

M.^a DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

*Profesora TEU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

Extracto:

LA «inacabada» reforma de la incapacidad permanente llevada a cabo por el artículo 8 de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social y su incipiente desarrollo reglamentario incide no sólo en la denominación de la prestación sino también y sobre todo -como se pone de manifiesto en este estudio- en la calificación de sus grados a partir de un concreto porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado difícil de valorar de acuerdo con una lista de enfermedades remitida a ulterior fijación reglamentaria. La ampliación de la discrecionalidad del Gobierno en un aspecto básico del diseño de la acción protectora, sin parangón en ninguna otra prestación del sistema, será pues objeto de análisis y de crítica desde una perspectiva jurídica en las páginas que siguen.

Sumario:

- I. Planteamiento inicial: el alcance de la política restrictiva en materia de Seguridad Social.
- II. La reciente reforma «negociada» por los interlocutores sociales.
- III. Las importantes innovaciones legislativas en materia de incapacidad permanente.
- IV. Conversión o transformación -¿meramente semántica?- de las pensiones de incapacidad permanente en jubilación.
- V. Imposibilidad legal de reconocimiento de una incapacidad permanente tras el cumplimiento de la edad de jubilación.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL: EL ALCANCE DE LA POLÍTICA RESTRICTIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

La reacción de los poderes públicos frente a la tan predicada crisis del sistema de Seguridad Social (1) aparece dominada hasta la fecha por la adopción de medidas que suponen no tanto una reducción en los riesgos cubiertos [en la actualidad cabe hablar de una cierta «estabilización» en el ideal de cobertura (2)], cuanto una minoración en la intensidad de la protección dispensada a los afectados (3), tanto en términos objetivos (por el cálculo de las prestaciones, por la cuantía de las mismas) como subjetivos (beneficiarios o, si se prefiere, sujetos protegidos), dando lugar a que se planteen o replanteen un conjunto de medidas de choque, de reformas necesarias (4), capaces de adaptar el sistema de pensiones [en una apuesta «reformista» -no rupturista-, decididamente a favor de la subsistencia del mismo (5)] a las variables de unos previsibles cambios estructurales a corto y medio plazo, poniendo de manifiesto -en evidencia- la inexistencia en el ordenamiento español [pero no

-
- (1) En acertada síntesis, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «Algunas notas sobre el régimen público de Seguridad Social», *REDT*, núm. 87, 1998, pág. 21 y ss.
 - (2) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 15.ª ed., Madrid, 1997, pág. 21.
 - (3) CÍRCULO DE EMPRESARIOS: *El sistema de pensiones en España: análisis y propuestas para su viabilidad*, Madrid, 1995; HERCE SAN MIGUEL, J.A. y PÉREZ DÍAZ, V.: *La reforma del sistema público de pensiones en España*, Barcelona, 1995; FUNDACIÓN BBV: *Pensiones y prestaciones por desempleo*, Bilbao, 1996 o DESDENTADO BONETE, A.: «La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el derecho de la Seguridad Social en una época de crisis», en VV.AA.: *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a Juan Antonio Linares Lorente*, Madrid, 1997, págs. 379-399.
 - (4) Reforma puntual, no rupturista, que encaja como un eslabón más en la línea iniciada doce años antes. OLARTE ENCABO, S. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La política y el Derecho de la Seguridad Social en el horizonte 2001: ¿el "adiós" al "modelo progresivo" o el arte de lo posible? Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 175, 1997, pág. 90 o HIDALGO, D.: *El futuro de España*, Madrid, 1996, pág. 268, para quien «decir que la reforma de las pensiones es necesaria pero no urgente es irresponsable porque equivale a archivar el tema hasta que sea demasiado tarde para resolverlo. La reforma del sistema es necesaria y urgente si queremos evitar un desastre económico y social en la España del primer cuarto del siglo XXI».
 - (5) OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social. Un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, Madrid, 1997, pág. 19.

como excepción, sino respondiendo a una realidad compartida en los países desarrollados (6)] de un principio de imposible receso («punto sin retorno») de los derechos de Seguridad Social (7). Las recientes reformas habidas en materia de Seguridad Social pueden resumirse en dos fundamentales: la reducción de las prestaciones sociales públicas básicas y su entrega genérica al mercado (8), cuyos agentes habrán de gestionarlas en parte y, en todo caso, complementar sus niveles de reforzada insuficiencia (9).

Los regímenes públicos quedan expuestos así a un considerable grado de «riesgo político» (10) y, en consecuencia, a su posible revisión a la baja cuando la situación económica lo aconseje (11). Frente a tal inconfesado -pero palmario- *aleas*, conviene recordar cómo a la Seguridad Social queda asignada una misión de protección bien precisa, razón por la cual sería peligroso (cuando no jurídicamente reprobable, por atentar a posibles derechos adquiridos) utilizarla como fórmula de política económica o de fomento del empleo so pena de correr el riesgo de deformar su objetivo esencial (12). Aplicar a la política social principios relacionados con la actividad económica general no conduce necesariamente a esclarecer la situación, antes al contrario, la enturbia en un marasmo de réplicas y contrarréplicas de escasa relevancia científica.

-
- (6) En la mayor parte de los países industrializados se puede observar una reducción de las prestaciones. Cfr. INFORME DEL SECRETARIO GENERAL DE LA AISS: «Evolución y tendencias de la Seguridad Social 1993-1995», *RISS*, núm. 2, 1996, pág. 25 y ss.; GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El atajo de Maastricht: convergencia económica y divergencia social. (Comentarios al Proyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)», *RL*, núm. 18, 1997, pág. 41 y ss.; CARDONA RUBERT, M.ª B. y MORRO LÓPEZ, J.J.: «Breve comentario a la Ley 335/1995, de 8 de agosto, de reforma del sistema de pensiones italiano», *RTSS*, núm. 21, 1996, pág. 131 y ss., poniendo de manifiesto cómo la novedad de mayor trascendencia de la Reforma Treu la constituye, sin duda, el criterio de cálculo de la renta. A partir de su entrada en vigor, se tienen en cuenta las aportaciones realizadas a lo largo de toda la vida laboral, es decir, se adopta el criterio contributivo.
- (7) GÁRATE CASTRO, J.: «Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente», *TS*, núm. 78, 1997, pág. 13.
- (8) MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, 1996.
- (9) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El atajo de Maastricht: convergencia económica y divergencia social...», *cit.*, pág. 52; HIDALGO, D.: *El futuro de España*, *cit.*, pág. 287, proponiendo la evolución hacia un sistema mixto público-privado, modificando el diseño del sistema público, dando opciones atractivas de salida y estimulando el crecimiento de las pensiones privadas por medios voluntarios. En tal caso, la filosofía cambiaría a los siguientes principios: «- El Estado proveerá una pensión de base; las percepciones adicionales dependerán del ahorro adicional que haya hecho el pensionista. - Se haría una división entre pensiones fijas y pensiones contributivas, dando al futuro pensionista la opción de contratar su pensión con una institución privada. - Se crearía un "fondo-colchón" como reserva para hacer frente a las pensiones estatales. - Se modificarían los cuatro parámetros del sistema público. - Se darían incentivos fiscales para pasar de la pensión pública a la privada. - Se establecería un fondo de garantía para casos de quiebra de pensiones privadas».
- (10) GARCÍA NINET, J.I.: «Acercas del "Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social"», *TS*, núm. 72, 1996, pág. 5 y ss.
- (11) BEATTIE, R. y MCGILLIVRAY, W.: «Una estrategia riesgosa: reflexiones acerca del informe del Banco Mundial titulado Envejecimiento sin crisis», *RISS*, núms. 3-5, 1995, pág. 8.
- (12) EUZEBY, A.: «Financement de la Sécurité Social et emploi», *DS*, núm. 1, 1974, pág. 395 y GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de la Seguridad Social», en VV.AA. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *La reforma pactada de las Legislaciones Laboral y de Seguridad Social*, Valladolid, 1997, pág. 421.

II. LA RECIENTE REFORMA «NEGOCIADA» POR LOS INTERLOCUTORES SOCIALES

Los hitos más relevantes que jalonan el reciente debate sobre la necesidad de una reforma a partir de la cual asegurar la viabilidad futura del sistema, el denominado «Pacto de Toledo» (13) y el «Acuerdo [hoy ya ley (14), si bien necesitada para su efectiva aplicación de concreciones normativas posteriores (15)] sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social» (16), instrumentos los tres que responden a una misma inspiración reformadora y a un idéntico afán de conservación en nuestro país de lo que constituye una de las máximas creaciones humanas (17) -sin olvidar la criticada Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998 (18)- siguen insistiendo en su crisis financiera y en la necesidad de adoptar medidas que intensifiquen el carácter contributivo y proporcional de algunas prestaciones, lo cual no hace sino poner de manifiesto cómo los mecanismos correctores introducidos en 1985 [y otros posteriores, que obedecieron a la misma preocupación de procurar el equilibrio financiero del sistema, como los provenientes de la Ley 22/1992, de 30 de julio (19), en relación con la protección

-
- (13) Por todos, BAREA, J., CARPIO, M. y DOMINGO, E.: «El futuro de las pensiones en España. Comentarios al Pacto de Toledo», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 95, 1995, pág. 3 y ss.; ROMÁN CASTILLO, J.J. y DE VAL ARNAL, J.J.: «Los Acuerdos en Toledo: la defensa constitucional del Estado del Bienestar», *Proyecto Social*, núm. 3 (en homenaje al profesor doctor Juan Rivero Lamas), 1995, pág. 141 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F.: *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, Valencia, 1997, pág. 59 y ss. o SÁNCHEZ FIERRO, J.: «La financiación de la Seguridad Social y el Pacto de Toledo: Desarrollo legislativo», *Revista del MTAS*, núm. 4, 1997, pág. 13 y ss.
- (14) Pues sus líneas de regulación, antes de su elaboración y discusión como proyecto de ley, habían sido primero consensuadas por acuerdo político en el Parlamento y luego respaldadas mediante pacto social con las organizaciones sindicales.
- (15) Que deberían aprovechar la ocasión para sustituir los obsoletos reglamentos de desarrollo de la LGSS 1966, todavía hoy parcialmente en vigor.
- (16) Vid. MARTÍN VALVERDE, A.: «El Acuerdo de 9 de octubre de 1996 entre el Gobierno y las centrales sindicales sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social. Rasgos generales del Acuerdo», *Derecho de los Negocios*, núm. 75, 1996, pág. 44 y ss.; GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El atajo de Maastricht: convergencia económica y divergencia social...», *cit.*, pág. 46 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (A propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)», *REDT*, núm. 81, 1997, pág. 5 y ss. u OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones de Seguridad Social...*, *cit.*, pág. 9 y ss.
- (17) MONTOYA MELGAR, A.: «La reforma de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo a la Ley 24/1997, de consolidación y racionalización del sistema», *Revista del MTAS*, núm. 4, 1997, pág. 37.
- (18) Pues el conjunto de normas que incorpora no se limitan en todos los casos a cuestiones relacionadas con los Presupuestos Generales del Estado o con medidas de política económica que justifiquen su inclusión en la ley. Vid. Dictamen del Consejo Económico y Social, Sesión Extraordinaria del Pleno de 1 de octubre de 1997, *Colección Dictámenes del Consejo Económico y Social*, pág. 39; PIÑERO DE LA FUENTE, A.J.: «Los "retoques" en la parte general del Derecho de la Seguridad Social que introduce la Ley de Acompañamiento de 1998. Especial referencia a los administradores sociales y al reintegro de prestaciones indebidamente percibidas», *RL*, núm. 5, 1998, pág. 94 y ss. o PANIZO ROBLES, J.A.: «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos Prácticos)*. Ed. Estudios Financieros, núm. 180, 1998, pág. 3 y ss.
- (19) Cobertura legal del precedente Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril.

del desempleo y el Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio, en relación con la entonces denominada incapacidad laboral transitoria] se han revelado a corto plazo insuficientes para resolver aquella crisis (20).

Las medidas adoptadas ponen de manifiesto una intensificación del carácter contributivo en esta modalidad de la acción protectora de la Seguridad Social, no en vano la carrera profesional del beneficiario (el tiempo durante el cual haya cotizado al sistema y la cuantía de las bases a las que se hubiera ajustado tal cotización) influye de forma más decisiva e incisiva en la cuantía de las prestaciones. La idea de partida parece de incontestable racionalidad: las actuaciones emprendidas en semejante sentido han de contribuir a lograr el necesario equilibrio financiero del sistema.

Tan lógica propuesta racionalizadora de contención del gasto público [que, paradójicamente sin embargo, no rehúsa incrementar progresivamente el gasto fiscal a través de mayores subvenciones en favor de los sistemas privados de pensiones -de donde resulta que la política reformista pretendida no equivale necesariamente a la reducción de los gastos destinados por la sociedad española a prestaciones sociales, sino que consiste tan sólo en un modo distinto de obtener y distribuir los recursos destinados a ese fin (21)-, generosas bonificaciones de cuotas empresariales a la Seguridad Social (22) -en técnica que puede hacer quebrar la solidaridad y poner en peligro la suficiencia del presupuesto de la Seguridad Social (23)- por la celebración *ex novo* de contratos indefinidos con trabajadores desempleados pertenecientes a determinados colectivos que presentan especiales dificul-

(20) GÁRATE CASTRO, J.: «Algunas coordenadas de la proyectada reforma...», *cit.*, pág. 14. Por extenso, GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación...», *cit.*, pág. 424 y ss.

(21) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El debate actual para la reforma de las pensiones», *TL*, núm. 40, 1996, pág. 106.

(22) Sobre los efectos perversos de la incentivación del empleo mediante subvenciones o bonificaciones, BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, Madrid, 1997, págs. 72-73. En acertada crítica a la generosidad bonificadora del RDL 9/1997, al permitir la autoliquidación inmediata de su importe por empresarios, sin restricciones ni compromisos de ninguna clase, frente a las cautelas lógicas que previera la normativa anterior, precisamente cuando se tiene la fundada intuición de que tales incentivos van a parar fundamentalmente a los supuestos de «blanqueo de la contratación temporal», no a la mera generación de empleo indefinido, MORÓN PRIETO, R.: «¿Fomento de la contratación indefinida?», *El País*, 5 de junio de 1997, pág. 54.

