

La doctrina del Tribunal Supremo sobre incapacidad permanente total *versus* la jurisprudencia europea y la reforma legal sobre permanencia en la actividad de las personas trabajadoras incapacitadas

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (Valencia, España)

francisco.rodrigo@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-6936-9525>

Extracto

En tiempos relativamente recientes, en la Sentencia de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021), el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de dirimir un supuesto litigioso, con relación a la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual, que suscita múltiples cuestiones jurídicas controvertidas. La resolución de las mismas implica, necesariamente, el abordaje del debate jurídico con relación a la delimitación conceptual de lo que por profesión habitual deba entenderse a estos efectos. El presente trabajo trata de fundamentar jurídicamente una postura al respecto, opuesta a la mantenida por el Tribunal Supremo en dicha sentencia, sobre la base de la interpretación literal y teleológica del texto legal, apoyada, asimismo, en los principales criterios doctrinales y jurisprudenciales previos relacionados con esta materia.

Palabras clave: pensiones de incapacidad permanente; incapacidad permanente total; fecha de efectos pensiones; profesión habitual; compatibilidad con el trabajo pensiones de incapacidad total; jurisprudencia sobre incapacidad permanente total; permanencia en la actividad personas incapacitadas.

Recibido: 31-01-2026 / Aceptado: 23-03-2026 / Publicado: 07-05-2026

Cómo citar: Rodrigo Sanbartolomé, F. A. (2026). La doctrina del Tribunal Supremo sobre incapacidad permanente total *versus* la jurisprudencia europea y la reforma legal sobre permanencia en la actividad de las personas trabajadoras incapacitadas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 116-140. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25013>

The Supreme Court's doctrine on total permanent disability versus European jurisprudence and the legal reform on continued employment for disabled workers

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé

Lecturer in Labor Law and Social Security.

University of Valencia (Spain)

francisco.rodrido@uv.es | <https://orcid.org/0000-0001-6936-9525>

Abstract

Recently, in the STS of April 17, 2024 (rec. 2225/2021), the Spanish Supreme Court has had the opportunity to resolve a contentious case, in relation to the effective date of the total permanent disability pension, which raises many controversial legal issues. Their resolution necessarily implies addressing the legal debate in relation to the conceptual delimitation of what should be understood by habitual profession. The present work tries to substantiate a position in this regard, opposite to that maintained by the Supreme Court, on the basis of the literal and teleological interpretation of the legal text, also supported by the main doctrinal criteria and jurisprudence related to this matter.

Keywords: permanent disability pensions; total permanent disability; effective date of pensions; habitual profession; compatibility of work with total disability pensions; case law on total permanent disability; continued employment of disabled individuals.

Received: 31-01-2025 / Accepted: 23-03-2026 / Published: 07-05-2026

Citation: Rodrigo Sanbartolomé, F. A. (2026). The Supreme Court's doctrine on total permanent disability versus European jurisprudence and the legal reform on continued employment for disabled workers. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 492, 116-140. <https://doi.org/10.51302/rtss.2026.25013>

Sumario

1. Planteamiento de la cuestión: el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021)
2. La fundamentación jurídica de la sentencia
3. Cuestiones problemáticas que origina el criterio del TS
4. El concepto jurídico indeterminado de profesión habitual
 - 4.1. La noción «profesión habitual»
 - 4.2. Criterios jurisprudenciales sobre «profesión habitual» en los casos de segunda actividad
5. Solución y reflexión final

Referencias bibliográficas

1. Planteamiento de la cuestión: el supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021)

El presente estudio parte del análisis de los criterios sentados por la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021) sobre fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente total (IPT) para la profesión habitual, abordando la confrontación de su doctrina con una interpretación teleológica de la noción de profesión habitual y de la función de la pensión asociada a la incapacidad para la misma, así como su compatibilidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el reciente proceso de reforma legal impulsado con el fin de favorecer la continuidad de la actividad laboral de las personas que sean declaradas incapacitadas permanentes en puestos compatibles con su estado.

