

La incompatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total y el salario por segunda actividad, o el triunfo de la razón

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017, rec. núm. 3050/2015**

Paz Menéndez Sebastián

Profesora Titular. Universidad de Oviedo

1. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA A SOLVENTAR

Es un axioma fuera de debate que el sistema español de prestaciones públicas de Seguridad Social tiene como razón de ser la reparación del daño, en el bien entendido que, con carácter general, estas cubren la pérdida de ingresos –en su caso, también, el incremento de gastos—ocasionada como consecuencia de la materialización del riesgo social protegido en cada caso. Tomando esta realidad como guía, tanto el legislador como los tribunales que interpretan sus mandatos, deberían procurar siempre implementar reglas que garanticen que si no se produce el daño –esto es: de no haber merma de ganancias— no se accede a la compensación pública correspondiente o, al menos, no en su integridad. Pero esta lógica, que debería regir el actuar de ambos, no siempre se ha impuesto, y hemos sido testigos en los últimos tiempos de medidas legales e interpretaciones judiciales que torpedean la línea de flotación de la, ya de por sí, comprometida viabilidad misma del sistema, y no, como sería razonable, para aliviar a quienes están en una clara coyuntura de necesidad, sino, incomprensiblemente, para mejorar la situación de quienes ya tienen un apropiado *modus vivendi*. Es por ello que, en un contexto como el descrito, merece particular elogio el esfuerzo argumentativo de la **STS de 26 de abril de 2017, rec. núm. 3050/2015**, que se pronuncia, en casación para la unificación de doctrina, sobre la compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente total (IPT) y el salario en determinadas profesiones. La sentencia tiene voto particular, en el que se pone en cuestión tanto la apreciación de contradicción como la resolución respecto al fondo.

En realidad, la temática no es novedosa para el Tribunal Supremo, pero el enfoque y la solución sí lo son. Ciertamente, con anterioridad a esta sentencia, ya había llegado al tribunal la problemática que se genera con el hecho de que, en algunas profesiones, por la lógica propia de las exigencias físicas a que se anuda su desempeño, se prevea como regla general el pase a lo que

se denomina segunda actividad, que no es otra cosa que el desenvolvimiento de aquellas tareas, igualmente necesarias para la viabilidad de los servicios, pero con una carga ostensiblemente menor de requerimientos psicofísicos. Este pase se prevé a partir de cierta edad, cuyo alcance se relaciona, normalmente, con una merma de las especiales condiciones y facultades necesarias, y también, por razones obvias, cuando el personal en cuestión es declarado en situación de incapacidad permanente parcial o total. Pues bien, concretamente lo que se somete a discusión en el recurso que resuelve la sentencia es si resulta posible compatibilizar las retribuciones salariales por esta segunda actividad y la pensión de IPT reconocida, precisamente, por no estar el sujeto en condiciones de realizar las funciones operativas propias de su profesión en primera actividad.

2. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE HECHO: CONTRADICCIÓN MATERIAL FRENTE A LA FORMAL Y ¿RECTIFICACIÓN DE DOCTRINA?

La primera lisonja que debe integrar este comentario atañe a la valoración que en la sentencia se hace de la identidad entre los supuestos parangonados, mucho menos rigorista que en otras ocasiones, haciendo primar la contradicción material frente a la formal o procesal. No en vano, aunque en ambos casos se trata de policías locales que son declarados en situación de IPT por pérdida de las facultades físicas necesarias para el adecuado desenvolvimiento de las tareas esenciales de su «primera» actividad, pero con mantenimiento de la precisa para el desempeño de la «segunda», el planteamiento formal del proceso no resulta plenamente coincidente. En efecto, en el caso de autos lo que se discute es la fecha inicial de efectos de la pensión de IPT reconocida, en tanto que en vía judicial se condiciona su disfrute a «que se dé de baja en el Ayuntamiento de Benidorm», siendo la pretensión de la actora que se prescinda de dicha baja, pues en tanto persiste en la segunda actividad el requisito impuesto por el juzgado (y confirmado por el TSJ) –baja en el ayuntamiento– no puede concurrir. Por su parte, el debate de referencia se hace pivotar sobre la posibilidad de que el desarrollo de esta «segunda» actividad justifique una revisión de oficio por el INSS de la IPT por mejoría.

