual —en conexión con el artículo 138 de la Ley General de Seguridad Social de 1974— se imponía la obligación de comunicación hacia la entidad gestora cuando se simultanee "la percepción de la pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta propia o ajena"[20]. Además, el Reino de España ratificó por Instrumento de 17 julio 1990 el Convenio núm. 159 de la OIT, de 20 junio 1983, sobre readaptación profesional y empleo de personas inválidas[21], que —entre otras cosas— dice que "todo miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad"[22]. A continuación, el 8 octubre 1991, la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social dictó una Resolución por la que declaraba compatible la actividad de venta de cupones de la ONCE con la actual incapacidad permanente absoluta "sin que la posibilidad de desarrollar tal actividad suponga mejoría de las lesiones o error de diagnóstico"[23]. Y por fin, la misma Dirección General dictó otra Resolución el 2 noviembre 1992 —que está vigente hoy en día, en base a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo—, a la vista de la cual "no puede prohibirse el ejercicio de una actividad laboral ni aun estando declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, sin perjuicio de las consecuencias económicas que de ello se desprendan".

Ciertamente, la posibilidad de realizar una actividad compatible con la situación de incapacidad no parecía congeniar mucho con el concepto que nos daba la Ley General de la Seguridad Social de 1974 sobre la invalidez permanente absoluta y la gran invalidez, al especificar que "se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio"[24], la cual resultaba susceptible de convertirse en gran invalidez cuando el beneficiario precisase la ayuda de una tercera persona[25]. La jurisprudencia laboral venía calificando la incapacidad permanente absoluta como la que no permitía realizar actividades livianas y sedentarias, por lo que no podía entenderse que el vender cupones de la ONCE (u otro tipo de actividades, como la de gerente, encargado de obra o la de abogado) constituyese una actividad liviana y sedentaria, y menos aún que ese trabajo regular debiese dar lugar a la inclusión en la seguridad social, lo cual resultaba prohibido expresamente por el artículo 141, apartado 3, de la Ley General de la Seguridad Social de 1994. Esta última señalaba asimismo que "las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de

[18] Apartado 4.
[19] Cfr. artículo 138, apartado 2.
[20] Cfr. artículo 2.
[21] Boletín Oficial del Estado de 23 noviembre 1990.
[22] Cfr. artículo 1, apartado 2.
[23] Todo ello, según la citada Resolución, sin perjuicio del cumplimiento de la normativa de Seguridad Social, "cuando tales tareas por su entidad sean susceptibles de inclusión en alguno de los Regímenes del Sistema".
[24] Cfr. artículo 135, apartado 5.
[25] Cfr. artículo 135, apartado 6.

revisión"[26]. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo mantenía la línea de compatibilidad de trabajos con la prestación de incapacidad permanente absoluta en diversas sentencias[27], amparándose —en lo más esencial— en que "las dificultades que entraña el juicio de I[ncapacidad] P[ermanente] A[bsoluta] y los amplios términos del art. 141.2 …[de la Ley General de la Seguridad Social] invitan a considerar que el maximalismo de la definición de I[ncapacidad] P[ermanente] A[bsoluta] se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo", teniendo en cuenta que "no existe disposición legal alguna que se refiera a la exigencia de que las actividades sean … superfluas, accidentales o esporádicas".

Respecto de la citada Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 2 noviembre 1992, acerca de la obligación de afiliación y alta, así como de la consideración de una posible incompatibilidad, la Sala de lo Social del Tribunal el Tribunal Supremo advertía sobre "la complejidad del problema y la indudable conveniencia de que la materia sea regulada por el legislador con una mayor claridad y precisión"[28]. Cierto es que la Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social, añadió un tercer apartado al artículo 141 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, a cuyo tenor "el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley". Sin embargo, aun siendo este artículo incompatible con la citada Resolución de 2 noviembre 1992, también es cierto que a día de hoy esta última Resolución no ha sido expresamente rectificada. Los rasgos característicos de la compatibilidad del percibo de una pensión de incapacidad permanente absoluta con el trabajo, como tuve ocasión de significar en otra sede[29], podían reconducirse —en esencia— a los siguientes: 1) el ejercicio de tales actividades no suponga mejoría de las lesiones o error de diagnóstico, pues ello conduciría a la revisión de la pensión; 2) las actividades pueden ser lucrativas o no, supuesto —en palabras de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo[30]— que "de la declaración de incapacidad permanente absoluta no deriva ninguna prohibición para el inválido de realizar un trabajo por cuenta propia o ajena y así lo ha declarado la Sala …, con invocación expresa del derecho al trabajo que consagra el artículo 35.1 de la Constitución"; 3) las actividades no pueden ser las mismas por las que fue declarado en situación de incapacidad permanente; 4) las actividades han de ser de carácter marginal y ocasional, y no constituir el núcleo de una profesión; 5) el ejercicio de tales actividades genera la obligación de alta y cotización; 6) las actividades son compatibles con el estado del inválido; y 7) las actividades no representan un cambio en la capacidad de trabajo de la persona declarada en situación de incapacidad permanente, a efectos de revisión.

