

# Anticipación de la edad de jubilación por discapacidad: más allá de las enfermedades «listadas»

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017, recurso 4233/2015**

**Ricardo Esteban Legarreta**

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad Autónoma de Barcelona*

## 1. MARCO NORMATIVO

La **Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 27 de septiembre de 2017**, dictada en unificación de doctrina, se enmarca en el ámbito del **Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre**, regulador de la anticipación de la edad de jubilación de las personas con discapacidad en grado igual o superior al 45%. Ante las dificultades experimentadas por personas con discapacidad para mantenerse en activo hasta la edad pensionable ordinaria, diversos reales decretos han abordado la reducción de la edad de las personas con discapacidad en el acceso a la jubilación. El deterioro psicofísico más acentuado que padecen muchas personas con discapacidad exige diseñar soluciones que procuren una protección adecuada desde la Seguridad Social.

Una primera solución podría consistir en el acceso a la incapacidad permanente, teniendo en cuenta que la ley no establece una edad mínima a partir de la que se pueda acceder a la pensión, más allá de que será preciso acreditar la carencia necesaria en tanto en cuanto la incapacidad permanente derive de enfermedad común. Además, teóricamente el **artículo 193.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)** allana el camino a las retenciones que pudiese plantear el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) ante la concurrencia de disminuciones anatómicas o funcionales que existiesen antes de la afiliación. Así, en su segundo párrafo, el artículo 193.1 de la LGSS prevé que «Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación».

Sin embargo, la incapacidad permanente no acaba de ser la solución preferente por resistencias del INSS –y del Instituto Social de la Marina– y también quizás por las dificultades a la hora de acreditar el agravamiento de las secuelas padecidas con anterioridad a la afiliación. De ahí que como solución alternativa, o complementaria según se quiera, el legislador señala dos vías diferentes de anticipación de la edad de jubilación para personas con discapacidad ([art. 206.2 LGSS](#)). La primera de ellas, que no es objeto propiamente de este comentario, es la regulación de la anticipación de la edad de jubilación para los trabajadores que hayan desempeñado periodos de actividad con un grado de discapacidad no inferior al 65 %, desarrollada reglamentariamente mediante el [Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre](#). La otra, sobre la que se pronuncia la [STS de 27 de septiembre de 2017](#), es la anticipación de la edad de jubilación prevista para las personas que hayan desempeñado actividad con un grado de discapacidad igual o superior al 45 % ([art. 206.2 LGSS](#) y [RD 1851/2009, de 4 de diciembre](#)).

De acuerdo con el real decreto, podrán solicitar la anticipación de la edad de jubilación las personas que hayan desempeñado actividad laboral o autónoma en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social siempre que acrediten dos condiciones: a) que hayan trabajado como mínimo un tiempo equivalente al periodo de cotización necesario para acceder a la jubilación, es decir, 15 años, afectados por alguna de las discapacidades reflejadas en el artículo 2 del [Real Decreto 1851/2009](#) y siempre que b) esas discapacidades «hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100».

El real decreto permite una notable rebaja de la edad de jubilación, ya que las personas que cumplan con las condiciones reglamentarias podrán jubilarse a partir de los 56 años ([art. 3 RD 1851/2009](#)), gozando de un favorable tratamiento en la determinación del tipo aplicable a la base reguladora de la prestación, ya que «El periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador (...) se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora (...)» ([art. 7 RD 1851/2009](#)). Eso sí, el real decreto determina en su artículo segundo qué discapacidades pueden dar lugar a la reducción de la edad de jubilación, y que figuran en la norma reglamentaria porque se cuenta con «evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida». Entre las discapacidades mencionadas están desde la discapacidad intelectual ([art. 2 a](#)); ciertas anomalías genéticas como el síndrome de Down, el síndrome de X frágil o la acondroplasia ([art. 2 c](#)); secuelas de polio o síndrome postpolio ([art. 2 f](#)) hasta algunas tipologías de enfermedad mental ([art. 2 h](#)) entre las que el real decreto se limita a señalar la esquizofrenia y el trastorno bipolar. Para ello será necesario que esas enfermedades «hayan determinado un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100 durante al menos quince años de actividad» ([art. 1 RD 1851/2009](#)).