(23) Pues no hay que olvidar que mientras las subvenciones a la contratación hacen que la incentivación de los contratos indefinidos sea un problema cuya solución puede -incluso- reclamarse a toda la sociedad de contribuyentes, en el caso de las bonificaciones de la Seguridad Social es obvio que la respuesta a las dificultades se asume en mayor medida por aquellos colectivos que las padecen, como son los desempleados, los trabajadores temporales y los empresarios y, consecuentemente, son ellos quienes más arriesgan cuando dejan de aportar medios al mantenimiento del sistema de pensiones. En segundo lugar, se plantea también el problema de la suficiencia del presupuesto de la Seguridad Social, pues es obvio que si las empresas cotizan menos en un sistema asentado sobre el reparto y no sobre la capitalización, el pago de las prestaciones contributivas podría verse en peligro y llevar, a largo plazo, a la necesidad de «inyectar» dinero público al sector contributivo de la Seguridad Social y a apartarse así de la vía indicada en el *Pacto de Toledo*. PRADAS MONTILLA, R.: «Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo», *DL*, núm. 54, 1997, págs. 152-153.

tades para encontrar una ocupación (24) o rebaja en las cuotas empresariales por la transformación en indefinidos de determinados contratos concertados inicialmente como temporales (si bien la idea es que la pérdida relativa de cotizaciones aparejadas a las nuevas contrataciones sea compensada mediante el ahorro en prestaciones de desempleo (25), por un lado, y con las ayudas económicas antes dirigidas a fomentar el empleo temporal de determinados colectivos, por otro, de modo que el nuevo programa de incentivos a la contratación indefinida no ponga en peligro la solvencia financiera del sistema público de Seguridad Social (26))] hace prevalecer el aspecto económico del sistema de pensiones sobre cualquier otra consideración, determinando que la oferta de prestaciones públicas crezca sólo hasta el «punto de corte» con la línea política de equilibrio establecida con carácter previo a través de los presupuestos económicos asignados. Se trata, sin duda, de una opción política de recorte presentada como una alternativa de gestión puramente técnica en atención a unos recursos limitados en su cuantía y a previos criterios de atribución de prestaciones (27) que ha sido aceptada mayoritariamente, sin contestación sindical significativa y con reparos políticos de escasa

-
- (24) Con carácter general, cada contrato indefinido celebrado con jóvenes desempleados menores de treinta años o parados de larga duración (al menos un año en desempleo) con edad comprendida entre los treinta y los cuarenta y cinco años, durante su período de vigencia y hasta un máximo de veinticuatro meses contados desde el inicio de la relación laboral, conocerá una bonificación del 40 por 100 de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes, lo que se traduce, teniendo en cuenta el tipo general actualmente vigente del 23,6 por 100, en la aplicación de un tipo reducido del 14,16 por 100. No obstante, la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, contempla incentivos especiales para la contratación *ex novo* de dos grupos de trabajadores desempleados:
- Bonificación del 60 por 100 durante los dos primeros años de contratación a trabajadoras desempleadas de larga duración en aquellas profesiones u oficios en los que el colectivo femenino se halle subrepresentado, lo cual da lugar a un tipo reducido de cotización del 9,44 por 100 para contingencias comunes (medida incardinable en las políticas de acción positiva orientadas a conseguir la igualdad de oportunidades de las mujeres en el acceso al mercado de trabajo y más específicamente a ciertas ocupaciones tradicionalmente masculinizadas), y
 - Bonificación del 60 por 100 durante los dos primeros años para la contratación de desempleados mayores de cuarenta y cinco años (por tanto de cuarenta y seis años en adelante) y una reducción del 50 por 100 durante el resto de la vigencia del contrato (cuota patronal: 11,8%).
- (25) El Gobierno, para evitar la insuficiencia económica del nivel contributivo, ha dispuesto que las bonificaciones en las cuotas que incentivan el empleo «se financian con cargo a las correspondientes partidas del Instituto Nacional de Empleo», lo cual permite «que no se vean afectados negativamente los ingresos del sistema de Seguridad Social ni tampoco los recursos destinados a políticas activas». La anterior previsión parte de una suposición sobre el comportamiento de los empresarios: que van a contratar más a partir de ahora y, por tanto, se reducirá el montante destinado al abono de las prestaciones por desempleo. PRADAS MONTILLA, R.: «Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social...», *cit.*, pág. 153.
- (26) Cada vez que un empresario retira a un perceptor de desempleo de las listas del paro, el Estado se está ahorrando el importe de su prestación y de las cotizaciones a ella vinculadas como prestación accesoria (aportación empresarial y el 35% de la cuota correspondiente al trabajador), además de lo cual, aun en el supuesto de cotización empresarial reducida, se pasa a generar un flujo externo de ingresos a la Tesorería, antes inexistente, adicponible a las partidas presupuestarias que se transfieren desde el Instituto Nacional de Empleo, GALIANA MORENO, J.M.^a y CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Algunas consideraciones sobre la última reforma legislativa del mercado de trabajo. (A propósito de los Reales Decretos-Leyes 8/1997 y 9/1997, de 16 de mayo)», *Ar. Soc.*, núm. 9, 1997, pág. 56.
- (27) MONEREO PÉREZ, J.L.: «El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados», texto mecanografiado de próxima publicación en *REDT*.

audiencia (28). Es más, la lógica interna en los procesos de restauración del sistema de protección social puede motivar la sospecha fundada de que esta reforma negociada no ha sido sino el primer paso en una política de reducción de las pensiones públicas (29).

El legislador, que no puede ignorar tales datos, acepta el reto de reformar las prestaciones de Seguridad Social para así garantizar la viabilidad futura del sistema, aun cuando la fecha para adoptar las decisiones hace que éstas no traigan causa inmediata en una posible crisis actual cuanto en el cumplimiento de las exigencias de convergencia europea, elemento este externo al sistema pero capaz de influir y predeterminar el sentido de la evolución de las políticas sociales y señaladamente de la política de pensiones (30). Precisamente con el objeto de introducir la necesaria transparencia en la estructura de pensiones del sistema de Seguridad Social y para tener presentes «tendencias que se registran en el marco de la Unión Europea» el *Pacto de pensiones* considera conveniente modificar la Ley General de la Seguridad Social en el sentido de que se pase a denominar, a partir de los 65 años, la pensión de incapacidad permanente como pensión de jubilación.

III. LAS IMPORTANTES INNOVACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

La reciente reforma de la incapacidad permanente llevada a cabo por el artículo 8 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social (LCR), encuentra proyección en aspectos diferentes a los directamente relacionados con las prestaciones económicas (31) -en este sentido destaca la ausencia de modificaciones en la base reguladora de las pen-

(28) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social: Comentario a las Leyes 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, y 66/1997, de 30 de diciembre, de acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 1998», *RL*, núm. 6, 1998, pág. 13.

(29) MONEREO PÉREZ, J.L.: «El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados», texto mecanografiado de próxima publicación en *REDT*.

(30) En el proceso reformista influyen sin duda los requisitos de convergencia diseñados en el Tratado de Maastricht, como reconoce expresamente el Informe de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social en julio de 1996. El programa de acción social de la Comisión para el período 1994-1997 parte de la premisa de que la diversidad de los sistemas nacionales de Seguridad Social no debe precluir las medidas armonizadoras, solicitándose de los Gobiernos la puesta a punto de políticas de convergencia. Sin embargo, según el Libro Verde sobre la política social europea, las medidas de integración social no han de perseguirse mediante la armonización de los sistemas nacionales sino a través del enigmático procedimiento de definir «un marco de reforzamiento de los sistemas de protección social y de encaje de la legislación comunitaria sobre política social en un contexto dinámico basado en unos objetivos comunes». La armonización puede concebirse, de un lado, como un medio para lograr un equilibrio de cargas sociales que evite las distorsiones de la competencia. Pero también puede entenderse como un instrumento o garantía de nivelación de cobertura social. VALDÉS DAL-RE, F.: «El sistema europeo de Seguridad Social: realidad y perspectivas de futuro», *RL*, núm. 19, 1997, pág. 8.

(31) Las cuales no experimentan cambios en relación con la configuración que de ellas realiza el artículo 139 TRLGSS. *Cfr.* ROMÁN VACA, E.: *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, Valencia, 1996.

siones de invalidez permanente frente a la revisión de la correspondiente a la pensión de jubilación, cuyo período de cómputo pasa de ocho a quince años, el cual, tal vez al menos, hubiera podido evitar comportamientos estratégicos de sustitución de la jubilación por la incapacidad (32)- a través de una serie de medidas capaces de incidir no sólo en la denominación -más propia (33) y afortunada (34), según algunos, en lógica consonancia con la previa incapacidad temporal de la que suele derivar esta prestación (35) y con una carga semántica menos negativa que la invalidez en tanto no expresa un desvalor, sino una idea de falta de habilidad o aptitud en relación con una actividad determinada o el logro de un fin también determinado (36)- de la contingencia protegida (así la «incapacidad» permanente sustituirá a la «invalidez» permanente), sino también -y sobre todo- en la calificación de los grados de incapacidad permanente al objeto de evitar una serie de disfuncionalidades (37) presentes en la regulación vigente hasta el momento (38). Estos grados siguen siendo cuatro -parcial, total, absoluta y gran invalidez-, pero la inclusión en uno u otro no va a depender de calificaciones administrativas o jurisdiccionales efectuadas sobre la base de definiciones jurídicas (39), sino de un concreto «porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo

-
- (32) DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social», *Revista del MTAS*, núm. 4, 1997, págs. 65-66.
- (33) Para calificar una prestación que tiene como finalidad la de otorgar una renta de sustitución a aquellas que se han perdido como consecuencia de la pérdida de la capacidad de trabajo y, consiguientemente, de la capacidad de ganancia del interesado, *MTAS*: «Memoria explicativa del Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 26-1, de 26 de diciembre de 1996, pág. 60.
- (34) MARTÍN VALVERDE, A.: «La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social», *Derecho de los negocios*, núms. 82/83, 1997, pág. 52 y «El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social», *Revista del MTAS*, núm. 4, 1997, pág. 43.
- (35) BLASCO LAHOZ, J.F.: *La reforma de la Seguridad Social: El pacto de Toledo y su desarrollo*, *cit.*, pág. 124.
- (36) DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación...», *cit.*, pág. 72.
- (37) MERCADER UGUINA, J.R.: «La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», *RL*, núm. 23, 1997, págs. 79-80.
- (38) En primer lugar, una aparente contradicción en la regulación respecto al reconocimiento inicial de la pensión frente a la revisión del grado reconocido; aunque se podía causar pensión de incapacidad a los 65 o más años, sin embargo, se imposibilitaba la revisión del grado de incapacidad cuando el beneficiario de la pensión los había superado. En segundo lugar, una regulación discordante entre las pensiones contributivas y las de naturaleza no contributiva por incapacidad, aunque, como se deduce de la ley, se trata de pensiones de igual clase, si bien de distinta modalidad; si respecto a las pensiones contributivas se podía causar pensión de incapacidad más allá de los 65 años, por el contrario, en la modalidad no contributiva ello no era posible. En tercer lugar, una doble cobertura ante una situación de necesidad y, por último, una cierta tendencia a intentar alcanzar la pensión de incapacidad, aunque se pueda tener derecho a la pensión de jubilación, dado el distinto trato fiscal de ambas pensiones (lo que se traduce en unos importes netos diferenciados). *MTAS*: «Memoria explicativa del Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», *cit.*
- (39) MARTÍN VALVERDE, A.: «El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la ley de consolidación y racionalización...», *cit.*, pág. 49.

con la lista de enfermedades» no establecido en la ley (40) sino remitido a ulterior fijación reglamentaria; decisión esta ciertamente criticable (41) al tratarse de un aspecto básico que debiera definir la ley (42) y contrastar vivamente con la situación anterior, en la cual una norma de tal rango ofrecía expresamente la definición (43). Aparte de las objeciones técnicas que puedan hacerse, resulta merecedor de crítica además desde una perspectiva político-jurídica, ya que ello amplía sin límite la discrecionalidad del Gobierno en un aspecto básico del diseño de la acción protectora, sin parangón en ninguna otra prestación del sistema (44).

El grado de incapacidad se atribuye en función de la repercusión de la lesión o lesiones en la capacidad laboral, deviniendo esta calificación en un juicio lógico jurídico y no en una mera afirmación de hecho, el cual ha de ser enjuiciado por los jueces como una consecuencia del precepto de aplicación, siendo susceptible de revisión en vía de recurso, por infracción o violación, según los casos, de la norma sustantiva adecuada (45). Al comparar este esquema con el proceso anterior de calificación es sencillo advertir cómo la diferencia consiste en que la norma ha determinado directamente una serie de operaciones antes realizadas por el gestor administrativo o juez. La operación aplicativa consistirá en determinar las lesiones (un problema exclusivo de prueba de hechos) y en comprobar el porcentaje de reducción previsto en el baremo para ellas (una aplicación casi automática de la norma), reaccionando así frente a la discrecionalidad judicial en el control de las decisiones administrativas de calificación en una situación caracterizada por un excepcional nivel de litigiosidad, por la ausencia de criterios unificados (46) y por la persistencia de un número anormalmente alto de entradas en las pensiones de invalidez (47).

(40) El dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto proponía que la ley definiera los distintos grados de incapacidad, dejando al desarrollo reglamentario la elaboración de la lista de enfermedades, los criterios de valoración y el encuadramiento en los distintos grados.

(41) Con un efecto de descongelación de rango propio de la deslegalización. DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación...», *cit.*, pág. 66.

(42) OLARTE ENCABO, S. y MOLINA NAVARRETE, C.: «La política y el Derecho de la Seguridad Social...», *cit.*, pág. 93.

(43) GÁRATE CASTRO, J.: «Algunas coordenadas de la proyectada reforma...», *cit.*, pág. 18.

(44) OLARTE ENCABO, S.: El derecho a prestaciones..., *cit.*, pág. 23.

(45) ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La incapacidad permanente», en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia, 1997, pág. 390.

(46) El carácter casuístico de la calificación de la incapacidad permanente la ha excluido del proceso de unificación doctrinal, pues si unas determinadas secuelas producen uno u otro grado de incapacidad no es extensible ni generalizable, sino casuística, hasta el extremo de que más que de incapacidades puede hablarse de incapacitados. Por todas, SSTS 30 enero 1989 (Ar. 326) y 19 y 24 enero 1991 (Ar. 271 y 281). Insiste la STS 18 diciembre 1996 (Ar. 9724) en que «la repercusión en cada individuo de una patología en parte semejante, la enfermedad abstractamente considerada, por sí sola no es constitutiva de invalidez permanente; no hay enfermedades causantes de invalidez permanente, sino enfermos». Cfr. SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina*, 1996, Pamplona, 1997, pág. 287 o DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUSTANVINO, M.: *La Seguridad Social en la unificación de doctrina*, Valencia, 1997, págs. 81 y 82.

(47) La discrecionalidad de la potestad reglamentaria (el baremo) ha sustituido la discrecionalidad del operador jurídico (administrador o juez). DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la ley de consolidación...», *cit.*, pág. 69.

La norma reglamentaria habrá de unir un determinado estado patológico con un grado de disminución de la capacidad de trabajo, pero sin poder evitar un elemento de indeterminación, de necesaria adaptación al concreto inválido que no es otro que «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 aquélla estaba encuadrada antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente» (48).

Habrà que esperar al desarrollo de la ley para evaluarla correctamente, pero no puede correrse el riesgo de aumentar extraordinariamente la litigiosidad y convertir a los Tribunales en la entidad gestora de las prestaciones de incapacidad, con lo que el objetivo de conseguir la seguridad jurídica mediante la elaboración -extraordinariamente compleja- de una lista de enfermedades, quede convertido en inseguridad a la hora de aplicarla a los grupos profesionales (49) por su gran inestabilidad. El baremo -valoración médica centrada en la constatación de la capacidad o incapacidad físi-co-psíquica de una persona para ejecutar las funciones vitales (50)- no podrá tomar este dato directamente de las normas de la negociación colectiva, sino que, como en el caso de la profesión habitual, deberá reelaborar esas normas para construir unos grupos profesionales dotados de cierta estabilidad que operen como una especie de «tipos ideales» (51).

Frente a la incapacidad temporal, asentada en su carácter provisional -con expectativas de curación- la incapacidad permanente para el trabajo se configura como irreversible y presumiblemente definitiva, con el consiguiente déficit de ingresos para el beneficiario, al que la acción protectora de la Seguridad Social deberá ofrecer cobertura. En tanto la disminución o anulación de la capacidad laboral del trabajador le produce una reducción en su salario o la pérdida definitiva del mismo, la prestación de la Seguridad Social va a ser económica y dirigida a mermar los efectos que en la unidad familiar del beneficiario va a producir el lucro cesante (el objeto en verdad protegido es la capacidad de ganancia económica, la pérdida salarial sobrevenida). El legislador ha optado por un concepto de incapacidad permanente basado en un criterio de capacidad laboral y funcional según

(48) ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La incapacidad permanente», en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, L.E.): *Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 390.