En fin, la vigente Ley General de la Seguridad Social de 2015 afirma, en su artículo 198, que "las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"[31]. Respecto del apartado 2 del artículo 143 de la tercera —ahora derogada— Ley General de la Seguridad Social de 1994, los únicos cambios son los relativos a las palabras «incapacidad» (que sustituye a «invalidez»)

[26] Cfr. artículo 141, apartado 2.

[27] Cfr. Sentencias de 30 enero 2003 (*Aranzadi* RJ 2008/1984), de 14 julio 2010 (*Aranzadi* RJ 2010/7109) y de 19 enero 2013 (*Aranzadi* RJ 2013/3055).

[28] Sentencia de 14 octubre 2009 (*Aranzadi* RJ 2009\5730).

[29] Véase Ricardo López Mosteiro, "Compatibilidad entre gran invalidez e incapacidad permanente absoluta, y trabajo, en las prestaciones contributivas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10 (2006), págs. 675 y ss.

[30] Cfr. Sentencia de 6 marzo 1989 (*Aranzadi* 1989/1794).

[31] Apartado 2.

e incapacitado (que sustituye a «inválido»), de manera que, "en su estricta literalidad, no parece innovar nada trascendente en lo que toca al planteamiento consolidado sobre la incompatibilidad entre la pensión y el salario cuando se realiza la misma profesión"[32]. Con la actual redacción del precepto, por ejemplo, le fue reconocido a un gran inválido la compatibilidad de su pensión con el trabajo de programador informático al 75 %, pues "no ha de ser necesariamente una actividad marginal, máxime habida cuenta de la realidad que nos circunda también a nivel laboral, desatada por las nuevas tecnologías (la informática) y el teletrabajo, resultando que precisamente el actor se dedica a la programación informática a través de una pantalla de visualización de datos, en una actividad que se desarrolla en sedestación, en tarea que no se demuestra que implique de forma especial a la extremidad superior izquierda (el actor es diestro), siendo declarado apto por el servicio médico de empresa, ocupación que es a tiempo parcial y en la que goza de flexibilidad en sus horarios, paradas, pausas"[33]; y lo mismo, en relación con la posición de Concejal del Ayuntamiento de Barcelona con una dedicación del 75 %, pues "el ejercicio de esta actividad no es perjudicial o inadecuada a su estado y se ha desestimado por la gestora la revisión del grado de incapacidad del actor, y no se ha llevado a cabo revisión por error de diagnóstico"[34].

3. LA NUEVA DOCTRINA

El Pleno (o "medio pleno") de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en esta Sentencia suya —protagonista nuestra— de 11 de abril 2024 afirma literalmente que "debe abandonar el criterio interpretativo para volver a una más adecuada interpretación de los preceptos que disciplinan el régimen de compatibilidades entre prestaciones de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia o ajena que sea más respetuosa con la dicción de los preceptos legales y con la finalidad de los mismos y del propio sistema de Seguridad Social, atendidos los criterios hermenéuticos del Código Civil, especialmente, la realidad social del tiempo en que las normas deben ser aplicadas"[35]. Es decir, ese criterio servía antes, pero ahora no se adecúa a los tiempos que corren, con la realidad social actual, diciendo con ello que antes no estaba equivocado, aunque lo cierto es que no explica cuál es la realidad social que obliga a cambiar el criterio. Si se trata de no compatibilizar pensión y trabajo veremos supuestos que sí se permiten en la Ley General de la Seguridad Social. Tal vez sea el que el incapaz no pueda trabajar, lo que iría en contra de toda la normativa que desde hace tiempo trata de promover su inclusión en la vida laboral. Sin embargo, sí deja a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente contributiva en peor condición que a los titulares de pensiones de invalidez no contributiva, a los cuales sí se les permite la actividad laboral en los términos del artículo 366 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, con algunas limitaciones en cuanto al salario. La Sentencia que aquí examinamos no menciona en ningún momento el artículo 282 de la Ley General de la Seguridad Social, que reconoce la posibilidad de percibir el desempleo y trabajar (compatibilidad que sí se les reconoce hoy, de acuerdo con la realidad social del legislador, a los desempleados, jubilados, viudos, huérfanos o perceptores del ingreso mínimo vital), al tiempo que obvia el artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que esta última reconoce y respeta el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de

[32] Véase Ángel Luis de Val Tena, "La compatibilidad entre las prestaciones de seguridad social por incapacidad permanente y el trabajo u otras actividades lucrativas en el ordenamiento jurídico español", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 3 (2017), pág. 206.