La sala considera que este divergente planteamiento de la cuestión no es óbice para admitir la contradicción que abre las puertas al recurso, toda vez que la pretensión revisoria de referencia «se basa precisamente en la pretendida incompatibilidad de la IPT declarada con el desarrollo de aquella "segunda" actividad, que es lo que precisamente constituye el objeto expreso y formal del presente debate, hasta el punto de que en la decisión referencial la Sala del TSJ entiende que los realmente debatido es "si la percepción de la prestación [...] es compatible con el desarrollo de una segunda actividad", de manera que tanto en uno como en otro procedimiento está involucrada una misma y compleja cuestión, relativa a la incidencia de la "segunda actividad" –propia de algunas profesiones, como policías y bomberos– en la declaración de IPT y en el percibo de la correspondiente prestación». En este primer punto discrepa el voto particular, que considera que no media la identidad necesaria para apreciar contradicción, especialmente porque el planteamiento formal/procesal de la cuestión litigiosa es, como se ha dicho, un tanto discordante, y ello

puede tener consecuencias en la resolución del fondo, en cierta conexión también con la doctrina previa de la sala sobre segunda actividad, a la que a continuación se hará mención.

Partiendo de la decisión mayoritaria, lo cierto es que no genera dudas el hecho de que efectivamente la cuestión a decidir es si puede compatibilizarse el percibo de la pensión y del salario, ya sea fijando la fecha de efectos económicos –caso de autos–, ya sea permitiendo una revisión de oficio de la incapacidad ya reconocida. Ahora bien, es justo señalar que la sala limita su pronunciamiento a la compatibilidad respecto de la fecha de efectos económicos, sin agregar consideración alguna sobre la posibilidad o no de revisión por mejoría, que habrá que ver si es viable y, en su caso, cómo puede gestionarse jurídicamente. Es más, esta circunstancia sirve también a la sala para, con elegancia, evitar sostener que rectifica doctrina previa.

En efecto, técnicamente más que a una rectificación jurisprudencial, el fallo glosado responde a un novedoso planteamiento de la problemática a solventar, sin que hasta la fecha se hubiese mantenido expresamente ni la compatibilidad ni la incompatibilidad entre el salario y la pensión. La doctrina previa había resuelto, en primer término, sobre qué debía entenderse por profesión habitual a los efectos de la declaración de IPT cuando el sujeto prestaba servicios en segunda actividad (profesionales que por padecimiento de ciertas limitaciones físicas son pasados a segunda actividad, con el fin de que desarrollen funciones compatibles con su estado, y que desde esa situación administrativa solicitan la declaración de IPT, entendiéndolo el TS que la profesión habitual comprende no solo las tareas de tipo administrativo, de planificación, o custodia propias de la segunda actividad, sino también las de mayor exigencia física y psíquica, de modo que si el trabajador no está en condiciones de llevar a cabo estas últimas hay que entender que está incapacitado para su profesión habitual: SSTS de [23 de febrero de 2006, rec. núm. 5135/2004](#); [10 de junio de 2008, rec. núm. 256/2007](#); y [25 de marzo de 2009, rec. núm. 3402/2007](#)). En segundo lugar, se había negado al INSS la posibilidad de sustentar una revisión de oficio de la IPT ya reconocida con base únicamente en el pase a segunda actividad, esencialmente por no concurrir ninguna de las causas legales de revisión (mejoría o error de diagnóstico) (SSTS de [3 de mayo de 2012, rec. núm. 1809/2011](#); [22 de mayo de 2012, rec. núm. 2111/2011](#); [2 de julio de 2012, rec. núm. 3256/2011](#); [4 de julio de 2012, rec. núm. 1923/2011](#); [10 de julio de 2012, rec. núm. 2900/2011](#); [24 de julio de 2012, rec. núm. 3240/2011](#); [2 de noviembre de 2012, rec. núm. 4074/2011](#); [4 de diciembre de 2012, rec. núm. 258/2012](#); y [16 de octubre de 2012, rec. núm. 3907/2011](#)).