(49) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social...», cit., pág. 27.

(50) Valoración por lo demás irreal, pues nadie es capaz de ejercer todas las profesiones y siempre hay algunas actividades que escapan a la medición objetiva y son efectivamente desarrolladas por personas que, de acuerdo con los criterios normales de calificación, serían inválidos absolutos. Es más, en el caso de incapacidades genéricas los resultados del baremo son además insuficientes, porque la capacidad laboral no es una función exclusiva de la integridad física, sino que depende de otras variables personales o, incluso, económico-sociales, si se quiere introducir una valoración en términos de capacidad de ganancia. DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación...», cit., pág. 71 o ALONSO GARCÍA, B.: *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid, 1997, págs. 67-72.

(51) DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación...», cit., pág. 70.

las secuelas, de base médica [déficit orgánico o funcional, según la jurisprudencia (52)] y no de capacidad de ganancia, sin tener en cuenta factores personales (edad, formación) o las posibilidades de encontrar empleo, sólo considerados para cualificar o aumentar la incapacidad anatómica y funcional previamente definida (53). Este criterio de ordenación quizá fuera congruente con una situación estable de pleno empleo, pero no en las actuales circunstancias, pues de poco sirve la declaración médica sobre la existencia de una cierta capacidad residual para desempeñar actividades profesionales distintas a la habitual cuando en la mayoría de los supuestos esta posibilidad quedará como mera expectativa, no realizable, por falta de empleo (54).

Las pensiones de incapacidad permanente se antojan especialmente aptas para la realización de propuestas atractivas, perfectamente válidas para el cumplimiento de determinados objetivos (55), pero a menudo muestran una inadecuada valoración de las consecuencias últimas de ellas derivadas (56). En este sentido conviene preguntarse si el sistema de lista es la solución y si realmente este nuevo mecanismo aportará las debidas dosis no sólo de seguridad jurídica, sino también de justicia y equidad (57), pues las tasas de invalidez deben reflejar una situación de incapacidad calificable como «normal», es decir, apropiada a la situación sanitaria del país; sin embargo, y habida cuenta las pensiones de invalidez dependen también del acto de reconocimiento de la incapacidad, la flexibilidad en estas declaraciones puede provocar unos resultados no acordes con la verdadera situa-

(52) Por todas, SSTS 9 abril y 13 junio 1990 (Ar. 3442 y 5071). Aunque la norma requiere un tratamiento médico previo y haber sido dado de alta médica (es decir, la necesidad de existencia de un proceso curativo previo de la lesión), el propio precepto (art. 134.1 TRLGSS) señala que no es necesario haber estado sometido a tratamiento médico ni se precisa el alta médica en los casos en que concurran secuelas definitivas. Por tanto, para acceder a la incapacidad permanente no es imprescindible pasar por la fase previa de la incapacidad temporal (aunque lo normal es iniciar y agotar un tratamiento médico previo a la calificación de la incapacidad permanente). BENEYTO CALABUIG, D.: *La reforma de la Seguridad Social*. 1997, 2.ª ed., Valencia, 1997, pág. 58.

(53) BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARTLER CARRASCO, M.ª A.: *Curso de Seguridad Social*, 4.ª ed., Valencia, 1997, págs. 335 y 343.

(54) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El debate actual para la reforma de las pensiones», *cit.*, pág. 114.

(55) Así, se ha propuesto un sistema de pensiones desarrollado a partir de dos bases fundamentales, la equidad individual y el bienestar social. El objetivo del bienestar social sería resolver las situaciones de necesidad y se trataría como un programa de impuestos y transferencias; el objetivo de la equidad individual se asimilaría a un programa de cobertura de riesgos; ambos se tratarían separadamente y tendrían objetivos complementarios: en el primer caso, resolver situaciones concretas de necesidad, en el segundo, se busca que las personas se aseguren ante los riesgos de jubilación, fallecimiento e invalidez. Para la cobertura de este último riesgo, durante la vida de trabajo se va aportando una prima de seguro de invalidez que protege al trabajador, cónyuge e hijos del riesgo de incapacidad y del riesgo posterior de fallecimiento del trabajador incapacitado. La prima de seguro sería anual y se calcularía en función de los siniestros ocurridos y de la masa salarial que cotiza. Se trataría de determinar cuáles van a ser los siniestros esperados en valor actual y financiarlos con las primas de seguro aportadas por todos los cotizantes. MATEO DUEÑAS, R.: *Rediseño general del sistema de pensiones español*, Pamplona, 1997, págs. 303-304.

(56) BAREA, J., CARPIO, M. y DOMINGO, E.: «El futuro de las pensiones en España. Comentario al Pacto de Toledo», *Cuadernos de Información Económica*, núm. 95, 1995, pág. 5.

(57) SOMAINI, E.: *Equità e riforma del sistema pensionistico*, Bolonia, 1996, pág. 21 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: «De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas», pág. 34.

ción en términos porcentuales (58). De hecho, en todos los sistemas -en una tendencia constante y repetida a lo largo de los años 80- la incapacidad desde el punto de vista médico aparece asociada a la actividad que puede desarrollar el inválido, teniendo en cuenta su capacidad residual (59). Es preciso hacer constar, sin embargo, cómo la regulación actual contempla órganos, métodos y contenidos diversos para calificar la invalidez que da derecho a las prestaciones no contributivas y a las contributivas. Aun cuando ambas fórmulas de evaluación tienen por referente la capacidad de trabajo residual de los interesados, sólo una de ellas considera factores socio-económicos y posibilidades reales de nuevo empleo junto a los factores estrictamente físicos. De ahí el «absurdo asistencial» de que quien es incapacitado total según una de esas fórmulas, podría haber sido valorado como plenamente capacitado según la otra (60).

En cualquier caso, la existencia del requisito de reducción de la capacidad de ganancia -en la cualidad y cuantía requerida-, así como del carácter permanente, no puede ser comprobado sino *a posteriori*, impidiendo en la práctica determinar su estado potencial si no es acudiendo a exámenes médicos y pruebas (*test*) adecuados (salvo eventuales controles posteriores), sin olvidar la necesidad, sobre todo en etapas de crisis económica, de intensificar los mecanismos de control que hagan difícil o imposible el disfrute indebido de las prestaciones, bien sea a través de la inspección (basada en el control informático) de las desviaciones por provincias o estableciendo un régimen de revisión permanente de las situaciones de incapacidad y sus grados.

(58) Numerosos estudios muestran la «anormalidad» del crecimiento de las pensiones de invalidez en España, donde la relación entre jubilados e inválidos era en 1985 de 1,69; proporción a todas luces inexplicable atendiendo a criterios normales, morbilidad o siniestralidad. Por todos, CRUZ ROCHE, I.: *Análisis económico de la Seguridad Social española 2*, Madrid, 1984, pág. 148. Este crecimiento sigue produciéndose de manera constante por varios factores:

1. El sistema está madurando, es decir, los sujetos incluidos completan carreras de seguro cada vez más amplias que permiten el acceso a derechos también más completos.
2. El «efecto de sustitución» da entrada a pensiones nuevas más altas en lugar de las anteriores más reducidas.

DURÁN HERAS, A.: «El sistema público de pensiones», *Fundación Empresa Pública*, 1994, pág. 36 y ss.

A este respecto, resulta altamente significativa la proyección económico-actuarial del gasto de pensiones contributivas en el sistema de Seguridad Social efectuado por el Ministerio de Trabajo, pues pone de manifiesto cómo los trabajadores que están en la primera etapa de su carrera laboral, entre 18 y 44 años, acceden a la incapacidad permanente simplemente por causas de incapacitación física; entre 45 y 59 años, junto con las causas puramente biológicas influyen las sociales, tales como el desempleo o la imposibilidad de prepararse para una nueva profesión cuando el trabajador queda incapacitado para la suya habitual; a partir de los 60 y hasta los 64, la tasa de incapacidad permanente disminuye a resultas de dos fenómenos contrapuestos: por una parte, y en razón a la edad, la probabilidad de invalidarse es mayor; por otra, el trabajador puede optar por una jubilación anticipada (en muchas ocasiones más ventajosa económicamente) o esperar a los 65 años para obtener la pensión de jubilación. Por ello, a partir de los 60 años disminuye considerablemente la solicitud de una invalidez, sobre todo cuando se presume que el grado a alcanzar va a ser el de «total para la profesión habitual» y no «absoluta para todo trabajo». *MTSS: La Seguridad Social en el umbral del siglo XXI*, Madrid, 1996, págs. 106-108.

(59) COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Cuadros comparativos de los Regímenes de la Seguridad Social. La protección social en los Estados miembros de la Comunidad*: 1990, Madrid, 1991, pág. 71 y ss.

(60) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El debate actual para la reforma de las pensiones», *cit.*, pág. 108.

El proceso de declaración de invalidez requiere, primero, la constatación de las lesiones que ocasionen secuelas invalidantes (o expresado de otra forma, es necesario determinar previamente si el beneficiario se encuentra en situación de incapacidad permanente a la luz de la norma positiva) y sólo una vez constatada esta situación, determinar a renglón seguido el grado en que se concreta la invalidez (61).

La graduación de las incapacidades [transitoriamente el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) establece distintas manifestaciones de la intensidad de la aptitud residual del inválido para el trabajo, con la correspondiente prestación económica en función de la disminución de capacidad de generar rentas de trabajo (62). Definidos por los preceptos legales, cada grado responde a unas características propias, con un régimen jurídico diferenciado, presupuestos y niveles de protección diversos (63)] dependerá, a partir de ahora (el núm. 2 del art. 8 de la Ley 24/1997 añade al TRLGSS una nueva disposición transitoria, la quinta bis, estableciendo la no aplicación de lo dispuesto en el art. 137 de la misma ley hasta tanto las disposiciones reglamentarias referidas no entren en vigor, para lo cual concede el plazo de un año, aplicándose entre tanto la normativa ante-

(61) Más extensamente, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, 1982, pág. 186 y ss. o ROMÁN VACA, E.: *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, cit., págs. 29-38 y 77-78.

(62) De forma que las lesiones leves pueden incluirse en las más graves. Así, SSTSJ Asturias, 10 septiembre 1991 (Ar. 4850), Castilla y León/Burgos, 17 octubre 1991 (Ar. 5505); Canarias/Tenerife, 20 octubre 1992 (Ar. 4805); STSJ País Vasco, 16 marzo 1993 (Ar. 1382). La STSJ Cantabria, 14 enero 1993 (Ar. 199) aplica el principio «quien pide lo más pide lo menos» en el supuesto de reconocer la aplicación del baremo indemnizatorio de las lesiones permanentes no invalidantes a pesar de que la pretensión del actor se orientó en favor de la IPP, ya que «ambas pretensiones son de cantidad de tracto único y dimanantes de la misma causa». Limitando el ámbito del principio estudiado a «las invalideces homogéneas, es decir, aceptando la posibilidad de que se reconozca el grado de IPP, aun cuando se haya solicitado la IPT, o se declare IPA cuando se reclamara GI», STSJ Cantabria, 12 febrero 1993 (Ar. 655).

A este planteamiento se añade el de que la entidad gestora de la Seguridad Social no queda vinculada por la petición del beneficiario de un grado determinado, sino que puede reconocer libremente el que considere ajustado a su estado de incapacidad, sea superior o inferior al solicitado. Cfr: VEGA LÓPEZ, J.: «El juego del principio de congruencia en el proceso de reconocimiento de la invalidez permanente: el principio "quien pide lo más pide lo menos"», *AL*, núm. 34, 1997, pág. 859.

(63) Este criterio de orden material es el fundamento principal de la doctrina judicial que rechaza la posibilidad de que los Tribunales conozcan grados de incapacidad permanente no solicitados expresamente en la demanda, afirmando que una lesión no invalidante no es una situación cuantitativamente inferior a la situación de incapacidad permanente parcial, ni ésta lo es con respecto a la incapacidad permanente total; ni esta última, en fin, lo es en relación a la incapacidad permanente absoluta. Así, por STS 11 febrero 1991 (Ar. 823) se revocó la sentencia que reconoció la IPA, declarando no afecto de IP al actor, e «invitó» a éste a que reclamase una IPT «toda vez que no se ha instado en esta litis». En igual sentido, SSTSJ País Vasco, 1 marzo 1991 (Ar. 1723); Galicia, 19 septiembre 1991 y 15 mayo 1992 (Ar. 5060 y 2764); Andalucía/Granada, 14 julio 1992 (Ar. 3557); Cataluña, 18 noviembre 1992 (Ar. 5535); Castilla y León/Burgos, 3 junio 1993 (Ar. 2697); STSJ Cantabria, 12 febrero 1993 (Ar. 655) y Andalucía/Granada, 8 noviembre 1994 (Ar. 4255). La STSJ Baleares, 15 enero 1993 (Ar. 155) revocó la sentencia de instancia que reconoció IP por enfermedad común en vez de accidente de trabajo que fue la contingencia solicitada; en igual sentido, la STSJ Cataluña, 4 diciembre 1993 (Ar. 5278) rechazó por incongruente la sentencia de instancia en la que se reconoció la contingencia de enfermedad común como causante de la IP reconocida, cuando se había solicitado la contingencia de enfermedad profesional. En la doctrina científica, ORDEIG FOS, J.M.ª: *El sistema español de la Seguridad Social. (Y el de la Comunidad Europea)*, 5.ª ed. act., Madrid, 1993, pág. 304; RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios a la Ley de Seguridad Social*, vol. II, (3.ª ed. act.) Valladolid, 1983, pág. 253 y ss. o ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7.ª ed., Madrid, 1991, pág. 420 y ss.

rior), de dos factores que, combinados en una forma no especificada por la nueva ley, parecen buscar una -discutible (64)- gestión menos litigiosa de este sector de la acción protectora. Uno es la fijación de porcentajes de reducción de la capacidad de trabajo que marcan la línea divisoria entre los distintos grados de incapacidad; el otro, el establecimiento de listas de lesiones o dolencias típicas a las que corresponde de manera invariable un determinado grado de incapacidad (65).

Hay quien va más allá y propone incluso la supresión de los grados de incapacidad, en decisión que comportaría cuatro efectos esenciales:

1. La existencia de una pensión de incapacidad permanente única, si bien dotada de complementos circunstanciales (según edad, posibilidades de empleo, existencia o no de empleo marginal, necesidad de atención por un tercero).
2. La revisión íntegra del sistema de valoración, abandonando la rigidez del criterio médico hasta ahora predominante y potenciando la discrecionalidad del órgano de calificación en la apreciación de las circunstancias socio-económicas, consiguiendo con ello una valoración real, individualizada y fácil de adaptar a las circunstancias del inválido, aun cuando requiriera la constitución de un órgano de calificación de naturaleza consultiva, colegiado y exclusivo para esa función (e integrado en la entidad gestora competente, sin perjuicio de la independencia técnica exigida por su misión).
3. La mejora de los mecanismos de revisión de las incapacidades ya declaradas, imponiendo revisiones automáticas ante el cambio de circunstancias de salario y empleo, sin perjuicio del cumplimiento de requisitos de notificación, audiencia y posibilidad de reclamación, periódicas y obligatorias, y
4. La confirmación del principio general de compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con la actividad profesional del beneficiario, si bien con suspensión de los incrementos reconocidos durante los períodos de actividad retribuida, sometiendo todas

Algunos de los Tribunales que sostienen el carácter autónomo de los diferentes grados de incapacidad permanente y, por ende, la inaplicabilidad del principio «quien pide lo más pide lo menos» dejan abierta, sin embargo, la posibilidad de que el juzgador pueda reconocer grados inferiores, siempre y cuando el demandante, en la fase de alegaciones, «aclare» o «amplíe» el *petitum* de la demanda en el sentido de solicitar, además del grado reclamado, los grados inferiores. STS 27 febrero 1995 (Ar. 1261); SSTSJ País Vasco, 1 marzo 1991 (Ar. 1723); Galicia, 9 mayo 1991 (Ar. 3085); Baleares, 15 enero 1993 (Ar. 155); Andalucía/Granada, 12 enero 1993 (Ar. 56) o Castilla y León/Burgos, 3 junio 1993 (Ar. 2697). Una glosa de las mismas en VEGA LÓPEZ, J.: «El juego del principio de congruencia en el proceso de reconocimiento de la invalidez permanente,...», *cit.*, pág. 853 y ss.