La prueba de la discapacidad y, sobre todo, la prueba de que la actividad laboral o autónoma se ha llevado a cabo con un grado de discapacidad no inferior al 45 % se regulan en el artículo 5 del [Real Decreto 1851/2009](#) mediante la remisión a «certificaciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones o servicios de aquel». Lo cierto es

que esta es una de las cuestiones más polémicas en la aplicación del real decreto, porque en ocasiones el trabajador puede encontrarse con alguno de los siguientes problemas: a) no contar con declaración de discapacidad durante toda la extensión del periodo de actividad; b) puede disponer de declaración pero sin indicación de la dolencia o dolencias y, en fin, c) puede ser que cuente con la prueba de la discapacidad y del tipo de dolencia que la genera, pero no puede acreditar el grado del 45 % durante todo el periodo. A este respecto, en el apartado final se realizará alguna consideración.

## 2. SUPUESTO DE HECHO

El supuesto de hecho resuelto por la [STS de 27 de septiembre de 2017](#) se centra en una problemática relativamente simple. Nos hallamos ante un trabajador afectado por una de las dolencias que abren la puerta a la anticipación de la edad de jubilación del [Real Decreto 1851/2009](#) –secuelas de poliomielitis de etiología infecciosa– y que ha sido objeto de diversas valoraciones. La primera valoración se lleva a cabo en 1975 y, como era normal en la época, se dictamina una disminución no inferior al 33 % sin entrar en mayores detalles. Posteriormente, el 22 de enero de 1999, será reconocido como persona con discapacidad en un grado del 52 % por «anomalía morfo-torácica por cifosis de etiología congénita y paraparesia por polio de etiología infecciosa». Finalmente, el 11 de octubre de 2011, tras un expediente de revisión se le aprecia un grado de discapacidad del 55 %. En la resolución se aprecian de nuevo dos discapacidades físicas: cifosis de etiología congénita con una valoración del 24 % de discapacidad y polio de etiología infecciosa cuyas secuelas generan una valoración del 40 %. Al conjunto de la valoración de la discapacidad, una vez aplicadas las tablas de valoración conjunta del artículo 5 y anexo I del [Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre](#), de procedimiento para el reconocimiento de la discapacidad (un 54 %), se añade un punto por factores sociales complementarios, de lo que resulta un grado de discapacidad total del 55 %.

El trabajador acredita una larga carrera de cotización, con un total de 35 años y 159 días cotizados (12.934 días) en el momento del hecho causante, y, por lo que se deduce de la situación, no son objeto de debate los problemas habituales de falta de acreditación de la discapacidad o de ausencia de un grado del 45 % durante al menos 15 años de actividad. La cuestión clave se encuentra en que el trabajador no acredita 15 años de cotización afectado de una dolencia de las previstas en el real decreto, que por sí sola genere un grado de discapacidad no inferior al 45 %. Ciertamente, la postpolio contribuye de manera significativa a alcanzar y a superar de hecho ese 45 % de discapacidad, pero por sí sola es valorada en un grado del 40 %. Por esta razón, el INSS deniega el acceso a la jubilación, el Juzgado de lo Social revoca la resolución de la entidad gestora, pero finalmente la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León/Burgos de 8 de octubre de 2015 (rec. 571/2015) aprecia el recurso de suplicación formulado por el INSS al interpretar que será necesario que la discapacidad o discapacidades reflejadas en el artículo 2 del [Real Decreto 1851/2009](#) alcancen por sí mismas un grado de discapacidad no inferior al 45 %.