[33] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 noviembre 2017 (*Aranzadi* AS 2017\2081).

[34] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 noviembre 2022 (*Aranzadi* AS 2023\235).

[35] Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 2, párrafo segundo.

medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad[36].

Ante todo, nuestra Sentencia protagonista somete a examen el vigente artículo 198, apartado 2, de la Ley General de la Seguridad Social. A tal efecto, considera que su interpretación "debía de hacerse en función de los principios generales que inspiran la legislación de la seguridad social y de la propia realidad social a la que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil que ha de conducir al entendimiento de que el legislador cuando habla del ejercicio de aquellas actividades sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, ya que el resultado de una interpretación distinta, conduciría a un resultado, como acaba de anticiparse, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo (STS de 20 de diciembre de 1985)"[37]. Y también recurre a la cita de la Sentencia de la propia Sala 13 mayo 1986, que reproduce en los siguientes términos: "A efectos decisorios, es de significar, que los trabajos a que se refiere el precepto denunciado, como infringido, son aquellos de carácter marginal y de poca importancia que no requieran darse de alta ni cotizar por ellos a la Seguridad Social, es decir, los residuales mínimos y limitados y en manera alguna, los que constituyan la propia profesión u oficio con pleno desenvolvimiento"[38].

A continuación, procede a desgranar "las razones y argumentos que avalan … la interpretación … de la Sala"[39], comenzando para ello, en primer lugar, con la alusión a "la propia interpretación literal de los preceptos que regulan la incapacidad permanente, su definición y naturaleza y el régimen de sus compatibilidades"[40], y más en concreto, la del apartado 2 del artículo 198 de la Ley General de la Seguridad Social, pues "resulta palmario que la norma —al hablar de actividades compatibles (la propia dicción 'actividades' y no 'trabajos' contribuye a dicho entendimiento) se está refiriendo a labores o tareas marginales y limitadas y no a ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social"[41]. De la dicción de dicho artículo ("aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión"), el Tribunal deduce que son una forma de hacer de forma marginal o limitada, o de forma no permanente, pero no dice que no sean lucrativas. Sin embargo, de la lectura del artículo parece que la aceptación de las actividades que se pueden realizar es más amplia, lucrativas y no lucrativas, lo que supone abrirse a un amplio abanico de actividades, siempre y cuando sus condiciones le permitan hacerlo, no mejore su capacidad laboral y no sean permanentes. Podemos nosotros interpretar, al no poder ser permanentes, que podrían ser labores parciales o fijas-discontinuas, pero con salario (lucrativas), para evitar la incompatibilidad del salario regular con la pensión, como veremos al final (de ser un trabajo regular, y con salario regular, entonces el trabajador debería renunciar a la pensión mientras desempeñe el

[36] También cabría la cita del artículo 1 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 diciembre de 2006 (cuyo Instrumento de Ratificación por parte del Reino de España aparece publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 21 abril 2008), a cuyo tenor "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

[37] Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 1.

[38] *Ibidem*.

[39] Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, apartado 2, párrafo primero.

[40] *Ibidem*, letra a).

[41] *Ibidem*.

trabajo). Dice además que no son ocupaciones permanentes y que no den lugar a su inclusión en la seguridad social, lo que reduciría ampliamente los trabajos —que no actividades— permitidos.

En segundo lugar, nuestra Sentencia protagonista se centra en «la interpretación sistemática», concluyendo que la misma «conduce a la misma solución»[42], pues «la recta hermenéutica de las actividades compatibles únicamente puede referirse a tareas o funciones que no sean las correspondientes a alguna profesión u oficio, sino a labores de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social»[43]. Podemos interpretar que se trata de actividades como la de colaborador con corredor o agente de seguros[44], la de vendedor[45], la de tertuliano de radio[46], la de mensajería para un banco[47] o la de agente comercial[48]. Tal limitación parece incompatible con la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 enero 2024 C-631/22[49], la cual —con base en la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como en los artículos 21 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— sostiene que el marco normativo europeo se opone «a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables»[50]. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo se basa en el concepto que de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez ofrece el artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social, obviando que este concepto tiene que establecerse reglamentariamente, teniendo en cuenta el carácter claudicante —aunque «de gran trascendencia práctica»[51]— de su disposición transitoria 26ª (a cuyo tenor "lo dispuesto en el artículo 194 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194"), supuesto que el desarrollo reglamentario en cuestión todavía está por venir.