(64) BLASCO LAHOZ, J.F.: *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, *cit.*, pág. 95.

(65) MARTÍN VALVERDE, A.: «La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización...», *cit.*, pág. 56.

las pensiones a tributación fiscal, con independencia de cuál fuera su grado o régimen (66) -así como los complementos por gran invalidez, cuya cuantía debiera ser uniforme, y no variable según la cuantía de la pensión respectiva-.

Dado que la Seguridad Social atiende la cobertura de situaciones de necesidad individualizadas, no es la protección de la incapacidad permanente una contingencia fácil de reducir a un baremo o lista indemnizatoria al estilo de las prácticas habituales de las compañías aseguradoras de otras ramas de previsión (67). Tomado en su totalidad, el riesgo de incapacidad presenta múltiples dificultades de cobertura, entre otras razones por su variedad: el «*inválido*» es una abstracción bajo la cual existen los individuos inválidos, «todos diferentes, cada uno con sus propios problemas psicológicos y sociales y con su propia y peculiar invalidez» (68).

La cuestión suscitada a partir de la reforma es de gran envergadura y está llamada a ser objeto de controversia (69), no sólo por el redescubrimiento del celeberrimo sistema de «listas» empleado para los accidentes de trabajo en épocas pretéritas (70) (y vigente para las enfermedades profesionales y lesiones permanentes no invalidantes), sino porque esta materia, aún prevista en el Acuerdo Administración-Sindicatos, no formaba parte del sistema de acuerdos político-parlamentarios integrados en el Pacto de Toledo (sin perjuicio, obviamente, de que el legislador sea soberano para ampliar los contenidos del Pacto en cuestión y alcanzar a través de tal extensión el mismo efecto de la reforma social) (71). Ciertamente tiene lugar una «deslegalización» que sustrae del Parlamento la regulación de una materia tan trascendente como es la invalidez, confundiendo la contingencia protegida con el origen clínico de la misma, desvinculando el grado de incapacidad de la profesión habitual o dando vigencia a una particular y expresa consideración de «profesión habitual», que en adelante será la que «ejercía el interesado o la del grupo profesional en que aquél estaba integrado» (72) y reduciendo -en contra del tenor de su propia Exposición de Motivos- la seguridad jurídica (73).

(66) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El debate actual para la reforma de las pensiones», *cit.*, págs. 114 y 115.

(67) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización...», *cit.*, pág. 449.

(68) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 264, citando a HALL, M.P.: *The Social Services*, 5.ª ed., Londres, 1960, pág. 294.

(69) Pues, en cualquier caso, las modificaciones referentes a la incapacidad permanente sólo serán aplicables a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias, siendo aplicable hasta entonces la legislación anterior. Disposición transitoria quinta bis TRLGSS, introducida conforme a lo dispuesto en el artículo 8.dos LCR.

(70) ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M.: *Invalidez permanente y Seguridad Social*, *cit.*, pág. 47 y ss., relata con detalle la evolución histórica de la cobertura y configuración de la contingencia de incapacidad permanente, con referencia expresa a los Reglamentos de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, en los que se contenían listados de enfermedades indemnizables.

(71) MONEREO PÉREZ, J.L.: «El futuro del sistema de pensiones: sistema público y sistemas privados», texto mecanografiado, de próxima publicación en *REDT*.

(72) ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «La incapacidad permanente», en VV.AA. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, *cit.*, pág. 392.

(73) Enmienda núm. 68 del Grupo Socialista a la aprobación de la Ley 24/1997.

Se ha podido apreciar la existencia de una especie de invitación a la litigiosidad en materia de prestaciones de Seguridad Social en general, y especialmente en incapacidad permanente por la propia complejidad de la regulación y la lentitud de los trámites administrativos, cuestión agravada por la existencia de una línea de rigidez en la aplicación de las reformas restrictivas del sistema desde 1982 en adelante y, de forma significativa, por la rectificación reductiva que la Ley 26/1985, de 31 de julio, realizó sobre las pensiones de invalidez permanente derivada de contingencias comunes. A ello se añade una actuación de la Administración de la Seguridad Social que, de un lado, fragmenta el tratamiento de los grupos masivos de beneficiarios en resoluciones diferentes, para obligar a la impugnación individual de las mismas (74) y, por otro, nunca prescinde del recurso contra las decisiones contrarias de los Juzgados de lo Social, con lo que se prolongan los plazos de resolución y se colapsa la actividad jurisdiccional de revisión de estos actos-masa en materia de Seguridad Social (75).

A partir de la efectiva entrada en vigor de la reforma comentada, la reducción de la capacidad de trabajo no será la «libremente» apreciada por los órganos de evaluación que intervengan en el procedimiento abierto para el reconocimiento de la incapacidad, antes al contrario, éstos habrán de ceñir su actuación a declarar la que, según la mencionada lista de enfermedades, corresponda al concreto/s padecimiento/s del interesado. Por lo demás, será harto difícil superar la dificultad técnica de especificación concreta y circunstanciada de cuantas enfermedades incapacitantes puedan presentarse, máxime teniendo en cuenta la necesaria conexión entre enfermedad y su efecto incapacitante con la actividad profesional (76); más en concreto, con el concepto de «grupo profesional» (77) como ámbito de actividad en el que enmarcar el efecto reductor de capacidad de trabajo que cada tipo de enfermedad listada tenga.

Lo que por «profesión habitual» había de entenderse antes de la reforma venía establecido en el propio artículo 137.2 TRLGSS y 11.2 de la Orden Ministerial de 15 de abril 1969, según dicha contingencia proviniera de accidente (la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo) o enfermedad (aquella a la que el trabajador dedicaba su «actividad fundamental» durante los doce meses anteriores a la iniciación de la incapacidad temporal), no debiendo reducirse este concepto a las concretas desempeñadas cuando ocurrió el hecho causante, antes al contrario debiendo «partir de las que para su oficio fijan las reglamentaciones o convenio» (78) o del «núcleo fundamental» de la profesión (79) y teniendo en cuenta, además, el tipo de trabajo y el lugar en que se presta (80).

(74) SALINAS MOLINA, F.: «El conflicto colectivo de Seguridad Social», en VV.AA.: El proceso de conflicto colectivo, Madrid, 1994, pág. 38.

(75) LÓPEZ ARRIBA, P. y CALVO FERNÁNDEZ, A.: «Evolución de la litigiosidad en España en materia de invalidez permanente (1977-1987)», *RT*, núm. 93, 1989, págs. 189-190 y BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid, 1995, pág. 374.

(76) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización: un hito ambivalente...», *cit.*, pág. 449.

(77) VALDÉS DE LA VEGA, B.: *La profesionalidad del trabajador en el contrato laboral*, Madrid, 1997.

(78) STSJ Extremadura, 15 febrero 1994 (Ar. 442).

(79) STS 16 marzo 1988 (Ar. 1953).

(80) STCT, 23 abril 1986 (Ar. 2734). Por ejemplo, el realizado a gran altura, STS 7 julio 1988 (Ar. 5778). Como señaló STS 17 de enero 1989 (Ar. 259), «no es esencialmente coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda

A partir de la reforma introducida por el artículo 8.cinco LCR, las referencias a la profesión habitual deberán entenderse realizadas a la «profesión que ejercía el interesado» o «grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada», ampliando el concepto ofrecido por reciente jurisprudencia, según la cual «el concepto de profesión habitual..., en el caso de accidente laboral o no, lo es respecto de las labores que se desarrollan al momento del hecho causante, aunque antes o después del accidente el trabajador haya desempeñado otro tipo de actividad. La profesión habitual, en consecuencia, no es la que se tenga al momento de instar la pretensión» (81).

Resulta difícil, desde luego, armonizar el logro de «la necesaria seguridad jurídica tanto para el sistema de la Seguridad Social como para los trabajadores» que se dice pretender (82), con el carácter difuso, disperso e inconcreto que tiene la expresión «grupo profesional» (83), pues, como es sabido, si bien el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores (ET) promocionó decididamente la noción de grupo profesional como clave de los sistemas de clasificación profesional, dejó abierta la opción de un sistema basado en la categoría profesional -referido a una descripción de tareas mucho más restrictiva, acorde con una descripción singularizada del puesto de trabajo, por oposición a la agrupación de tareas similares con el mismo perfil que caracteriza al grupo-, ejercitable en función del criterio que más se ajuste a las características del sector productivo o de la empresa, según sea más adecuado describir la estructura profesional a través de un limitado número de categorías, por ser escasa la diversidad de funciones que pueden desempeñarse, o mediante la agrupación de funciones o especialidades próximas entre sí, a identificar de forma autónoma frente a otras. Se trata, en consecuencia, de una materia que presenta perfiles muy diversos y en la cual la falta de homogeneidad en los criterios que definen las clasificaciones no afecta por sí misma a los derechos laborales, antes bien permite una flexibilidad en la determinación de aquéllos con el propósito de ajustar la organización productiva real a la fijación de lo que luego serán obligaciones y derechos recíprocos para ambas partes del contrato (84).

A pesar de la plena virtualidad que tal concepto presenta en el plano de la relación jurídico-laboral como referente de la prestación debida por el trabajador (con efectos en la clasificación profesional, la polivalencia y la movilidad funcional, entre otros) su traslación al ámbito de la protección social en que aparece situada la relación jurídica de Seguridad Social no puede realizarse sin introducir matices que permitan preservar la protección necesaria de los trabajadores afectados y eviten situaciones de desprotección en aquellos supuestos en los que la limitación de la capacidad laboral impidiera ejercer al trabajador las tareas de la profesión y oficio habitualmente desempeña-

destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones... de titulación o pertenencia a un grupo profesional». En la relación con la profesión habitual insisten las SSTS 9 marzo 1990 (Ar. 2043), 21 junio y 23 octubre 1990 (Ar. 5499 y 7711) y 31 mayo y 21 noviembre 1996 (Ar. 4713 y 8713), especialmente esta última se refiere a todas las circunstancias de la actividad de trabajo, incluida la incompatibilidad con el ambiente o medio en que se presta la actividad.

(81) Entre otras, SSTS 31 mayo 1996 (Ar. 2759).

(82) Apartado E), párrafo segundo, del Pacto de Pensiones.

(83) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización...», *cit.*, pág. 450.

(84) ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: «La estructura profesional en el Acuerdo de Cobertura de Vacíos», en VV.AA. (VALDÉS DAL-RE, F., Dir.): *La reforma pactada...*, *cit.*, pág. 315.

do, pero permitiera postular, en un plano teórico y no real, que su restante capacidad laboral no le impide, sin embargo, ejercer otras funciones o tareas de distinto oficio o profesión encuadradas en el mismo grupo profesional (85). La definición legal del grupo reproduce básicamente la contenida en el artículo 39 ET en la redacción anterior a la Ley 11/1994, integrando en él las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y pudiendo incluir tanto diversas categorías profesionales, como distintas funciones o especialidades profesionales, pautas todas ellas lo suficientemente indeterminadas y flexibles como para permitir que la negociación colectiva determine autónomamente la definición del grupo, adaptando aquellos criterios a las funciones propias del sector o de la empresa (86). Es más, el artículo 7.3 del Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos, reiterando la posibilidad de división interna de los grupos en áreas funcionales, menciona sin embargo, con carácter ejemplificativo, las correspondientes a administración, comercial, técnica, de producción y servicios auxiliares, lo que justifica la impresión expuesta de que los grupos profesionales no integran en realidad tareas de contenido funcional general común, sino muy diverso (87). El citado artículo 7.3 permite ubicar en los grupos profesionales y áreas funcionales, las viejas categorías de técnicos, empleados, operarios y subalternos, abriendo de esta forma la posibilidad de que en un mismo grupo definido por un cierto nivel profesional queden integradas las distintas tareas de cada una de tales categorías que respondan a aquel nivel.

Este agrupamiento de funciones completamente ajenas entre sí no presenta demasiados problemas en relación a la determinación de las funciones a realizar (habida cuenta la clasificación profesional del trabajador en el momento de la celebración del contrato sí respeta la adscripción no sólo al grupo, sino también al área funcional), pero los puede plantear respecto a los límites de la movilidad funcional (88) y sobre todo a efectos de Seguridad Social, pues la reducción de la capacidad de trabajo, como elemento central en la determinación del grado de incapacidad, debe aparecer en relación directa con la efectiva y acreditada actividad profesional del trabajador afectado con anterioridad al hecho causante, y no con conceptos o criterios de clasificación profesional con relevancia a efectos laborales que pueden introducir controversias e incertidumbres sobre las concretas aptitudes o suficiencias del trabajador afectado en la realización del conjunto de las tareas o funciones que configuran un determinado grupo profesional (89).

(85) Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social, págs. 22-23.

(86) ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: «La estructura profesional...», *cit.*, pág. 316.

(87) Ello vendría a confirmarse con la lectura del Anexo 2, en el que se contienen ejemplos del tipo de funciones que quedan incluidas en cada grupo, al tiempo que se dispone la inclusión de todas aquellas actividades que, por analogía, resultan equiparables a alguna o algunas de las actividades que se mencionan. De cualesquiera de las listas ejemplificativas se deduce claramente la inclusión en el mismo grupo de tareas propias de oficios diversos, de administración, de tratamiento informático, de servicios auxiliares, de venta o de dirección. Pero además, el proceso de adaptación de la estructura profesional del Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos resulta en buena medida complicado, precisamente, por su carácter interprofesional, de modo que los criterios generales de aquella deberán, en no pocos casos, contemplar las especificidades de cada uno de los veintitrés sectores de actividad que conforman el ámbito de aplicación funcional del mismo. ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: «La estructura profesional...», *cit.*, págs. 320 y 321.

(88) Entre otros, ROMÁN DE LA TORRE, M.ª D.: «Clasificación profesional y movilidad funcional», en VV.AA. (VALDÉS DAL-RÉ, F., Dir.): *La reforma del mercado de trabajo*, Valladolid, 1994, pág. 162 y ss.

(89) Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de la Ley de Consolidación y Racionalización..., *cit.*, págs. 22-23.

Todo ello sin olvidar la conveniencia de hacer una valoración de cada caso con arreglo a un criterio de «multicausalidad» en la apreciación de la incapacidad a proteger, en la cual también sea tenida en cuenta la «susceptibilidad individual de cada persona» (90). La nueva orientación de la prestación de incapacidad permanente efectuada por el artículo 8 LCR tiende a eliminar el «subjetivismo» en la calificación de aquélla y en la determinación de su grado, dirigiéndose hacia un sistema de listas de enfermedades o discapacidades en las que el sujeto causante debe identificarse y, una vez hecho esto, el grado de incapacidad operará por sí solo, atendiendo no obstante a la incidencia de la reducción de su capacidad en el desempeño de su profesión o grupo profesional al que pertenece (91).