Ninguna de las situaciones descritas se plantea en el recurso que resuelve la sentencia comentada, en el que el acontecer temporal es el inverso, en el bien entendido que primero se produce el paso a la segunda actividad –por petición propia de la actora–, y desde tal situación obtiene un reconocimiento judicial de IPT –que el INSS le había negado en vía administrativa–. En otras palabras, el INSS desestima la declaración de incapacidad por estar el sujeto en condiciones de llevar a cabo su profesión habitual (en segunda actividad), y en vía judicial se reconoce la incapacidad solicitada valorando la totalidad de tareas que componen la profesión (en atención a la doctrina del Tribunal Supremo antes señalada), pero se condiciona el lucro de la pensión al cese en dicha actividad.

3. LAS CLAVES DE BÓVEDA DE LA SENTENCIA COMENTADA

Como advierte la sentencia disertada, en la propia definición legal de la IPT se formula la regla de incompatibilidad entre la pensión y el desarrollo de la misma profesión, desde el punto y hora en que tal declaración se reserva a quienes están totalmente incapacitados para continuar desarrollando la que es su profesión habitual, pero están en condiciones de desplegar otra. Desde esta perspectiva resulta intachable la lógica de la sentencia, que carga las tintas en la propia doctrina de la sala sobre la general incompatibilidad entre la pensión y el desarrollo de la misma profesión ([STS de 16 de diciembre de 1997, rec. núm. 1731/1997](#)) –con algunas salvedades o matizaciones para el trabajo en el RETA: [STS de 2 de marzo de 2004, rec. núm. 1175/2003](#)–. No en vano, la prestación tiene una finalidad sustitutiva de rentas que carece de hueco si persisten los ingresos –dice la sentencia: «La inactividad en la profesión a que se refiera la declaración de IPT constituye una condición ínsita en la propia naturaleza del derecho a percibir la pensión en cuanto integrante del concepto mismo del grado de IPT»–.

En necesaria conexión con ello, esta incompatibilidad intrínseca ha de suponer, cuando hay reconocimiento de la prestación y continuidad en la actividad, un aplazamiento de los efectos económicos de la pensión al momento en el que efectivamente acontece el cese en la profesión habitual –como, por otra parte, ya había indicado el propio TS para otras cuestiones litigiosas: [STS de 19 de diciembre de 2003, rec. núm. 2151/2003](#)–.

La clave está en identificar con certeza cuál es la profesión habitual en cada caso, pues las indicaciones legales no bastan a tal efecto –[art. 194.2/disp. trans. 26.ª LGSS](#)–. Según reza en la norma, en caso de accidente –sea cual sea la contingencia– la profesión habitual será la que desempeñaba «normalmente» el trabajador cuando acaece el percance; mientras que en caso de enfermedad –profesional o común– la profesión habitual será «aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado» la IT ([art. 11.2 OM de 15 de abril de 1969](#)). Si bien, como ha aclarado la jurisprudencia, la profesión habitual no es identificable con el «grupo profesional», tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional» ([SSTS de 28 de febrero de 2005, rec. núm. 1591/2004](#); [27 de abril de 2005, rec. núm. 998/2004](#); [25 de marzo de 2009, rec. núm. 3402/2007](#); y [26 de octubre de 2016, rec. núm. 1267/2015](#)). A día de hoy, se trata de valorar todas las funciones que objetivamente integran la «profesión», y no solo las tareas de la profesión habitual que se hubiesen realizado últimamente, o las llevadas a cabo antes de sobrevenir el accidente o la enfermedad. Otra cosa será cuando entre en vigor –si su vigencia llega a materializarse– el artículo 194.2 de la LGSS en la versión de futuro, que parece aproximar la profesión habitual a la actividad que efectivamente se llevaba a efecto en el momento del hecho causante, con expreso acercamiento a la idea de grupo profesional –[«la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente»]–.