En tercer lugar, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se apoya en "la finalidad genérica de todas las prestaciones que componen en cada momento el sistema de seguridad social"[52], esto es, la de "subvenir situaciones de necesidad de los ciudadanos o, más concretamente, de los afiliados al sistema, en tanto que la Seguridad Social es un régimen jurídico de protección social formado, entre otras ayudas o servicios, por prestaciones públicas que tratan de colocar a los ciudadanos a salvo de las situaciones de necesidad social a las que la vida les puede enfrentar"[53]. Recordemos que el artículo 41 de la Constitución encomienda a los poderes públicos para que procedan a garantizar "la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad", de manera que las mismas deben

[42] *Ibidem*, letra b), párrafo primero.

[43] *Ibidem*, párrafo segundo.

[44] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 29 diciembre 2021 (*Aranzadi* JUR 2021\106344).

[45] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 julio 2017 (*Aranzadi* JUR 2017\235208).

[46] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 junio 2020 (*Aranzadi* JUR 2020\258254).

[47] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 28 mayo 2003 (*Aranzadi* JUR 2003\152735).

[48] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 octubre 2019 (*Aranzadi* JUR 2020\51257).

[49] Asunto C-631/22.

[50] Cfr. su fallo.

[51] Véase Jesús Martínez Girón, Alberto Arufe Varela y Xosé Manuel Carril Vázquez, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pág. 105.

[52] Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, párrafo primero, letra c).

[53] *Ibidem*.

"adaptarse a las necesidades del momento, teniendo en cuenta el contexto general en que aquellas situaciones se producen y en conexión con las circunstancias socioeconómicas, las disponibilidades presupuestarias, las necesidades de los diversos grupos sociales y la importancia relativa de las mismas"[54]. En este sentido, nuestra Sentencia protagonista debería haber profundizado más en la suficiencia de las prestaciones, en si es suficiente renta y en si se puede vivir con eso. Suficiencia similar a la que adquieren los que disponen de varios empleos para subsistir, pues el tener un solo trabajo a tiempo parcial no permite vivir con holgura holgados a muchos trabajadores, que pasan a precisar del pluriempleo. Y así ocurre igualmente con las pensiones, supuesto que la percepción de una pensión de incapacidad permanente absoluta implicaría ingresar, en el caso de la pensión mínima con cónyuge a cargo, un montante igual a 1.033,30 euros mensuales, lo que significaría mucho esfuerzo de subsistencia (y no digamos si, además, tuviese que retribuir a una tercera persona que le auxiliase, en el supuesto de la gran invalidez).

En cuarto lugar, nuestra Sentencia protagonista se focaliza en la específica finalidad de las prestaciones de incapacidad permanente, esto es, «sustituir la sobrevenida carencia de rentas del trabajo debida a la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de trabajar que se produce como consecuencia de la situación incapacitante sufrida por el trabajado»[55], de donde —en su opinión— que "si no existe esa pérdida de rentas del trabajo porque la situación incapacitante no implica la imposibilidad de obtener las mismas, la prestación no nace porque no concurre situación de necesidad específica que precise de protección y del esfuerzo social del resto de ciudadanos para la acumulación de ingresos que permitan atender dicha situación de necesidad"[56]. A tal efecto, se apoya en jurisprudencia anterior de la propia Sala (literalmente, "el régimen ordinario en la dinámica del derecho a prestaciones de Incapacidad permanente —por definición— tiene por principio básico la absoluta incompatibilidad entre la prestación a ella debida y el desempeño de la misma actividad para la que se proclama la incapacidad, pues no hay que olvidar que la pensión de Incapacidad Permanente se satisface precisamente para compensar la pérdida de ingresos provenientes del desempeño de la actividad profesional del trabajador, por lo que —sostiene la doctrina autorizada— 'entre éste y aquélla existe una incompatibilidad esencial'")[57]. Cabría traer aquí a colación supuestos de prestaciones de baja cuantía, la cual fuerce a los beneficiarios a buscar un trabajo cuya retribución supla la insuficiencia de la prestación en cuestión, por ejemplo, en el caso de un trabajador que —por accidente o enfermedad— pierde su salario (de como mínimo 1.134 euros brutos mensuales en 14 pagas) y al que le correspondiese una pensión pequeña derivada de una cotización escasa (recuérdese el importe de la pensión mínima de incapacidad con cónyuge a cargo, en montante de 1.033,30 euros mensuales), de manera que el argumento de que la pensión sustituye el salario perdido podría valer en supuestos de largas y altas cotizaciones, pero no en los de cotizaciones cortas y elementales (con cifras reales de 2024, la tasa de sustitución del salario es del 91,11% en el primer caso y del 72,76% en el segundo caso, supuesto que el trabajador cobrara el salario mínimo interprofesional, pero la brecha aumenta a medida que se incrementa el salario, por razones convencionales o contractuales).