Mientras no se dicten las anunciadas normas reglamentarias -para lo cual el legislador da el plazo de un año-, la incapacidad permanente total hace referencia a la aptitud laboral que al inválido le resta como consecuencia de la enfermedad o el accidente (92). Tal imposibilidad o inhabilitación para realizar todas o las fundamentales tareas de la profesión no queda referida exclusivamente a una imposibilidad física, sino también «a la aptitud para realizarlas con un mínimo de capacidad y eficacia» (93).

Una vez conocida aquélla, la medida en la cual reduzca su capacidad de trabajo se obtiene de modo inmediato y sin mayor dificultad, al ser resultado de una previa (y general) determinación reglamentaria que impide la discusión sobre el particular entre el solicitante de la prestación y la entidad gestora. Las posibles discrepancias acabarán reducidas al padecimiento o padecimientos cuya existencia sea preciso reconocer en el caso concreto, pero no sobre la reducción de la capacidad de trabajo producida por los mismos, «cuestión que se resuelve a través de normas de derecho necesario que señalarán qué reducción ha de atribuirse a cada enfermedad». El éxito o fracaso de la innovadora medida residirá así en la «suficiencia» de la indicada lista de enfermedades, en si la norma reglamentaria será lo bastante amplia y completa como para incluir todos los padecimientos que afecten a la capacidad de trabajo y en si la reducción de ésta, imputada a cada uno de ellos, se acomodará bien a la realidad y evitará situaciones de desprotección inaceptables desde el punto de vista social (94).

Otras medidas antifraude previstas en el *Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social* no han sido adoptadas, sin embargo -y a diferencia de lo ocurrido en la reforma del sistema pensionístico italiano (95)-, hasta la fecha. Así sucede, por ejemplo, con el

(90) GARCÍA BENAVIDES, F., *et alri.*: «Multicausalidad y patología del trabajo: una visión interdisciplinar», en VV.AA.: *Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad*, Madrid, 1996, pág. 305 y ss.

(91) BLASCO LAHOZ, J.F., LOPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.ª A.: *Curso de Seguridad Social, cit.*, pág. 338.

(92) STS 21 diciembre 1984 (Ar. 6484).

(93) STS 26 febrero 1979 (Ar. 651).

(94) GÁRATE CASTRO, J.: «Algunas coordenadas...», *cit.*, pág. 18.

(95) La pensión de invalidez (*assegno di invalidità*), siendo como es compatible con las rentas de trabajo, está sujeta a reducción del 25 ó 50 por 100, cuando los ingresos del beneficiario son superiores a cuatro veces el importe de la pensión mínima o cinco veces, respectivamente. Igualmente se prevé un mecanismo corrector, garantizando que la acumulación de los rendimientos y la prestación reducida no pueda ser nunca inferior a lo que le correspondería si los rendimientos se situaran en el límite máximo del nivel anterior más bajo. Tal regla de acumulación es de aplicación progresiva a los

establecimiento de programas especiales de actuación de los Equipos de Valoración de Incapacidades «respecto de aquellas modalidades de incapacidad, regímenes y ámbitos geográficos», en los cuales pueda caber sospecha de existir una evolución anómala respecto de las previsiones y estudios realizados al efecto con el objetivo de asegurar la adecuación de la prestación a la realidad de la situación de incapacidad permanente o el desarrollo legislativo en cuanto al régimen de incompatibilidades entre las pensiones por incapacidad permanente y la percepción de retribuciones por actividades laborales y profesionales.

Frente a la regulación existente en materia de jubilación, la declaración de incapacidad permanente permite compatibilizar las rentas de trabajo y de la pensión, tanto en el supuesto de la incapacidad permanente total (lo cual tiene su lógica, ya que esta prestación únicamente hace referencia al trabajo habitual realizado con anterioridad a sufrir el accidente o padecer la enfermedad), como en la absoluta (que, según la definición legal, impide el ejercicio de toda actividad o trabajo), lo cual adolece de cierta imprecisión e incoherencia. La posibilidad de realizar determinados trabajos que asiste al pensionista, por mal formulada, viene a desdibujar en buena medida la finalidad misma de la pensión de incapacidad permanente absoluta (96). La jurisprudencia se ha encargado de establecer en reiterados pronunciamientos cómo las actividades que -en tanto compatibles- puede realizar el pensionista han de venir caracterizadas por su marginalidad, su naturaleza esporádica y su carácter limitado; la interpretación jurisprudencial no puede salvar, sin embargo, que esta compatibilidad sea de una amplitud capaz de desdibujar la finalidad misma de la pensión. La existencia de compatibilidad o no entre la pensión de incapacidad permanente absoluta y la realización de trabajos debiera venir condicionada -«además»- por la cuantía de las rentas derivadas del trabajo en cuestión. Es más, desde la perspectiva de la vocación protectora plural del sistema cabría plantear, de entrada, hasta qué punto cabe permitir al declarado incapaz permanente absoluto la posibilidad de efectuar trabajos, teniendo en cuenta que su realización (salvo, tal vez, la de los acordes y compatibles con la capacidad residual) atenta, por principio, contra su propia salud, la cual, al igual que otras situaciones de necesidad, debe ser protegida por los poderes públicos a tenor del artículo 43 de la Constitución Española (97). Nada establece el TRLGSS respecto del régimen de incompatibilidades de la incapacidad permanente parcial. Por ello, cabría entender que, al no tratarse de una pensión, sino de una indemnización a tanto alzado, podría ser compatible con cualquier otra pensión o subsidio, incluida la pensión de jubilación (98), en los casos en que ésta sea parcial y siga el trabajador prestando servicios media jornada -*ex art. 12.5 ET*-.

ya pensionistas, de forma que las cuantías actuales están garantizadas hasta que en el futuro sean absorbidas. CARDONA RUBERT, M.^a B. y MORRO LÓPEZ, J.J.: «Breve comentario a la Ley 335/1995, de 8 de agosto, de reforma del sistema de pensiones italiano», *cit.*, págs. 138-139. Los cambios de la protección de la invalidez en Italia no han afectado, sin embargo, a la calificación por baremo, que se aplica también únicamente en los riesgos profesionales y en ellos sólo para la incapacidad parcial. PERSIANI, M.: *Diritto della Previdenza Sociale*, Padua, 1996, pág. 138 y 189-192.

(96) LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Madrid, 1990, págs. 90-92.

(97) LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C.: *El trabajo del inválido permanente absoluto...*, *cit.*, pág. 96.

(98) BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, págs. 356-357.

IV. CONVERSIÓN O TRANSFORMACIÓN -¿MÉRAMENTE SEMÁNTICA?- DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE EN JUBILACIÓN

El artículo 8.cuatro LCR incorpora un nuevo apartado 4 en el artículo 143 TRLGSS en virtud del cual las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de 65 años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación, añadiendo a continuación que la nueva denominación «no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo». El Reglamento de desarrollo de dicha ley, aprobado por Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, insiste en que la nueva denominación «no alterará el régimen jurídico de las prestaciones» que puedan derivarse de dicha contingencia.

Ninguna objeción cabría plantear al cambio de denominación de la incapacidad por jubilación -o conversión *ex post facto* (99)- si, en coherencia con el propósito de racionalizar las disfunciones internas del sistema de pensiones, se hubiera procedido a homogeneizar el tratamiento jurídico de todas ellas a partir de los 65 años, de modo tal que se tendiera a una pensión única, con independencia de la causa o contingencia de origen (100). Pero según la letra de la ley parece que no se trata sino de depurar el censo de pensionistas y lograr un reajuste estadístico [de modo que «con el cambio en la denominación de las pensiones de incapacidad permanente, las pensiones de derechos propios, correspondientes a beneficiarios con 65 o más años, se incluirán en un mismo apartado, dando una panorámica más cercana a la realidad de los pensionistas del sistema de la Seguridad Social» (101)], sin variar el régimen de cada pensión de modo que no se produce una auténtica novación de la pensión de incapacidad por la de jubilación, sino una nueva situación de inseguridad y confusión terminológica y conceptual, en tanto procederá denominar «jubilado» a todo aquel que, siendo pensionista, tenga más de 65 años (102).

Cabe plantear, no obstante, la duda de si el respeto a las condiciones en la prestación tras su cambio de denominación alcanza a las condiciones de todo orden, incluido el tratamiento fiscal [recordando al respecto que las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez están exentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y las de jubilación no (103)]. Ya el

(99) Acogiendo terminología de MARTÍN VALVERDE, A.: «La Ley 24/1997, de 15 de julio...», *cit.*, pág. 57.

(100) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización...», *cit.*, pág. 451.

(101) MTAS: «Memoria explicativa del Anteproyecto de Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», *cit.*, pág. 35.

(102) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización...», *cit.*, pág. 452.

(103) El sentido de la tributación de las prestaciones de la Seguridad Social es, cuando menos discutible: no son salario, no implican relación contractual de aseguramiento, son gasto público y su finalidad es garantizar la suficiencia económica ante determinadas situaciones de necesidad. Entonces, ¿por qué gravarlo? y, adicionalmente, ¿por qué como rendimiento de trabajo (sí, en muchos casos, son incompatibles con éste y su eventual relación con el salario es precisamente de sustitución)? Todos estos interrogantes llevan a pensar que los presupuestos técnicos no están claros y que se trata de opciones de política legislativa claramente constitutivas cuya finalidad última se relaciona con intereses recaudatorios y de contención del fraude tanto fiscal como de Seguridad Social. OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones...*, *cit.*, pág. 132. Existe, ciertamente, diversidad doctrinal respecto a si someter a tributación a las pensiones con carácter general es o no equitativo y progresivo o lo contrario. Frente a quienes consideran que el cambio

Consejo Económico y Social, en su dictamen sobre el Anteproyecto de la ley, exhortó a que se aclarase tal aspecto, sin duda relevante a efectos de la valoración de la norma, pues el distinto tratamiento fiscal comportaría una situación más gravosa y, por tanto, no cabría considerar inocuo un cambio de denominación que llevara aparejada una reducción de las cuantías netas de la prestación (104). Superado el núcleo normativo originario y central del extinto artículo 22 de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, el cuadro normativo diseñado por la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de reforma fiscal en el impuesto de la renta sobre las personas físicas, propició una amplia polémica y una serie de dificultades aplicativas (105) que progresivamente han ido siendo subsanadas parcialmente mediante nuevas normas legales que han profundizado en la tendencia inicial de aquélla al sometimiento pleno a tributación de la generalidad de las prestaciones de Seguridad Social (106), como ratifica el artículo 40.2 TRLGSS al establecer que las percepciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social estarán sujetas a tributación «en los términos establecidos en las normas reguladoras de cada impuesto» (107). Tras la modificación del artículo 9 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, se declaran exentas de tributación las prestaciones reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez [a las cuales la legislación fiscal les reconoce naturaleza resarcitoria de daños (108)], si bien su aplicación queda limitada en el régimen de clases pasivas a los supuestos de «pensiones por inutilidad o incapacidad permanente

normativo operado por la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, por la que se produjo la reforma fiscal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas fue «fuertemente regresivo» y «difícilmente justificable», DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A.: *Manual de Seguridad Social*, Pamplona, 1979, pág. 373, quienes acaban entendiendo la dominante posición de la Hacienda Pública como la más progresiva (pág. 374); otros ven tal cambio como más equitativo que la situación anterior, ISTURIZ, J., ANGUERA, V., FONTERLA, E. y MANTERO, A.: *Problemas actuales de la Seguridad Social en España*, Madrid, 1981, pág. 354; incluso hay quienes consideran que la justicia material tributaria que impone el artículo 31.1 de la Constitución Española se logra vía «mínimos exentos y/o reducciones en la cuota que tienden a exonerar la renta mínima necesaria para la existencia», no las exenciones de rentas, RUIZ ZAPATERO, G.: «La no sujeción de las prestaciones de desempleo en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas», *Crónica tributaria*, núm. 51, 1984, págs. 329-330 o quienes la consideran como la mejor técnica para lograr la efectividad del principio de capacidad contributiva relativa, SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho Financiero*, 9.ª ed., Madrid, 1991, pág. 110.

- (104) Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social, *cit.*, pág. 23.
- (105) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed. renovada, Madrid, 1991, pág. 102.
- (106) Tal ha ocurrido en materia de desempleo, con la Ley 21/1993, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1994, en cuyo artículo 62 da nueva redacción al artículo 9. uno, de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, excluyendo de las rentas exentas al desempleo, quedando así zanjada la duda sobre su plena sujeción a tributación. *Cfr.* APARICIO PÉREZ, A. y MONASTERIO ESCUDERO, C.: «Seguro de desempleo e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Crónica Tributaria*, núm. 51, 1984, pág. 23 y ss. o RUIZ ZAPATERO, G.: «La no sujeción de las prestaciones de desempleo en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas», *cit.*, págs. 327-330.
- (107) Lo cual merece un especial rechazo desde la óptica de una necesaria uniformidad reguladora de los aspectos comunes de las pensiones. Un análisis de la dispersa situación actual en GETE CASTRILLO, P.: *El Derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, 1997, pág. 125.
- (108) «Al más viejo y periclitado estilo iusprivatista», GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo Derecho común...*, *cit.*, pág. 127.

para el servicio de los funcionarios cuando el grado de disminución física o psíquica sea constitutivo de gran invalidez». La incongruencia legislativa mezcló grados de invalidez propios de la Seguridad Social en un subrégimen de protección social en el que no existe equivalencia de grados, lo cual ha provocado la intervención del Tribunal Constitucional (Sentencia 134/1996, de 22 de julio), declarando cómo también las inutilidades para el servicio de los funcionarios «en grado de absoluta» gozarán de exención (109).

El máximo intérprete constitucional llega a la conclusión de que el diferente trato fiscal introducido por el legislador carece de una justificación objetiva, razonable y proporcionada. El legislador tributario goza de una amplia libertad de configuración, pudiendo optar, dentro del respeto a los principios y derechos que la Constitución Española consagra, «entre considerarlas como riqueza que debe ser objeto de imposición, excluirlas del ámbito del hecho imponible del impuesto... o, en fin, declararlas exentas»; pero, «en el legítimo ejercicio de su opción política», lo que el legislador no puede hacer es, aprovechando «los desajustes normativos entre los regímenes de protección social de los trabajadores y de los funcionarios», contravenir el principio de igualdad, el cual no es respetado cuando se declaran exentas las prestaciones por incapacidad permanente absoluta si han sido reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social y no si tal incapacidad es padecida por los funcionarios de las Administraciones Públicas que están integrados en el régimen de clases pasivas. La Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1996 concluye afirmando que «al declarar exentas las rentas de idéntica naturaleza (pensiones por incapacidad permanente absoluta) cuando el perceptor está en el sistema de la Seguridad Social y no cuando está adscrito al régimen de clases pasivas se vulnera el principio de igualdad tributaria y se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo que la Constitución Española consagra en su artículo 31» (110).