En todo caso, en la materia que nos ocupa el quid para la axiomática identificación de la profesión está necesariamente vinculado a la regulación administrativa de la segunda actividad, a los

efectos de aclarar si esta merece o no la consideración de misma profesión habitual –policía en el caso de autos–. Y es, precisamente, esta circunstancia la clave de bóveda del sentido del fallo. No en vano, la sala, tras hacer profuso balance de la regulación normativa de la segunda actividad –a todos los niveles–, llega al convencimiento de que el sujeto en segunda actividad permanece «en el servicio activo y por ello en la misma profesión de policía local», hasta el punto de no conllevar la pérdida de la condición de agente de la autoridad, pudiendo incluso excepcionalmente ser requerido para «el cumplimiento de funciones operativas» propias de la actividad primera y portar armas. Así, si el policía local que ha pasado a la segunda actividad «sigue manteniendo idéntica cualidad profesional [...], siquiera limitando sus funciones a las menos gravosas [...], y a la par mantiene sus correlativos ingresos como policía local en activo, [...] persiste en el ejercicio de la misma profesión y [...] su retribución es incompatible –por definición y en la legislación aplicable a la fecha del hecho causante– con una pensión de IPT que tiene naturaleza de renta sustitutoria de salarios dejados de percibir». Lógica intachable a la que, además, la sala anexiona otro argumento de innegable fuerza, cual es el absurdo que supondría el que quienes realizan las tareas de mayor requerimiento psicofísico –primera actividad– perciban, *de facto*, menores ingresos que quienes realizan las más livianas –segunda actividad–, por la vía de permitirles a estos compatibilizar el salario con la pensión.

4. ADVERTENCIA HACIA EL FUTURO –LA INCOMPATIBILIDAD SE MANTIENE CON LA LEY 27/2011–

Aunque el hecho causante de autos es anterior a la entrada en vigor de la reforma de la [LGSS/1994](#) acometida por la [Ley 27/2011](#) (art. 3.dos) –entró en vigor el día 1 de enero de 2013; y la resolución denegatoria del INSS es de 10 de diciembre de 2012–, y por ello quizá se hubiese podido esquivar un pronunciamiento sobre su posible repercusión, la sala no pierde la oportunidad para atar todos los cabos de la temática y evitar cualquier inquietud sobre qué pasará cuando al caso resulte de plena y directa aplicación el precepto en la redacción que tiene desde enero de 2013. De este modo, queda claro cuál es la interpretación correcta de la norma hoy vigente: [artículo 198.1 de la LGSS/2015](#).

Según dispone la ley (desde la [Ley 27/2011](#)) la compatibilidad entre la pensión de IPT y el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta queda condicionada a que las nuevas funciones «no coincidan con aquellas que dieron lugar» a la propia pensión. Esta referencia legal, como advierte la sentencia, «bien pudiera entenderse alusiva –así lo impone el componente lógico/sistemático que debe imperar en la exégesis– a la coincidencia de «funciones» entre profesiones diversas, tal como impone la intelección del precepto en relación con la definición de IPT que previamente hace» el legislador. No obstante, esta coherente interpretación queda ensombrecida si la lectura se acompaña de la exposición de motivos de la ley, en la que se mantiene que «[a]simismo, se clarifica la compatibilidad en el percibo de la pensión a la que se tenga derecho por la declaración de incapacidad total en la profesión habitual con la rea-

lización de funciones y actividades distintas a las que habitualmente se venían realizando, tanto en la misma empresa o en otra distinta, como es el caso de los colectivos que tienen establecida y regulada funciones denominadas de segunda actividad».