En quinto lugar, nuestra Sentencia protagonista trae a colación cuestiones ligadas a las políticas de empleo, invocando que «admitir la compatibilidad en los términos en los que lo hacía nuestra anterior jurisprudencia —que aquí expresamente rectificamos— implicaba, en muchas ocasiones ligadas a la prestación de un trabajo por cuenta ajena, la ocupación de un empleo que podría haber sido ocupado por un trabajador desempleado que percibía prestación pública de desempleo y que sí resultaba —y resulta— incompatible con ese nuevo empleo»[58]. Esta consideración es relativa, pues no

[54] Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 33/2014, de 27 febrero (*Boletín Oficial del Estado* de 25 marzo 2014).

[55] Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, párrafo primero, letra d).

[56] *Ibidem*.

[57] *Ibidem*.

[58] Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, párrafo primero, letra e).

sólo olvida que el pensionista de incapacidad que trabaja también cotiza obligatoriamente, y contribuye económicamente con sus cotizaciones al principio de solidaridad, sino que no toma en consideración que el puesto de trabajo que está ocupando el pensionista de incapacidad permanente, por faltar el requisito de discapacidad (por ejemplo, para trabajar como vendedor de cupones de la ONCE), tal vez no esté disponible para el desempleado, teniendo en cuenta que el volumen de empleos susceptibles de llegar a ser ocupados por los pensionistas de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez puede resultar estadísticamente insignificante. Paradójicamente, sólo un mes después de la fecha de nuestra Sentencia protagonista —que considera que el inválido le hurta un puesto de trabajo a un desempleado— se aprobó el Real Decreto-ley 2/2024 [para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo], que permite la compatibilidad de la prestación de desempleo o el subsidio con el trabajo por cuenta ajena, mientras que sólo un mes después (el 20 junio) el Congreso de los Diputados aprueba que el subsidio de desempleo pueda compatibilizarse con un trabajo que aporte ingresos de hasta 1.300 euros mensuales, de manera que, sea la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, sea el ejecutivo y el legislativo, uno de ellos no va de acuerdo con la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas. Ni siquiera es el único caso en que la Ley General de la Seguridad Social permite compatibilizar una prestación con el trabajo[59]. Tampoco se habla en ningún momento de aquellas personas discapacitadas que trabajan en centros especiales de empleo[60].

En sexto lugar, nuestra Sentencia protagonista enfoca su argumentación en las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, así como la inteligencia artificial, en el régimen de la compatibilidad de la incapacidad laboral con el trabajo, afirmando —de un lado— que "si en las actuales circunstancias sociales, las nuevas tecnologías informáticas y el uso de la denominada inteligencia artificial pueden permitir a personas con serias dificultades somáticas la realización de trabajos con la ayuda de tales instrumentos, la solución al problema que se plantea no debe ser la compatibilidad de las rentas del trabajo con la prestación pública que compense la incapacidad"[61]; y concluyendo —de otro lado— que "al contrario, la revisión del sistema de incapacidades en general y, específicamente, la del beneficiario afectado en orden a potenciar sus capacidades y la consecución de rentas dignas derivadas de su esfuerzo y trabajo al margen de la pensión pública cuya finalidad era sustituir las rentas que no existían"[62]. Choca que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo hable de "rentas dignas" y no hable de la suficiencia de las pensiones. Resulta loable que se hable de las nuevas tecnologías y de la tan de moda inteligencia artificial (como si ello fuera la panacea, para que el pensionista pueda acceder a un empleo y se olvide de su pensión, pero tiene que haber un puesto de trabajo adecuado, pues no debe limitarse el derecho del incapaz permanente al trabajo, al amparo de lo que dispone el artículo 35 de la Constitución (en este sentido, "se trata de hacer una interpretación de los textos legales que sea lo más favorable posible a la efectividad del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE; que no haga

[59] Sin pretensión de exhaustividad, a un jubilado se le permite compatibilizar su pensión con el trabajo a tiempo parcial (artículo 213, apartado 1) y con el trabajo por cuenta propia (artículo 213, apartado 4), también está el caso de las pensiones de viudedad (artículo 223) y de orfandad (artículo 224, apartado 3), así como el de la invalidez no contributiva (artículo 366) y el del ingreso mínimo vital (artículo 11, apartado 4, de la Ley 19/2021). Algunos de estos casos permiten la compatibilidad si los ingresos por trabajo no superan la cuantía del salario mínimo interprofesional. Podemos pensar que entonces se les olvidó a los magistrados fundamentar en su Sentencia que sería compatible con aquellas actividades livianas y sedentarias que no produzcan ingresos regulares y nunca superen la cuantía del salario mínimo interprofesional.