A pesar de esta rectificación, lo cierto es que persiste un régimen distinto de tributación para algunas de las pensiones de incapacidad permanente respecto del resto de pensiones altamente distorsionador en la dinámica prestacional de la Seguridad Social (111), no sólo por romper un cierto equilibrio interno del ordenamiento de Seguridad Social (ya que no hay ningún elemento ni fundamento técnico-jurídico que diferencie las pensiones que los sujetos perciben por una situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de otras pensiones gravadas, como la de incapacidad permanente total) (112), también porque genera un trato privilegiado de la invalidez que expli-

- (109) La Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su artículo 14, pretende suavizar el confusiónismo anterior matizando que sólo quedarán exentas de tributación las pensiones por inutilidad o incapacidad que... «inhabilitaren por completo al perceptor de la pensión para toda profesión u oficio».
- (110) GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social», *RL*, núms. 15/16, 1997, pág. 189 y ss.
- (111) La exención de las pensiones por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez muestran la «incongruencia» del legislador, OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones...*, cit., pág. 134.
- (112) Dichas prestaciones constituyen, con independencia de la condición del perceptor, rendimientos del trabajo integrados en el hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (STCo 134/1996). Sin embargo, como recuerda el propio Tribunal Constitucional, sujeción al impuesto no implica necesariamente nacimiento de la obligación tributaria, ya que la propia ley puede, en determinadas ocasiones, «declarar la exoneración de determinadas rentas cuando exista la oportuna justificación», STCo 214/1994, de 14 de julio.

ca el aliciente que reviste para el probable beneficiario (113). En efecto, la normativa fiscal sobre tributación de las pensiones contiene un trato diferente sin fundamento racional alguno desde la perspectiva de la protección social, creando un cuadro desfigurador, confuso y contradictorio, pues al pretender atribuir naturaleza jurídica distinta a las variadas pensiones de la Seguridad Social, salariales unas, indemnizatorias o resarcitorias de daños otras (114), desfigura el perfil unificado que toda pensión de protección social tiene, cara a cubrir situaciones de necesidad, cualquiera que sea la causa, provocando el efecto perverso consistente en alterar la fisonomía de las instituciones de otras ramas del Derecho (115) y reabriendo en tal supuesto un claro indicio de discriminación que es exponente de la falta de criterios técnicamente claros a la hora de deslindar el concepto de renta gravada o exenta (116). La condición común de toda prestación de protección social, cuya finalidad última es cubrir estados de necesidad, otorga título de igualdad de trato no alterable fiscalmente ni aun por la diferenciación posible entre prestaciones sustitutorias de rentas profesionales o compensatorias de su carencia más absoluta (117).

Es más, la garantizada «neutralidad» ofrece no pocas dudas respecto a los complementos que compensan las dificultades de encontrar empleo (la cualificación de la incapacidad permanente total) o los de la gran invalidez. Sin olvidar tampoco que la regla no es en absoluto neutra cuando la pensión de incapacidad hubiera sido reconocida en aplicación de normas internacionales, en especial, al amparo del Reglamento comunitario 1408/1971, de 14 de junio, que expresamente regula esta materia y cuyo efecto es precisamente el «recálculo» de la pensión, con reglas de totalización y distribución diferentes que benefician a España cuando hubiera sido el Estado competente (118).

Por último, y según determina el artículo 7.3 Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, dicho cambio de denominación será también de aplicación en uno de los regímenes especiales del sistema en los que mayor incidencia pudiera tener, cual es el de la Minería del Carbón, si bien con indepen-

-
- (113) FERRERAS ALONSO, F.: «Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la "Ley de Pensiones" del 85», *REDT*, núm. 25, 1986, pág. 74 y GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo Derecho común de las pensiones...*, cit., pág. 126.
- (114) Al comparar los artículos 9 y 25 LIRPF, dada la indefinición sobre el concepto de rendimiento del trabajo, se percibe cierta incongruencia. Si rendimiento del trabajo es «toda contraprestación o utilidad...», y el artículo 25 no incluye entre éstos todas las demás prestaciones económicas de la Seguridad Social (al margen de la de desempleo, expresamente incluida), cabría pensar que no lo son la prestación por incapacidad temporal o las indemnizaciones a tanto alzado por lesiones no invalidantes, por ejemplo. Y, sin embargo, la conclusión ha de ser la contraria: sí están gravadas, a *sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 9 de la ley. Por ello, hubiera sido más acertado técnicamente incluir en el artículo 25 una cláusula general (por ejemplo «todas las prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo las expresamente declaradas exentas»), que evitara todo tipo de dudas y no mencionar unas y omitir otras, cuya naturaleza jurídica claramente no es salarial. OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones...*, cit., pág. 135.
- (115) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «Régimen tributario de las pensiones de la Seguridad Social: la identidad de naturaleza jurídica como fundamento de su trato fiscal uniforme», *Crónica tributaria*, núm. 47, 1983, pág. 66.
- (116) OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones...*, cit., pág. 140.
- (117) GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo Derecho común de las pensiones públicas*, cit., pág. 125. Incluso en el ámbito fiscal se niega fundamento a la diferenciación de trato tributario entre prestaciones de Seguridad Social en razón de su más profunda identidad de naturaleza, APARICIO PÉREZ, A. y MONASTERIO ESCUDERO, C.: «Seguro de desempleo...», cit., pág. 25.
- (118) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones...*, cit., pág. 276; OJEDA AVILÉS, A.: *Las pensiones de invalidez y vejez en la Unión Europea*, Madrid, 1994, pág. 52.

dencia de sus normas particulares sobre prestaciones en relación con la cuantía de la pensión de los inválidos absolutos y grandes inválidos al cumplir la edad de jubilación -*ex art. 20 Orden Ministerial de 3 de abril de 1973 (119)*-. En efecto, éste es uno de los supuestos, excepcionales en el sistema, en que el cumplimiento de la edad de jubilación (real o ficticia por aplicación de coeficientes reductores) permite modificar «el importe» de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez alcanzando «la cuantía equivalente a la de jubilación» que correspondería de estar en activo. El artículo 20 de la citada Orden no suponía -ni supone, a pesar de la modificación introducida por el artículo 7.3 Real Decreto 1647/1997- una transformación de la contingencia protegida; no implica, por tanto, que un incapaz absoluto o gran inválido deje de serlo para convertirse en un jubilado por razón de edad -como erróneamente ya establecía algún pronunciamiento judicial con anterioridad a esta modificación (120)-, sólo conlleva la modificación del importe (y ahora, además, de la denominación) de su pensión de incapacidad permanente y los correspondientes derechos derivados al llegar a la edad -real o ficticia, en la mayor parte de los supuestos de este régimen- de jubilación (121).

V. IMPOSIBILIDAD LEGAL DE RECONOCIMIENTO DE UNA INCAPACIDAD PERMANENTE TRAS EL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD DE JUBILACIÓN

El artículo 8.tres LCR, siguiendo el precedente de recientes pronunciamientos jurisprudenciales (122), administrativos (Circular 6/1995) e incluso poderosas posiciones doctrinales (123), añade un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 138 TRLGSS estableciendo el no reconocimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente -conversión «en el origen», o «en la fuen-

-
- (119) Por la que se desarrolla el Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, en la redacción dada por la Orden de 8 de abril de 1986, por la que se modifica dicho artículo, pues si bien mantiene la exigencia de que el pensionista no sea titular de ninguna otra pensión de la Seguridad Social, añade como novedad la posibilidad de que «renuncie» a ella. Con gran acierto se ha previsto transitoriamente la posibilidad de que aquellos pensionistas que a la entrada en vigor de la citada Orden no hubieran podido ejercitar el derecho al reconocimiento de la nueva cuantía de la pensión referido en el artículo 20, por ser titulares de otra pensión pública, o a quienes se hubiese denegado la posibilidad por dicha circunstancia, puedan solicitar el reconocimiento del derecho en los nuevos términos (disposición transitoria primera OM de 8 de abril de 1986). Tal posibilidad se concede igualmente a los «titulares de pensiones derivadas de hechos causados por pensionistas que, de no haber fallecido, hubieran podido ejercitar su derecho al reconocimiento de la nueva cuantía de la pensión» (disp. trans. segunda), en redacción ambigua que ha dado lugar a una gran litigiosidad. *Vid. MARTÍNEZ BARROSO, M.º R.: Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León, 1997, págs. 257-263.
- (120) STSJ Madrid, 10 mayo 1990 (Ar. 1913).
- (121) Contendientes, SSTS 19 junio, 16 octubre y 15 noviembre 1991 (Ar. 5156, 7218 y 8228); STSJ Castilla y León/Valladolid, 20 abril 1993 (Ar. 2102) o STCT 21 enero y 11 febrero 1987 (Ar. 1177 y 3000).
- (122) SSTS 14 octubre 1992 (Ar. 7634), 14 febrero y 15 abril 1994 (Ar. 1039 y 3246); 30 enero y 26 junio 1996 (Ar. 487 y 5308), según las cuales no procede reconocer la pensión de invalidez a quien percibe pensión de jubilación con anterioridad al hecho causante ya que éste debe ir precedido por el desempeño de una profesión u oficio o por la posibilidad de hacerlo y que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima para la jubilación.
- (123) BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 340.

te»- (124), cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario «en la fecha del hecho causante» tenga la edad de 65 años y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. *A contrario sensu*, dicho precepto abre una posibilidad (confirmada posteriormente por el art. 6.2 RD 1647/1997, de 31 de octubre) a quienes no reúnan todos los requisitos para acceder a la jubilación en el sistema de la Seguridad Social, alcanzada la edad prevista en el artículo 161 TRLGSS, los cuales podrían ser calificados en cualquiera de los grados de incapacidad permanente cuando cumplan los requisitos del hecho causante (125) (con independencia de cual sea la contingencia que la origine), si bien la prestación recibirá la denominación de pensión de jubilación (art. 7.1 RD 1647/1997).

La principal cuestión suscitada a partir de esta modificación legislativa es la determinación del «hecho causante» de la incapacidad permanente, esto es, el elemento que acciona la dinámica protectora (126) y que determina el momento en que el ordenamiento jurídico atribuye a los sujetos protegidos una posición jurídica activa en correlación a la posición pasiva en que se encuentra el ente que, en su caso, estará obligado a satisfacer las prestaciones (127). De hecho, al margen del problema de las solicitudes extemporáneas, una vez se ha producido el acto administrativo de reconocimiento, sus efectos empiezan a computar a partir de la fecha del hecho causante (y no a partir de la fecha de la solicitud o de la resolución de reconocimiento) (128).

Como es sabido, en el artículo 23 del Reglamento General de Prestaciones (aprobado por Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre) el legislador sólo regula la fecha de efectos referida a la del día siguiente al cese en el trabajo cuando el inválido está al servicio de una empresa en el momento del reconocimiento médico y su cese en el trabajo tenga lugar a consecuencia de la declaración de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, y esto como norma especial para esta exclusiva incapacidad, partiendo de la especial naturaleza de la dolencia profesional (129) (en la cual

(124) En terminología de MARTÍN VALVERDE, A.: «La Ley 24/1997...», *cit.*, pág. 57.

(125) BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.ª A.: *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 340.

(126) La actualización de la contingencia protegida productora de la situación de necesidad, que incide sobre individuos que, por reunir los requisitos exigidos legalmente, se constituyen en sujetos causantes de la protección. ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, *cit.*, pág. 322.

(127) En este sentido es ya clásica la teoría de PERSIANI. El hecho de que se verifiquen las condiciones para que surja la obligación de cotizar no conlleva el efectivo derecho a la admisión en el disfrute de prestaciones, que no se producirá hasta «que no se haya verificado el evento dañoso»: *El sistema jurídico de la previsión social*, Estudio preliminar y traducción, VIDA SORIA, J., Madrid, 1965, pág. 255 y ss.

(128) OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones...*, *cit.*, págs. 143-144.

(129) Como es sabido, el artículo 142 TRLGSS establece la necesidad de una adaptación reglamentaria de las normas generales a la incapacidad que tiene origen en dicha contingencia profesional. A este respecto, conviene no olvidar cómo el artículo 20 Orden Ministerial 15 abril 1969 enumera entre las situaciones asimiladas al alta la de aquellos trabajadores inactivos (sin límite de edad) que trabajaron en puesto con riesgo de enfermedad profesional, a los solos efectos de que pueda declararse una incapacidad permanente derivada de dicha contingencia. Por su parte, los artículos 41 a 45 de la Orden Ministerial 15 abril 1969 establecen algunas peculiaridades para la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, entre las que cabe destacar, por lo que aquí interesa, el «inicio del derecho al percibo de las prestaciones»: si el trabajador está en activo se retrotraerá al momento en que finalizó la incapacidad temporal; si estuvo inactivo, los efectos de la pensión serán desde la fecha del reconocimiento; si se encontrara en desempleo, la pensión se devengará al término de dicha situación.

el enfermo puede seguir prestando normalmente sus servicios en una categoría para la que después, y con fundamento en una política indemnizatoria y preventiva, se le declara inválido permanente). Ello no quiere decir que al fijar los efectos de la declaración de incapacidad permanente por enfermedad común, o accidente tanto profesional como común, exista un vacío normativo que la institución de la analogía venga obligada a suplir, antes al contrario, en todo momento el legislador ha regulado el hecho causante -al que une la fecha de efectos de la prestación- de la incapacidad permanente por contingencias comunes. Ya el propio Reglamento General de Prestaciones, en sus artículos 12 y 14, establece las fechas de efectos en las contingencias comunes, sin que en ellos, ni para estas contingencias, exista referencia alguna al cese en el trabajo. Más recientemente, tanto el Real Decreto 1300/1995 (art. 6) como la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 remiten la calificación de la incapacidad permanente a la fecha de la resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (130), sin que el incumplimiento, más bien el cumplimiento tardío por parte de la entidad gestora de los plazos establecidos por la ley para la calificación de la incapacidad -pues los plazos de tres y doce meses contemplados en el art. 131 bis.2 TRLGSS son plazos máximos de calificación, pero no plazos máximos de duración de la prórroga de los efectos de la incapacidad temporal, ni de extinción de la situación especial en la que se halla el trabajador (131)- puedan acarrear consecuencias negativas para los beneficiarios (132).

Como ha puesto de relieve la doctrina judicial, el legislador al regular así esta materia, quizá está partiendo de una primera premisa conforme a la cual la declaración de la incapacidad permanente por contingencias comunes debe provenir de la situación de incapacidad temporal (vinculando el hecho causante de la prestación a la fecha de su extinción), pero sobre todo de una segunda, cual es la obligación para los Equipos de Valoración de Incapacidades de evaluar los casos objetivamente de tal forma que unas secuelas consolidadas (que objetivamente sean invalidantes) no tengan por qué ser reconocidas como tales por los Tribunales meses después, obligando al beneficiario a un peregrinar jurisdiccional y a la incorporación al trabajo si se cumple el plazo máximo de protección en la situación de incapacidad temporal (133).

No obstante, el legislador tampoco excluye la posibilidad de iniciar la solicitud desde la situación de activo y, si bien el artículo 4 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 establece expresamente que las solicitudes deberán contener la fecha del cese en el trabajo y su causa, posteriormente en el artículo 13 considera producido el hecho causante de la prestación en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, para los supuestos en los cuales la incapacidad permanente no está precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido.

(130) Si bien declarando que no serán objeto de reintegro las cantidades que el beneficiario haya devengado hasta la fecha de la resolución cuando no se reconozca el derecho a prestación económica. En el mismo sentido los artículos 14 y 15 Orden Ministerial 18 enero 1996 y SSTCT 23 enero y 23 febrero 1989 (Ar. 798 y 1716).

(131) STSJ Navarra, 31 diciembre 1997 (Ar. 4624).

(132) Pues de sostener lo contrario, «durante el rebasamiento de los plazos indicados, el interesado a quien no le ha sido reconocida una prestación de incapacidad permanente se hallaría en el más absoluto desamparo, no pudiendo ser considerado ni en situación de baja por enfermedad ni en aptitud para trabajar». BARRIOS BAUDOR, G.: «Efectos de la demora en la calificación de una incapacidad permanente tras la extinción de una incapacidad temporal previa por el transcurso de su duración máxima. Comentario a la STSJ Navarra 31 diciembre 1997 (AS 1997, 4624)». *Ar. Soc.*, núm. 22, 1998, pág. 53 y ss.

(133) STSJ Asturias 18 julio 1997, *AL*, núm. 44, 1997, pág. 3.333 y ss.