La dicción de la exposición de motivos de la norma parece evocar la compatibilidad entre la pensión y el salario en segunda actividad, compatibilidad de hipotética o posible *mens legislatoris* que la sala rechaza clara y tajantemente –no es un *obiter dicta*–, dando prioridad a la *mens legis* y, por tanto, a la interpretación sistemática y finalista de los parámetros en juego, como mecanismo para sortear el desajuste a que induce la señalada exposición. Y esta apuesta por el sentido común se construye sobre sólidos y fundamentados razonamientos. En concreto, en primer término, se recuerda que la definición legal de IPT no ha sido alcanzada por la reforma, y en ella, como vimos, está la esencia de la incompatibilidad. En segundo término, tampoco casa bien con la lógica del principio de igualdad tolerar una diferencia de trato para estos profesionales –negada al resto de los incapacitados totales–, que carece de razón objetiva de ningún tipo (ninguna justificación, ni suficiente ni insuficiente, ofrece el legislador para respaldar la compatibilidad, ni siquiera en la exposición de motivos). Además, un privilegio de tal calado consolidaría la incomprensible cobertura «excesiva» de los beneficiarios de IPT que continúan en activo y la innegable infraprotección de quienes no encuentran nuevo empleo. Y tampoco, por último, está de más recordar la conveniente racionalización del gasto, que precisamente inspiraba la propia reforma acometida por [Ley 27/2011](#).

A la luz de todas las razones expuestas, la mayoría de la sala opta por interpretar «el nuevo precepto en el único sentido que permite su aplicación sin contradecir el conjunto inmodificado de la regulación legal, cual es que la referencia legal alude –como dijimos arriba– a la coincidencia o diversidad de «funciones» entre profesiones diversas, y no en la misma; y, además, que la expresión «funciones [...] que dieron lugar» a la IPT ha de entenderse referida a las funciones conjuntas de la profesión y no a las específicas obstadas por la patología.

El voto particular no comparte esta opinión, y considera la decisión final una interpretación *contra legem*, en tanto que, como la propia mayoría admite, en cierto modo, de los términos legales en que se redacta la norma, podría intuirse cierta voluntad del legislador de formular una regla de compatibilidad.

La lectura sosegada de la sentencia comentada lleva necesariamente al convencimiento de que se trata de una resolución bien fundamentada y que, con valor, asume la solución de todas las cuestiones que se le suscitan –alguna más también–, ofreciendo incluso una respuesta que pueda servir para las futuras reclamaciones. Es, en suma, una victoria de la razón y el sentido común frente a la que pudiera ser –tampoco está claro porque la nitidez no acompaña a la formulación legal– la voluntad del legislador de permitir, exclusivamente a estos profesionales (policías y bomberos esencialmente), compatibilizar la pensión de IPT con el salario por la prestación de servicios en la misma profesión habitual. Un hipotético propósito legal cuya razón de ser no alcanzamos a atisbar y que simplemente contribuiría a mimar las bases de la, ya de por sí, maltrata sostenibilidad económica del sistema de Seguridad Social. Y es que, aunque no puede ser

la –esperemos– coyuntural situación financiera del sistema el único timón de las medidas legales y de los criterios judiciales, tampoco cabe prescindir de ella cuando no se trata de tutelar situaciones de necesidad, sino de «sobreproteger», sin justificación aparente, a ciertos colectivos.

Además de esta ventaja, la sentencia glosada, con el planteamiento de postergación de efectos económicos de la IPT que hace, entreabre una salida en el callejón en el que se había situado al INSS, que no puede revisar por mejoría las pensiones reconocidas si no hay variación sustancial de las patologías primigenias, ni suspender el abono de la prestación por carecer de sustento legal. Ahora solo queda por ver cómo podrá solventarse el tema cuando primero se reconozca y abone la pensión de incapacidad y luego se produzca el pase a la segunda actividad. Pero eso quedará para mejor ocasión.