[60] Recordemos que estos, aunque no tengan una prestación de incapacidad, si tienen un porcentaje de discapacidad del 65%, perciben (en el año 2023) 6.784,54 euros en 14 pagas. ¿Podemos considerar su trabajo como residual y limitado y compatible con la pensión? Nada dice la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al respecto de esta relación laboral especial, pero es evidente que su trabajo va a ser de acuerdo con su capacidad residual y limitada en su actividad laboral.

[61] Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, párrafo primero, letra f).

[62] *Ibidem*.

de mejor condición al trabajador declarado en I[ncapacidad] P[ermanente] T[otal] que al declarado en I[ncapacidad] P[ermanente] A[bsoluta] o gran invalidez")[63]. Sigue faltando —como antes se dijo— el desarrollo reglamentario de los conceptos de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez. Sigue gozando de actualidad —en mi opinión— lo dicho por la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, hace escasamente una década (declarar "la incompatibilidad de que tratamos tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en I[ncapacidad] P[ermanente] A[bsoluta] o G[ran] I[nvalidez], pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo —psicofísico— por parte del inválido")[64].

En séptimo y último lugar, nuestra Sentencia protagonista reflexiona sobre el papel que deben jugar las políticas activas de empleo tendentes a la reinserción de las personas en situación de incapacidad permanente, indicando que "el sistema de protección social en general y las políticas de asistencia social, en particular, poseen y deben arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas con discapacidades para el trabajo, a través de programas y actividades destinadas al incremento de sus capacidades laborales, sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos, incluidos en el ámbito de la seguridad social que permiten la obtención regular de rentas derivadas del trabajo"[65]. En este sentido, cabe apuntar —según datos oficiales— que en 2023 había 1.942.900 personas discapacitadas en edad laboral[66], aunque sólo el 35,3 % se refiere a personas activas, lo cual demuestra que la inserción de las personas con discapacidad en el mercado laboral no es muy fructífera, siendo los datos particularmente negativos en relación con las mujeres (literalmente, "las mujeres con discapacidad presentan tasas de actividad, empleo y paro más elevadas que los hombres en este último año: 34 % de actividad, 26,9 % de empleo y 20,7 % de paro frente al 36,3 % de actividad, 28,4 % de empleo y 21,9 % de paro del grupo masculino), todo lo cual significa que queda mucha labor que realizar en la dirección apuntada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (el número de contratos a personas con discapacidad durante el año 2023 representó solo el 1,77 % del total de los contratos registrados en las oficinas de los Servicios Públicos de Empleo, esto es, 274.039 sobre un total de 15.444.205). Resulta evidente que la contratación de personas con discapacidad está muy lejos del objetivo pretendido por la legislación laboral de fomento, por mucha nueva tecnología que se utilice, por lo que veo difícil el futuro de aquellos trabajadores en situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez. Flaco favor hace esta Sentencia a la legitima aspiración de la persona con discapacidad a trabajar y a desarrollar sus capacidades laborales residuales, si además solo puede hacer actividades residuales y limitadas que, como no le permiten el alta y cotización a la seguridad social, no aumentará su cotización para una futura jubilación. Le hace elegir entre un trabajo incierto que no sabe cuánto durará y la certeza de la pensión.

4. ¿QUÉ OCURRIRÁ AHORA?

Con la nueva doctrina, parece lógicamente esperable que el INSS sostenga que una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez resulta incompatible con trabajos como la venta de cupones de la ONCE o similares, los cuales produzcan ingresos regulares, llevándole a denegar las solicitudes de compatibilidad. Sería justo que se articulase la opción entre el trabajo y la pensión, con la posibilidad de percibir la prestación de desempleo en caso de pérdida del trabajo, primero, y la de

[63] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 marzo 2014 (*Aranzadi* RJ 2014\1189).
[64] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 19 enero 2013 (*Aranzadi* RJ 2013\3055).
[65] Cfr. Fundamento de Derecho cuarto, párrafo primero, letra g).
[66] Informe del Mercado de Trabajo de las Personas con Discapacidad Estatal. Sepe 2024 (Datos de 2023).

reanudar el percibo de la de incapacidad, después, tras la extinción de la prestación por desempleo. Creo que también resulta esperable que aquellas personas que actualmente compatibilizan su pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez con el trabajo sean llamados a revisión de la incapacidad. Y ¿qué ocurrirá con las personas que en estos momentos estén realizando trabajos compatibles con su pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez? Entiendo que debería mantenerse la situación de aquellas personas cuya compatibilidad fue reconocida por el INSS, pues dicha situación se había alcanzado con una interpretación distinta del artículo 198 de la Ley General de la Seguridad Social.