### 3. CLAVES DE LA POSICIÓN JURÍDICA

En la [sentencia comentada](#), el Tribunal Supremo opta por realizar una interpretación flexible de los requisitos del [Real Decreto 1851/2009](#). El dato de partida está en que la persona acredita más de 15 años trabajando con un grado de discapacidad superior al 45 %, al tiempo que una de las dolencias padecidas por el recurrente, el síndrome postpolio, está incluida en el artículo 2 del real decreto como susceptible de generar «de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida». La clave está en si la dolencia ha de alcanzar por sí sola el 45 % de discapacidad o puede interpretarse que el grado que se alcance con la enfermedad «listada» puede complementarse con la discapacidad que generen otras dolencias concurrentes. En el caso, nos hallamos ante una postpolio que genera un 40 % y una cifosis con un 24 %. Y lo cierto es que ni la [LGSS](#) ni el [Real Decreto 1851/2009](#) son categóricos al respecto. Así, el [artículo 206.2 de la LGSS](#) señala que para acceder a la anticipación de la edad de jubilación por trabajos desempeñados con el 45 % de discapacidad ha de tratarse «de discapacidades (...) respecto de las que existan evidencias de que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida». Por su parte, el [Real Decreto 1851/2009](#) exige que las discapacidades enumeradas en su artículo 2 «hayan determinado (...) un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100».

Ante este panorama, el Tribunal Supremo opta por una solución flexible según la cual no es imprescindible que la discapacidad listada alcance un 45 %, pero sí es importante que esa discapacidad tenga un grado relevante o «determinante», siguiendo la literalidad del [Real Decreto 1851/2009](#), lo que acaece en el supuesto recurrido y también en la sentencia de contraste. Para apoyar este planteamiento, el Alto Tribunal subraya que «(...) si la intención del Gobierno hubiera sido la de exceptuar, a los efectos indicados, el grado de discapacidad del 45 por 100, (...) por sí sola, ese porcentaje de discapacidad, así lo habría consignado de manera explícita, utilizando cualquiera de las fórmulas posibles, y al no haberlo hecho así, no cabe admitir la exclusión de las citadas dolencias a partir de una previsión cuya exégesis, a la luz de lo razonado en los párrafos precedentes, está lejos de resultar inequívoca y concluyente». En este sentido remacha el tribunal señalando que no hay un solo requisito, sino dos: a) un grado mínimo de discapacidad del 45 % y b) que en ese grado de discapacidad concurren algunas de las enfermedades listadas.

Asimismo, más allá de la interpretación literal de la [LGSS](#) y de su desarrollo reglamentario, el Alto Tribunal completa su fundamentación basándose en un análisis teleológico de la norma que ha de coadyuvar a una interpretación flexible de la misma. A este respecto, se subraya cómo la anticipación de la edad de jubilación se basa fundamentalmente en dos razones. La primera, permitir un acceso anticipado a la jubilación a aquellas personas que, por padecer enfermedades con una clara incidencia negativa en la esperanza de vida, van a poder disfrutar durante menos tiempo de su condición de jubilados. A lo anterior se añade el hecho de que el trabajo con determinadas condiciones de discapacidad genera mayor esfuerzo y penosidad, lo que en palabras de la resolución «conlleva un mayor y más acelerado desgaste físico y funcional, y justifica que, de cumplir determinados requisitos puedan acceder a la jubilación a una edad más temprana que la ordinaria». Se añade que se trata, en ambos casos, de medidas de acción positiva fundamentadas en los artículos 9.2, 10, 14, 41 y 49 de la [Constitución](#).

Por lo tanto, si las normas reguladoras pretenden alcanzar esa finalidad, difícilmente se logrará con interpretaciones restrictivas; máxime teniendo en cuenta que el deterioro en la esperanza de vida será determinante con independencia de que esa dolencia o enfermedad alcance o no el 45 % de discapacidad por sí sola. Como cuestión de detalle puede añadirse que en el supuesto de hecho que da lugar al recurso de casación, el síndrome postpolio podría haber generado por sí mismo una declaración de discapacidad, porque supera el 33 %, y además, en su conjunto, se trata de la discapacidad con mayor grado de porcentaje en el conjunto de las padecidas, ya que alcanza una puntuación de discapacidad del 40 %, mientras que la otra patología genera una valoración del 24 %. Todo ello sin perder de vista que la otra dolencia en el caso –la cifoescoliosis– se interpreta como secundaria a la poliometritis, no como congénita.