Todas estas reflexiones llevan a la conclusión de que la fecha del cese en el trabajo solamente es tenida en cuenta en el Régimen General en la regulación de los efectos económicos de la enfermedad profesional, sin que el legislador haya querido referirse a ella ni en el accidente ni en la enfermedad común. Ahora bien, se han planteado numerosos contenciosos en ejecución de sentencia y nuevos procesos declarativos instados por la entidad gestora en reclamación de las cantidades abonadas como prestación de incapacidad a trabajadores que, permaneciendo en activo, siguen percibiendo el salario correspondiente por el ejercicio de la actividad para la cual han sido reconocidos como incapaces. En todos ellos ha sido rechazada, con doctrina jurisprudencial unificada (134), la pretensión de modificar la fecha de efectos de la prestación ya reconocida por sentencia firme en la ejecución o a través de la acción de reintegro, entendiéndose que los efectos posteriores de la cosa juzgada y de la formal vinculación al fallo firme de una resolución judicial pueden ser evitados si se conoce y controla judicialmente, por haber sido constatado en la instancia y en suplicación, el dato cierto de que el actor está en activo. Dicho control (que supondría hacer efectiva la fecha del cese en el trabajo como fecha a la cual se refieran los efectos económicos de la prestación reconocida) exigiría «separar la simbiosis legal que se ha establecido, en las contingencias comunes, entre el hecho causante de la prestación y la fecha de efectos económicos» (135), pues si la Constitución Española encomienda a los poderes públicos la tarea de mantener un régimen público de protección que garantice prestaciones adecuadas frente a situaciones de necesidad, lo hace partiendo del principio básico de que la situación de necesidad sea «real», lo cual no ocurre mientras se está realizando -con mejor o peor o incluso nulo rendimiento- la prestación laboral y por ella se percibe el salario pactado. Racionalmente no es posible conceder algo que «suple», total o parcialmente, al salario, cuando se ha estado devengando salario; y la pensión por incapacidad permanente tiene legalmente esa finalidad supletoria [ya desde el art. 132.1 del texto de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, con mayor evidencia desde que el art. 49 ET incluyó a la incapacidad permanente total entre las causas de extinción del contrato de trabajo, pues con ella concluyen -al menos en la situación laboral preexistente, pues en la actualidad cabe que se configure como causa meramente suspensiva (136)- las rentas de trabajo del incapacitado (137)]. Ciertamente no es éste el criterio aplicado generalmente, pues las situaciones incapacitantes provienen de otra inmediata anterior en la cual las rentas salariales ya vienen siendo suplidas por prestaciones dinerarias de la Seguridad Social y la cuestión a dilucidar es, más bien, la sucesión o sustitución de una prestación por otra (138); en cualquier caso, cuando la situación invalidante viene anudada a la actividad laboral, en la que se cesa precisamen-

(134) STS 11 julio 1996 (Ar. 6104).

(135) STSJ Asturias, 18 julio 1997, *cit.*

(136) VIDA SORIA, J.: «La incapacidad temporal y la invalidez del trabajador como causa de suspensión del contrato de trabajo. (Nueva regulación del supuesto de hecho suspensivo)», *TS*, núm. 61, 1996, pág. 7 y ss.

(137) En principio, el expediente terminará por resolución de la entidad gestora, expresa o tácita. Y esta resolución, en función de su contenido, suministrará la pauta a seguir respecto del contrato de trabajo. En algunos casos el trabajador habrá de incorporarse con normalidad si se declara que no existe incapacidad o con las especialidades previstas para la incapacidad permanente parcial, si éste es el grado que se reconoce. En los grados invalidantes superiores, el contrato podrá extinguirse de acuerdo con el artículo 49.1.e ET, salvo que, de acuerdo con lo prevenido en el último inciso del artículo 48.2 ET, se prevea la revisión a corto plazo de la incapacidad reconocida, en cuyo caso continuará la suspensión del contrato. GOERLICH PESET, J.M.ª: «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo», *TS*, núm. 61, 1996, pág. 53 y ss.

(138) STSJ Andalucía/Granada 25 septiembre 1990 (Ar. 2830).

te como consecuencia del reconocimiento -firme (139)- de la incapacidad permanente -si bien el concurso de la voluntad empresarial es imprescindible para provocar la extinción real del contrato de trabajo [ex art. 49.1 e) ET (140)], sin perjuicio claro está, de que la declaración de voluntad pueda producirse con libertad de forma e, incluso, deducirse del comportamiento de las partes (141)- debe atenderse a este efecto «laboral» de tal reconocimiento (es decir, la extinción del contrato) para cumplir la finalidad sustitutoria buscada por la prestación dineraria de la Seguridad Social (142).

A efectos de mejoras voluntarias pactadas en convenio colectivo la Sala de lo Social del Tribunal Supremo no ha mantenido un criterio uniforme sobre el momento en el cual procede entender actualizado el riesgo para su inclusión en la cobertura establecida. Así, y ante supuestos idénticos en los

- (139) Los efectos extintivos del contrato de trabajo por incapacidad permanente total del trabajador sólo se producen cuando la declaración de incapacidad es firme, de modo que si la resolución del INSS se encuentra recurrida en vía jurisdiccional, la relación laboral se encuentra suspendida. SSTs 27 junio 1983 (Ar. 3050); 24 enero 1984 (Ar. 90); 24 de enero de 1985 (Ar. 95) o 13 junio 1988 (Ar. 5277); STSJ País Vasco, 18 enero 1991 (Ar. 267) o Andalucía/Málaga, 5 de mayo de 1992 (Ar. 2580).
- (140) Por cuanto éste puede optar por seguir aceptando los servicios del trabajador sin que éste pierda su antigüedad anterior y siendo su salario compatible con la pensión de incapacidad permanente. ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto. Comentario. Jurisprudencia*, 4.ª ed., Madrid, 1995, pág. 236. Puesto que ineptitud (falta de capacidad material; por todos BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Diligencia y negligencia en el cumplimiento*, Madrid, 1981, pág. 191 y ss. u ORTIZ LALLANA, M.ª C.: *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, Madrid, 1985, págs. 268 y ss.) e incapacidad jurídica (la declarada por el INSS a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades) son conceptos distintos [como señalan ALBIOL MONTESINOS, I. y SALA FRANCO, T., «la invalidez (a diferencia de la ineptitud) no es una situación de hecho, sino jurídica), *CISS Laboral*, T. IV, cap. 34, pág. 4] una declaración formal de incapacidad no tiene por qué implicar necesariamente un defecto en el rendimiento debido justificativo de la extinción del contrato por ineptitud del trabajador, siendo necesario que en cada caso se valore la situación del trabajador. En este sentido, STSJ Cataluña, 28 mayo 1990 (Ar. 4219). La doctrina (entre otros, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas*, Madrid, 1995, págs. 108 y 110) tiende a decantarse por entender que tras el ET únicamente queda como supuesto de ineptitud, en la modalidad de incapacidad por enfermedad o accidente, la incapacidad permanente parcial, al quedar configurados los otros supuestos de incapacidad como causas extintivas autónomas. Contra, STCT 27 abril 1989 (Ar. 2927) o STSJ Madrid, 21 diciembre 1989 (Ar. 3947). Si bien es cierto que estos supuestos facultan al empresario a extinguir el contrato en base al artículo 49.1 e), no debería cerrarse la posibilidad de que el empresario optara por invocar la causa del art. 52 a) ET, pues con ello se estaría beneficiando al trabajador, al reconocerle los derechos derivados de los requisitos procedimentales y sustantivos para extinguir los contratos por causas objetivas, de entre los cuales destaca el derecho a una indemnización por la extinción de su contrato. FITA ORTEGA, F.: *La ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 1997, págs. 70-71. La configuración de la incapacidad permanente total como causa autónoma de extinción ha supuesto «un paso más en el camino de la desprotección del trabajador, haciendo de peor condición a quien se le extingue el contrato de trabajo por incapacidad permanente total que a quien se le despide por incapacidad permanente parcial», GOÑI SEIN, J.L.: «La ineptitud del trabajador como causa de despido», *REDT*, núm. 11, 1982, págs. 430-431. Un análisis jurisprudencial en SALA FRANCO, T.: «Extinción del contrato de trabajo por muerte, invalidez y jubilación del trabajador: criterios jurisprudenciales», *TS*, núm. 12, 1991, pág. 13 y ss.
- (141) El hecho de que exista la posibilidad de desarrollar tareas alternativas «no obliga a la empresa a novar objetivamente el contrato, ofreciendo al trabajador la realización de un oficio de tales características». STS 18 diciembre 1989 (Ar. 9039). Contra, determinando la existencia de novación contractual en el supuesto de que el trabajador realice actividades acordes con su capacidad residual pero distintas a su trabajo habitual entre el alta médica y la declaración de incapacidad, SSTSJ Madrid, 5 marzo 1991 (Ar. 1823), Asturias, 12 septiembre 1991 (Ar. 4857); Andalucía/Málaga, 12 noviembre 1992 (Ar. 5463); Valencia, 6 noviembre 1992 (Ar. 5860); Madrid, 16 marzo 1993 (Ar. 1418); Andalucía/Sevilla, 14 abril 1994 (Ar. 1533); País Vasco, 11 octubre 1994 (Ar. 4066) o Cataluña, 20 abril 1992 (Ar. 1867) y 21 abril 1995 (Ar. 1590).
- (142) MARÍN CORREA, J.M.ª, en nota a STSJ Asturias, 18 julio 1997, *AL*, núm. 44, 1997, pág. 3.336.

cuales la enfermedad profesional (normalmente silicosis) se manifiesta con carácter invalidante cuando el trabajador ya ha cesado en la empresa (y está vigente un convenio colectivo distinto), unas veces el hecho causante se retrotrae al momento en el cual se generó el proceso patológico (143), mientras que doctrina jurisprudencial más reciente sobre identificación de la entidad de seguros privados responsable en caso de sucesión de varias, muestra preferencia por fijar el hecho causante de la incapacidad permanente -en defecto de especificación en el acto o norma de implantación de prestaciones complementarias- en la fecha de la declaración en el ámbito de la Seguridad Social básica, esto es, fecha del dictamen del Equipo de Valoración o de la configuración de las lesiones como permanentes e invalidantes (144), pues las secuelas resultantes de una dolencia o de un hecho lesivo no están, por regla general, predeterminadas en el momento de su acaecimiento, sino que dependen de múltiples factores de desarrollo incierto. Por otra parte, la fijación temporal del hecho causante en el momento de la declaración de la incapacidad permanente es, sin duda, «la que aporta mayor seguridad al tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de Seguridad Social asumidas, e identificar también con facilidad a los empresarios o entidades aseguradoras responsables» (145).

Cabe concluir, por tanto, que la determinación del hecho causante de la prestación -y no siempre sus efectos económicos, como se ha visto- se corresponde con el momento del agotamiento de la incapacidad temporal o, cuando la incapacidad permanente no derive de ella, la del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, salvo que las lesiones queden fijadas con el carácter de definitivas, irreversibles o invalidantes en un momento anterior (146) [esto es, la fecha se retrotraería siempre que se demuestre a través de las actuaciones procesales oportunas «que los padecimientos y las limitaciones que sufre el trabajador afectado quedaron objetivados y consolidados con carácter irreversible, es decir, sin posibilidades de curación, en fecha anterior al referido dictamen» (147)], si bien por su carácter excepcional, parece que la carga de la prueba recaerá sobre el potencial beneficiario que quiera acogerse a ella, quien deberá demostrarlo suficientemente (148). Esta solución no parece haber variado con la reforma de la incapacidad temporal a partir de la Ley 42/1994, pues si bien es cierto que esta norma ha introducido, al final de la incapacidad temporal (art. 131.bis.2 y 3 TRLGSS), ciertos períodos de prolongación instrumentalizados precisamente a la calificación de la

(143) Aquella en que se produjo el accidente o se inició y desencadenaron las consecuencias indemnizables resultantes. SSTS 12 y 19 febrero 1990 (Ar. 908 y 1115). STSJ Canarias, 5 marzo 1991 (Ar. 1785).

(144) SSTS 26 noviembre 1991 (Ar. 8274); 3 abril, 27 mayo y 8 junio 1992 (Ar. 2594, 3612 y 4537); 26 febrero y 26 abril 1993 (Ar. 2251 y 3348); 9 febrero, 20 y 22 abril, 30 junio, 9 julio, 21 septiembre o 24 octubre 1994 (Ar. 822, 3265, 6311, 5506, 6357, 7301 y 8527) o 4 mayo, 23 junio y 7 y 13 julio 1995 (Ar. 3745, 5219, 5911 y 6129).

(145) STS 20 abril 1994 (Ar. 3265).

(146) En este sentido se ha entendido tradicionalmente que el procedimiento de declaración de incapacidad permanente puede ponerse en marcha desde el momento en el que se aprecie «la presencia de una situación de incapacidad, que ya no será previsiblemente alterada por la continuación de la asistencia sanitaria». Por todos, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, F.: «El subsidio por incapacidad laboral temporal. Cuantía. Nacimiento, duración y extinción», *TS*, núms. 44/45, 1994, pág. 64. En la doctrina judicial, SSTSJ, Madrid 3 abril 1990 (Ar. 1631), Cataluña, 2 junio 1992 (Ar. 3323). Más recientemente, STS 26 junio 1996 (Ar. 5308).

(147) SSTS 23 diciembre 1987 (Ar. 9033), 2 febrero 1990 (Ar. 810) o 1 julio 1991 (Ar. 6829).