Este último caso —que sería un caso de revisión motivado por un cambio jurisprudencial— fue el abordado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 enero 2010[67], afirmándose en ella todo lo siguiente: 1) "en el concreto caso que se sometía a su conocimiento, el hecho de que el INSS aplicase la nueva doctrina jurisprudencial a las prestaciones reconocidas en vía administrativa y la negase en los casos en que la base reguladora hubiese sido de pronunciamiento judicial firme, habiendo llegado el Tribunal Constitucional a la conclusión … de que 'en el presente caso no se aprecia la existencia de una justificación objetiva y razonable, resultando por el contrario arbitraria la razón opuesta por el INSS para denegar la revisión de la pensión'"[68]; 2) "el instituto de la cosa juzgada no puede ser justificación para que la Administración depare un peor tratamiento a pensionistas que se encuentran en idéntica situación y que se verían perjudicados por el único hecho de haber acudido a los órganos jurisdiccionales para obtener el reconocimiento de su derecho"[69]; 3) "lo que está en tela de juicio en el caso de autos es el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE) y frente a ello no puede oponer el INSS que la base reguladora de determinadas pensiones hubiera sido declarada en sentencia judicial firme, de la misma manera que no ha opuesto en el caso de las restantes el que su base reguladora hubiera quedado establecida por una resolución administrativa, pese a ser la misma igualmente firme al haber sido consentida y no recurrida o, incluso, al haber sido recurrida y desestimado el recurso en sede jurisdiccional"[70]; 4) "lo que se discute no es si el INSS tenía o no la obligación de revisar el conjunto de las pensiones de invalidez permanente reconocidas mediante la aplicación de un nuevo criterio de cálculo derivado de un cambio jurisprudencial, ni los límites que respecto de tal eventual obligación pudieran derivarse del efecto de cosa juzgada, sino la cuestión más precisa y relevante desde la perspectiva constitucional de si, habiendo decidido el INSS revisar tales pensiones, puede excluir de la revisión únicamente a aquellos pensionistas que obtuvieron su pensión como consecuencia de una resolución judicial"[71]; y 5) "y la respuesta ha de ser negativa, al ocasionarse con tal exclusión una desigualdad en el tratamiento de ciudadanos en idéntica situación que carece de justificación objetiva y razonable y que es, por ello, contraria al derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE"[72].

De retirarse la pensión por revisión, quedaría el pensionista en una posible situación de indigencia, al perder el medio de vida que había adquirido y disfrutado, resultando esperable al menos que se le permita disfrutar temporalmente de la protección por desempleo, dada la perdida involuntaria de su empleo. Existe ya algún antecedente en que no se efectuó revisión de la incapacidad, declarada compatible con la posición retribuida de concejal, en función del Criterio de Gestión del INSS 1/2021, el cual fue rectificado por el Criterio de Gestión 16/2021, declarando la incompatibilidad, pero estableciendo que "no procederá la revisión de los expedientes en los que se estimó la compatibilidad en aplicación de la anterior interpretación recogida en el apartado 2 del criterio 1/2021". En relación con los pensionistas de incapacidad permanente absoluta o de gran

[67] ECLI:ES:TS:2010:1183 (*Aranzadi* RJ 2010\1432).
[68] Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 2.
[69] *Ibidem*.
[70] *Ibidem*.
[71] *Ibidem*.
[72] *Ibidem*.

invalidez a los que se les hubiera reconocido por sentencia la compatibilidad de su pensión con el trabajo, cabría predicar la existencia de cosa juzgada formal (artículo 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y material (artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), supuesto que "en los litigios sobre incapacidad o invalidez permanente el objeto de la pretensión es único aunque normalmente contenga dos pronunciamientos, cuales son la determinación del grado de invalidez y el cálculo del contenido económico de la prestación, viniendo a constituir la base reguladora de la pensión un elemento de la pretensión que no puede escindirse de la misma sin desvirtuarla"[73]. Además, como recuerda la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, "el efecto prejudicial de la cosa juzgada se vincula al fallo, pero también a los razonamientos de la sentencia cuando constituyan la razón decisoria"[74]. De pretender el INSS la retirada de la compatibilidad reconocida en Sentencia, la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo recuerda asimismo que "la jurisprudencia de esta Sala admite que la sentencia firme, con independencia de la cosa juzgada, produzca efectos indirectos, entre ellos el de constituir en un ulterior proceso un medio de prueba de los hechos en aquella contemplados y valorados, en el caso de que sean determinantes del fallo (SSTS de 18 de marzo de 1987, 3 de noviembre de 1993, 27 de mayo de 2003, 7 de mayo de 2007)"[75].