En fin, la sentencia cierra sus argumentaciones apelando a la necesidad de interpretar la normativa de conformidad con la realidad social del tiempo en que debe aplicarse, combinándolo todo ello con la evitación de interpretaciones que comprometan el efecto útil de las normas. A este respecto, llama la atención sobre la circunstancia de que el 70 % de los potenciales beneficiarios del [Real Decreto 1851/2009](#) son afectados de síndrome postpolio y que, por lo general, no llegan a una discapacidad del 45 % con dicha enfermedad.

#### 4. POSIBILIDAD DE TRASCENDENCIA Y VALORACIÓN CRÍTICA

Con carácter general, considero muy positiva la interpretación adoptada por el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que, efectivamente, ni la [LGSS](#) ni el [Real Decreto 1851/2009](#) ofrecen claras posibilidades para una interpretación restrictiva; más bien todo lo contrario. Asimismo, comparto la visión según la cual deben primar la finalidad de la norma y sus plenos efectos en un contexto de dificultades para alcanzar una protección social digna, en consonancia con los artículos 41 y 49 de nuestra [Constitución](#).

Dicho eso, como cuestión de fondo deben subrayarse las causas que han llevado a la adopción del [Real Decreto 1851/2009](#) y las graves consecuencias que se derivan de una interpretación restrictiva del mismo. En este sentido, el criterio del Tribunal Supremo es clave si no se quiere dejar a personas con discapacidad afiliadas fuera de la protección del nivel contributivo. La imposibilidad de mantener su actividad laboral y los obstáculos para anticipar la jubilación las puede empujar a la invalidez no contributiva o, aún peor, a prolongadas esperas en situación de precariedad para acceder más adelante a una pensión mínima de jubilación desde la situación de asimilada al alta a la Seguridad Social o, quizás, en algún caso, desde situaciones de no alta. En otras palabras, no es de recibo taponar la vía alternativa de acceso a la jubilación mediante interpretaciones restrictivas que alimenten, precisamente, lo que el [Real Decreto 1851/2009](#) ha pretendido evitar.

Por lo demás, la [STS de 27 de septiembre de 2017](#) debería contribuir, en otros terrenos, a favorecer interpretaciones judiciales flexibles que ensanchen las posibilidades del [Real Decreto 1851/2009](#) y no sometan a las personas con discapacidad a periplos judiciales innecesarios. En

este sentido existen otros debates en los que es necesaria una notable sensibilidad de nuestros tribunales para evitar o para mitigar la rigidez de la Administración en la aplicación del real decreto, particularmente en materia de acreditación de la discapacidad –y de la concreta dolencia–, y del grado de discapacidad. Muestra de ello son los problemas de la acreditación fehaciente de la discapacidad y del grado cuando la persona debe retrotraerse a épocas en las que: a) la persona no cuenta con resolución declarando la discapacidad; b) las resoluciones autonómicas o del antiguo INSERSO (Instituto Nacional de Servicios Sociales) no reflejaban las dolencias, asunto abordado por la [Sentencia del TSJ de Castilla y León/Burgos de 8 de junio de 2015 \(rec. 360/2015\)](#); o bien c) cuando las resoluciones no reflejaban el grado de la discapacidad como sucede en el caso resuelto por la [Sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de abril de 2015 \(rec. 839/2015\)](#). En este último caso, el tribunal aplica una suerte de prueba de indicios a la hora de considerar que si el trabajador acredita un grado de discapacidad en un momento determinado, cabe también presumir ese grado en periodos anteriores, con base en las circunstancias concurrentes.

Todo ello, sin olvidar la necesaria consideración, como medio de prueba, de documentos que vayan más allá de las certificaciones de organismos públicos, los únicos contemplados por el artículo 5 del [Real Decreto 1851/2009](#) a la hora de acreditar la discapacidad y su grado. A este respecto, el [Real Decreto 1539/2003](#) (art. 2), regulador de la anticipación de la edad de jubilación para personas con un grado de discapacidad no inferior al 65 %, muestra mayor flexibilidad al admitir cualquier otro medio de prueba «que se considere suficiente» ([STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de noviembre de 2011](#), rec. 1101/2011), solución que deberá ser adoptada por los tribunales en la aplicación del [Real Decreto 1851/2009](#) cuando sea necesario y adecuado a la luz de las circunstancias.