(148) OLARTE ENCABO, S.: *El derecho a prestaciones...*, cit., pág. 149.

incapacidad permanente (149) [habiendo sido recortados sus efectos económicos por el art. 28 de la Ley 66/1997, a través de una medida que, si bien supone un ahorro (150), no parece que esté justificada cuando la causa de la demora en la calificación de la incapacidad permanente no pueda ser imputada al trabajador, sino a la evolución de su situación clínica (151), inaugurando, en suma, una práctica conforme a la cual los retrasos en el funcionamiento de los servicios públicos recaen, paradójicamente, sobre los propios sujetos tutelados (152)]; no es menos cierto, sin embargo, que se ha mantenido con carácter general la posibilidad de que la incapacidad temporal concluya anticipadamente por «alta médica» con declaración de incapacidad permanente (art. 131.bis.1 TRLGSS) (153). De la lectura del apartado 3 del artículo 131 bis TRLGSS cabe colegir que la única variación, frente a la normativa anterior, se sitúa en los «efectos económicos» de las prestaciones por incapacidad permanente en aquellos casos en los cuales, extinguida la incapacidad temporal, no se procede inmediatamente a la calificación del interesado, sino que se establece una demora en tal calificación, sin alterar otros supuestos, como pudiera ser, entre otros, el de la determinación del «hecho causante» de la propia prestación (154). Si se entendiera que el artículo 45 de la Ley 66/1997 ha variado la

- (149) DUEÑAS HERRERO, L.J.: La contingencia de incapacidad (laboral) temporal en el Régimen General de la Seguridad Social, *RL*, núm. 4, 1996, pág. 58.
- (150) Pues para aquellos beneficiarios que, precisando de tratamiento médico, se haga preciso demorar la calificación de la incapacidad permanente hasta un máximo de treinta meses, los efectos económicos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la «calificación» de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán sus prestaciones económicas, desobedeciendo así las sugerencias del Consejo Económico y Social, quien en su Dictamen 5/1997, de 1 de octubre, sugería que si la prestación de incapacidad permanente era superior a la de incapacidad temporal, se retrotrayera «al menos al momento en que se realice la propuesta de calificación».
- (151) Se trata de una nueva medida de recorte económico y reducción de costes que repercute directamente sobre el beneficiario de la prestación, y que resulta tanto más grave en la medida en que la prórroga de la situación de incapacidad temporal en estos casos obedece a la propia situación clínica del interesado y la misma debe ser precisada en su duración por los servicios médicos competentes. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social...», *cit.*, pág. 38. Por contra, hay quien considera que, cuando una vez extinguida la prestación económica por incapacidad temporal, la respectiva Dirección Provincial del INSS, a través del dictamen del Equipo de Valoración de la Incapacidad -EVI- procede a la demora en la calificación, esta situación se basa en un hecho «incuestionable» como es que, en dicho momento, todavía no están objetivadas unas dolencias previsiblemente permanentes que afectan a la capacidad laboral del trabajador, puesto que, de lo contrario, lo procedente no sería la demora en la calificación, sino precisamente la realización de ésta. Desde esta premisa, no resulta coherente que, una vez calificada la situación de incapacidad permanente y reconocidas las correspondientes prestaciones económicas, éstas puedan retrotraerse al momento de la extinción de la incapacidad temporal, es decir, que puedan reconocerse unas prestaciones por incapacidad permanente por unos períodos en los que, realmente, no concurrían los requisitos condicionantes de la situación de incapacidad permanente. PANIZO ROBLES, J.A.: «Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», *cit.*, pág. 45, si bien matizando cómo no sucede lo mismo en los casos en los que, entre la extinción de la incapacidad temporal y la calificación de la incapacidad permanente, no hay ninguna interrupción, más allá de la tardanza de la propia Administración.
- (152) MERCADER UGUINA, J.R.: «Racionalidad del Derecho, técnica legislativa y leyes de acompañamiento. Modificaciones en materia de procedimientos y acción protectora de la Seguridad Social en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social», *RL*, núm. 5, 1998, pág. 80.
- (153) En cuyo caso, si las prestaciones económicas de esta situación son superiores a las de la incapacidad temporal, se retrotraerán los efectos económicos de la calificación de la incapacidad permanente al momento en que se hubiera agotado la incapacidad temporal.
- (154) Una interpretación que extendiese los efectos de la modificación normativa a aspectos diferentes de los efectos de las prestaciones económicas por incapacidad permanente carecería de cobertura legal y, más aún, si ello produjese un perjuicio para el interesado como sucedería, por ejemplo, si se entendiese que la nueva regulación legal ha alterado la fecha

determinación del hecho causante de la prestación de incapacidad permanente, cuando la calificación ha venido precedida de un período de demora, podría darse el supuesto de que una persona cumpliera, en el transcurso de dicho período, la edad de 65 años, con la consecuente imposibilidad de acceso a una prestación de incapacidad permanente.

No obstante, habida cuenta la peculiar regulación de las facultades de impulso del procedimiento de calificación de la incapacidad permanente, es posible prever cómo, en muchos casos, su apertura se retrasará hasta la finalización del período máximo de incapacidad temporal (art. 4 RD 1300/1995) (155). Esta previsión encuentra fundamento, de un lado, en que algunos de los interesados en la iniciación del procedimiento -precisamente quienes tienen expresamente reconocida legitimación por las normas aplicables- tendrán interés en que ello ocurra así (es el caso del trabajador, por la mayor cobertura que habitualmente tendrá durante la incapacidad temporal, salvo si las lesiones padecidas pueden conducir a los grados superiores de la incapacidad permanente; y el de las entidades gestoras, al valorar cómo el coste global del trabajador será menor durante la incapacidad temporal, dada la persistencia de la obligación de cotizar, que a partir de la declaración de incapacidad permanente se extingue). Por el contrario, el principal interesado en el acceso del trabajador a la incapacidad permanente, el empresario, está reglamentariamente privado de facultades de impulso del procedimiento de evaluación (156).

Por lo demás, y como es sabido, el ordenamiento jurídico exige para acceder a la condición de inválido en la modalidad contributiva que el sujeto esté en situación de alta o asimilada, si bien tal requisito se exceptiona para posibilitar el nacimiento de la protección en supuestos de hecho originados por dolencia de carácter no profesional [conforme dispone el art. 138.3 TRLGSS, las pensiones de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de «contingencias comunes» podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta (157)], siempre que acrediten quince años de cotización, de los cuales al menos tres deberán estar comprendidos dentro de los diez inmediatamente anteriores al hecho causante (158). En cualquier caso, la relativización del requisito del alta (159) en modo alguno priva a la invalidez de su impronta profesional, pues, en todo caso, sus repercusiones son evaluadas por referencia al modo en que la profesión habitual deja de poder desa-

del hecho causante de la prestación, pasándola desde la fecha de extinción de la incapacidad temporal a la fecha de la calificación del EVI, pues es precisamente el hecho causante el que determina, a su vez, los requisitos que debe acreditar el interesado. PANIZO ROBLES, J.A.: «Novedades en materia de Seguridad Social...», *cit.*, pág. 46.

- (155) GOERLICH PESET, J.M.ª: «La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato...», *cit.*, pág. 54.
- (156) SSTS 14 y 20 octubre 1992 (Ar. 7633 y 9282).
- (157) Lo que *a sensu contrario* quiere decir que si la incapacidad es parcial o total y no se está en alta, no hay derecho a pensión o indemnización. STSJ Valencia, 14 enero 1993 (Ar. 497).
- (158) La regla es especialmente dura, ya que con el sistema de determinación del período de cotización exigible -proporcional a la edad del causante- los quince años de cotización no se exigirían hasta que el causante tuviera ochenta años en el momento del hecho causante. Sin duda, la norma pretende equiparar el período exigido de cotización (desde la situación de no alta) con el de jubilación. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 272.
- (159) GÁRATE CASTRO, J.: «El aseguramiento en el Régimen General de la Seguridad Social», *AL*, núm. 43, 1990, pág. 544.

rrollarse. La posibilidad de acceder a la pensión sin estar en alta persigue facilitar el derecho a causar pensión, pero no priva a la invalidez del referido carácter profesional; sin el efectivo desempeño de una actividad productiva, o al menos, la posibilidad de llevarla a cabo, sería un contrasentido hablar de invalidez contributiva (160). En este sentido, el pensionista de jubilación se encuentra apartado (por lo general voluntariamente) de la vida activa, por lo cual sería un contrasentido declararle con posterioridad incapacitado para desarrollar tareas productivas (161). Es más, cuando se insten simultáneamente ambas pensiones, si en el momento de emisión del dictamen médico ya se ha accedido a la jubilación, la jurisprudencia deniega el derecho a optar (162) en coherencia con la construcción implícita del legislador, para quien a partir de la edad de jubilación el acceso a la pensión debe lograrse «ordinariamente» por vía de esa contingencia, pues lo contrario conduciría a la indeseable consecuencia de erigir en eje del sistema de protección en materia de pensiones, no a la vejez (a la cual corresponde tal protagonismo), sino a la incapacidad permanente, pues es claro que la avanzada edad, en los más de los casos, provoca pérdidas funcionales tendentes a determinar dicha situación.

La razón de impedir la calificación de la incapacidad permanente una vez cumplida la edad de jubilación radica en que el padecimiento obedecerá más a razones de edad que a los efectos del trabajo posterior (163), pudiendo evitar fraudes, como son las incapacidades por enfermedad planteadas en dicho momento para causar una pensión de cuantía más elevada (164); para algún grado como la gran invalidez supondría incluso otorgar una protección privilegiada, casi asistencial, para cuidado o protección del «inválido anciano» (165) en relación con los jubilados comunes sin ese tipo de ayudas (166).

En todo caso resulta discutible la extensión de esta regla a los procesos de incapacidad derivados de riesgos profesionales, donde la cobertura opera con autonomía (167) y totalmente injustificada cuando el inválido ha seguido trabajando más allá de la edad de jubilación, especialmente en el supuesto de incapacidades derivadas de accidentes, sean o no de trabajo, si el beneficiario únicamente acredita un período de cotización próximo al mínimo, pues de una incapacidad absoluta o

(160) SEMPERE NAVARRO, A.V., en «Jurisprudencia Social. Unificación de Doctrina», *Ar. Soc.*, junio, 1997, pág. 36.

(161) STS 14 octubre 1992 (Ar. 7634) y 30 enero 1996 (Ar. 487).

(162) STS 26 junio 1996 (Ar. 5308). El Auto 23 junio 1997 (Ar. 4942) considera que estamos ante criterio jurisprudencial consolidado y que carece de contenido casacional el recurso que pretende solución diversa.

(163) STS 15 diciembre 1993 (Ar. 9960).

(164) Especialmente si se obtiene una declaración de incapacidad permanente en el grado de absoluta, por las indudables ventajas que otorga tanto en materia de prestación de Seguridad Social (para la determinación de la base reguladora se tienen en cuenta los últimos ocho años cotizados en lugar de los quince que se toman para la jubilación, o los que procedan por aplicación de las normas transitorias, y respecto al porcentaje que es del 100% con independencia de los años realmente cotizados), como en materia fiscal (la pensión de incapacidad permanente absoluta no tributa a Hacienda y sí la pensión de jubilación). BENEYTO CALABUIG, D.: *La reforma de la Seguridad Social, 1997, cit.*, pág. 67.

(165) GONZALO GONZÁLEZ, B.: «El debate actual para la reforma de las pensiones», *cit.*, pág. 115.

(166) SSTS 30 julio y 15 diciembre 1993 (Ar. 5997 y 9960); 15 abril 1994 (Ar. 3246) y 9 mayo 1995 (3756).

(167) DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación...», *cit.*, pág. 73.

gran invalidez por accidente de trabajo, con prestaciones sobre salarios reales del último año -salvo topes máximos- pasará a percibir la pensión mínima de jubilación. Con esta medida se da la paradoja -con indicios de inconstitucionalidad según algunos (168)- de que el trabajador que hubiera estado en alta en la Seguridad Social al menos quince años, y por tanto acredite los requisitos necesarios para percibir la pensión de jubilación -amén de la edad- va a verse perjudicado frente a quien no hubiera alcanzado los quince años de cotización, teniendo este último derecho a la pensión de incapacidad permanente. Se trata de una más de las paradojas de la justicia contributiva: «quien ha cotizado menos y por ello no puede acceder a la pensión de jubilación, podrá causar una pensión más alta de incapacidad permanente absoluta o de incapacidad permanente total cualificada, porque para él no juega la prohibición» (169).

Merecedor de crítica resulta igualmente en los supuestos de producción de errores de diagnóstico o cuando el inválido absoluto se encuentre verdaderamente necesitado de la ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (170). Las incapacidades permanentes, pese a su calificación como tales, y sus grados, son revisables, por agravación o mejoría, o por error de diagnóstico (171), «en tanto el incapacitado no haya cumplido la edad... de jubilación» (arts. 143.2 y 161 TRLGSS), para todo tipo de peticiones de revisión, incluida la gran invalidez (172). El hecho de que el trabajador haya sido declarado inválido por la merma de su capacidad residual de trabajo no es óbice para que con el transcurso del tiempo la capacidad residual del beneficiario sufra mutaciones de relevancia para su estado patológico, pudiendo dar lugar a la necesaria corrección en la calificación del grado de incapacidad o de la invalidez misma. La característica quizá más acusada de la prestación de incapacidad permanente es, de este modo, su carácter mutable, sometida a control periódico por parte de las entidades gestoras (173) para adecuar en cada momento la prestación al estado patológico del beneficiario (174). Por tanto, la declaración de incapacidad permanente en

-
- (168) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: «Reforma parcial de la Seguridad Social...», *cit.*, pág. 27.
- (169) DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación...», *cit.*, pág. 73.
- (170) BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.ª A.: *Curso de Seguridad Social*, *cit.*, pág. 352.
- (171) LEONES SALIDO, J.M.: *La revisión judicial de los actos de la Seguridad Social: Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Granada, 1995, pág. 29 y ss.
- (172) Sobre la que insisten las SSTs 15 abril 1994 (Ar. 3246) y 30 enero 1996 (Ar. 487). BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Revisión del grado de invalidez: no es posible una vez alcanzada la edad de jubilación. La situación de gran invalidez es un grado invalidante», *La Ley*, 28 septiembre 1995, págs. 1-2, pues si bien el incremento del 50 por 100 de la prestación de los grandes inválidos no es una prestación de la Seguridad Social, dado que está destinado a remunerar los servicios de la persona que le atiende y que su naturaleza es asistencial, tampoco se puede olvidar que si bien no es una prestación en sentido estricto, sí constituye un plus de protección que sólo se alcanza cuando el beneficiario se encuentra en el último grado de la escala del artículo 137 TRLGSS.
- (173) Sobre la legitimación para iniciar el procedimiento *cfr.* artículo 4 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y artículos 3 a 5 Orden Ministerial 18 enero 1996 y la glosa que de estas disposiciones se hace en ROMAN VACA, E.: *El procedimiento administrativo de calificación y revisión de la invalidez permanente*, *cit.*, págs. 29-38 y 77-78.
- (174) La jurisprudencia ha podido afirmar con rotundidad que las reglas sobre revisión de situaciones invalidantes quedan fuera de los supuestos regulados en el artículo 145.1 LPL. Por todas, STS 18 abril 1995 (Ar. 3262). *Cfr.* ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: «Incapacidad temporal e invalidez permanente en el proceso laboral», *TS*, núm. 61, 1996, pág. 37.

alguno de sus grados no adquiere la naturaleza de un derecho que cause estado en el patrimonio del beneficiario, sino que el paso de uno a otro dependerá en cada momento de su mayor o menor capacidad residual de trabajo (175).

Por otra parte, en la revisión se tienen en cuenta no sólo las lesiones originarias del grado ya reconocido, sino las que puedan sobrevenir con posterioridad, provengan de donde provengan, por igual o distinta contingencia (176). Este dato permite llegar a la conclusión de estar en presencia de una contingencia única sometida a las variaciones propias de la evolución mutable del estado físico del beneficiario, y ello a pesar del carácter presunto de permanencia de la invalidez. El reconocimiento de un grado de incapacidad permanente no supone la consolidación de un derecho a una prestación vitalicia, sino el reconocimiento de una situación concreta en un momento determinado, por tener su sustento en un *factum* concreto, propio de la realidad de la naturaleza humana (177). Con esta reforma, la edad debe estar referida a la fecha de solicitud de la revisión (178), la cual no procede, a pesar de haber seguido trabajando, tras su cumplimiento.

En fin, impedir el devengo de prestaciones que pueden traer causa en el propio desarrollo de la actividad profesional a partir de una determinada edad [esta especie de veto a la continuidad en el trabajo de quienes superen la edad normal de jubilación (179)] entra en clara colisión con la voluntariedad en la jubilación prevista en el sistema español de Seguridad Social y con las propias disposiciones que fomentan la permanencia en activo una vez superada la edad ordinaria de jubilación, pues cabe recordar cómo el propio artículo 12 LCR faculta al Gobierno para otorgar desgravaciones o deducciones de cotizaciones sociales en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional de la pensión.

(175) VEGA LÓPEZ, J.: «El juego del principio de congruencia...», *cit.*, pág. 865.

(176) Por todas SSTs 20 diciembre 1993 (Ar. 9975) o 7 julio 1995 (Ar. 5910). SSTSJ Cataluña, 1 septiembre 1993 (Ar. 3802), 3 enero o 22 septiembre 1994 (Ar. 117 y 3513); País Vasco 3 noviembre 1994 (Ar. 4287).

(177) VEGA LÓPEZ, J.: «El juego del principio de congruencia...», *cit.*, pág. 866.

(178) STS 2 octubre 1980 (Ar. 3841).

(179) GETE CASTRILLO, P.: «La Ley de Consolidación y Racionalización...», *cit.*, pág. 451.