5. EPÍLOGO CONCLUSIVO

Con la nueva doctrina resulta imposible compatibilizar una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez con trabajos habituales y que produzcan ingresos regulares. La Seguridad Social tendrá que tratar con tacto las situaciones existentes de compatibilidad, tanto las reconocidas por la entidad gestora, como las reconocidas por sentencia firme, para no crear discriminaciones, así como arbitrar medios para poder permitir al pensionista que cese en su trabajo incompatible, el retornar a su prestación de incapacidad permanente. Las actividades —que no trabajos— que se les permiten a los que perciben esa prestación son esporádicas y marginales, más bien desempeñadas con la capacidad marginal o residual del beneficiario, y que no rompan con el concepto de incapacidad permanente absoluta que impide el ejercicio de cualquier actividad liviana y sedentaria, y no ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a su inclusión en el sistema de seguridad social. Se basa nuestra Sentencia protagonista en conceptos de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez que, después de muchísimos años, no han sido todavía desarrollados reglamentariamente, desoyéndose de manera contumaz el mandato legal. Las razones del cambio de criterio, además de las basadas en la interpretación literal y semántica de la ley, se apoyan en la suficiencia de las prestaciones que deben atender a múltiples necesidades y en que la financiación de estas prestaciones se realiza con cargo a las contribuciones y los impuestos, pero no entra en la suficiencia de las pensiones. Dice el Pleno (o "medio pleno") de la Sala de lo Social Tribunal que el incapaz permanente pierde el trabajo y con ello el salario, y que al cobrar la pensión ya reemplaza el salario perdido, por lo que no hay motivo para permitirle trabajar, pues no está en estado de necesidad, pero no examina ni el estado de necesidad, ni la sustitución del salario por la pensión para ver si es suficiente. También dice que el pensionista de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez que trabaja quita un puesto de trabajo a un desempleado, teniendo que pagar el Estado la pensión y la prestación de desempleo, lo cual se posiciona en franca contradicción con el ejecutivo y con el legislativo, que precisamente en estas fechas han aprobado compatibilizar desempleo y subsidio con trabajo (sin olvidar los supuestos en que la Ley General de la Seguridad Social permite compatibilizar diversas prestaciones con trabajo). Se ofrece como solución para que las personas con discapacidad laboral trabajen la de la promoción de las nuevas tecnologías y de la inteligencia artificial, pero no la

[73] Cfr. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 abril 2019 (*Aranzadi* JUR 2019\174371).

[74] Cfr. Sentencia de 25 mayo 2010 (*Aranzadi* RJ 2010\3719), Fundamento de Derecho cuarto, apartado A), párrafo tercero.

[75] *Ibidem*.

de la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez con trabajo, por no decir que tampoco habla de limitar la prestación a otros perceptores de pensiones vitalicias o de prestaciones periódicas. Por último, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo señala que las políticas de protección social de las personas discapacitadas deben ser reorientadas a incrementar sus capacidades laborales, pero no por medio de estas compatibilidades de pensión y trabajo. Hasta la fecha, sin embargo, la contratación de personas con discapacidad, a pesar de la legislación de fomento y promoción de la misma, no ha venido aportando resultados muy favorables.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Ricardo López Mosteiro, "Compatibilidad entre gran invalidez e incapacidad permanente absoluta, y trabajo, en las prestaciones contributivas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 10 (2006)

Jesús Martínez Girón, "¿Puede tener un mismo beneficiario derecho a dos pensiones contributivas compatibles de incapacidad permanente absoluta?", *Actualidad Laboral*, núm. 11 (2013).

Jesús Martínez Girón, Alberto Arufe Varela y Xosé Manuel Carril Vázquez, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017).

Ricardo P. Ron Latas, *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de seguridad social*, Civitas (Madrid, 2000).

Ángel Luis de Val Tena, "La compatibilidad entre las prestaciones de seguridad social por incapacidad permanente y el trabajo u otras actividades lucrativas en el ordenamiento jurídico español", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 5, núm. 3 (2017).