El supuesto litigioso se refiere a un conductor de autobuses de la empresa municipal de transportes (EMT) que, imposibilitado para realizar sus funciones como consecuencia de sufrir la afección hipertrofia benigna de próstata, fue adscrito provisionalmente por la empresa a otro puesto de la misma categoría profesional de conductor, pero con funciones distintas (agente auxiliar de la Oficina de Atención al Cliente), a expensas del reconocimiento de su eventual derecho a una pensión de IPT para la profesión habitual. La sucesión de hechos probados que sirven de base a esta sentencia parte de la denegación por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 11 de septiembre de 2019, tras dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) de 26 de agosto de 2019, de la prestación de IPT solicitada, pese a tratarse de un trabajador que por la afección descrita padecía importantes limitaciones para realizar su función de conducción de autobuses con normalidad. No obstante, con posterioridad, el 18 de noviembre de 2019, fue adscrito por la empresa a las mencionadas funciones de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente, hasta que, finalmente, en vía judicial, se reconoció su derecho a la correspondiente pensión por IPT, si bien con fecha de efectos económicos desde el cese en esta segunda actividad provisional.

En efecto, la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Madrid 311/2020, de 30 de noviembre (proced. 1360/2019) lo declaró en situación de IPT con efectos del cese en su trabajo, siendo confirmada esta decisión por Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid 348/2021, con fecha de 17 de mayo (rec. 184/2021). Asimismo, por último, en la Sentencia del Alto Tribunal objeto de este comentario se desestimó el recurso del pensionista incapacitado.

Sin embargo, a la vista del tenor de los artículos 198.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996, cabe preguntarse si la fecha del hecho causante de la pensión de IPT no debió retrotraerse a la fecha del dictamen propuesta del EVI y la de efectos económicos de la prestación al cese en el trabajo en las funciones iniciales, como conductor, incompatibles con el estado de salud de la persona incapacitada.

2. La fundamentación jurídica de la sentencia

Como ha sido descrito, la STS que aquí es objeto de comentario confirmó el criterio de las sentencias de instancia y de suplicación en cuanto a la fecha de efectos económicos de dicha prestación económica de Seguridad Social, con base en los siguientes fundamentos jurídicos:

1. La sentencia comentada se remite en su fundamentación jurídica a las SSTS de 19 de enero de 2009 (rec. 1764/2008) y de 16 de enero de 2020 (rec. 3700/2017) al establecer que, aunque cuando la persona trabajadora es declarada en situación de incapacidad permanente si la solicitud no va precedida de una situación de incapacidad temporal (IT) y el/la solicitante estuviera prestando servicios, la fecha del hecho causante es la fecha de emisión del dictamen del EVI, ex artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996 y la de efectos económicos de la prestación ha de ser la del cese en el trabajo.

Sin embargo, cabe oponer que, de ello, en ningún momento se desprende nada diferente a que el trabajo en que ha de cesarse determinando el *dies a quo* para comenzar a percibirse la prestación sea aquel correspondiente a las funciones para las que está imposibilitado/a como consecuencia de su incapacidad permanente, pero no cualquier otro compatible.

Por ello, en la sentencia se razona que, con independencia de la fecha del hecho causante de la pensión, si en el momento de su reconocimiento la persona trabajadora presta servicios en la misma profesión habitual, el abono de la pensión solo comenzará cuando se produzca el cese de dicha persona en ella. Mientras tanto, la pensión de IPT para una profesión habitual es incompatible con el salario percibido por la persona trabajadora al continuar desarrollando la misma profesión habitual.

A mi juicio, si esta es la conclusión, que la profesión habitual era también la desempeñada con posterioridad provisionalmente –hay que presuponer que sobre la base del hecho de corresponder ambos puestos a la misma categoría profesional– la solución lógica –aunque no la legal, ni la más justa– no hubiera sido posponer los efectos económicos de la prestación al momento del cese en las posteriores funciones, sino denegar el reconocimiento de la IPT, puesto que, si el tribunal, realmente, asume que se trataba de la misma profesión habitual y las funciones provisionales posteriores sí eran compatibles con el estado

de salud de la persona trabajadora, no existiría realmente IPT. A fin de cuentas, la persona trabajadora estaría desarrollando su profesión habitual, en estas segundas funciones, sin ningún problema por su afección y, por tanto, no estaría incapacitada para el desarrollo de tal profesión habitual.

2. Asimismo, esta STS de 17 de abril de 2024 se remite en su fundamentación jurídica a los artículos 2 y 27 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y al artículo 5 de la Directiva europea 2000/78/CE, relativo a los «Ajustes razonables para las personas con discapacidad», pero –a mi modo de ver– estas disposiciones normativas no aportan especial interés directo (aunque sí gran incidencia indirecta –como veremos en las conclusiones–) para la resolución de la concreta cuestión objeto de esta *litis*. De hecho, la propia sentencia así lo reconoce expresamente al subrayar que en este caso el trabajador fue recolocado sin extinción, por lo que no se encuentra una explicación razonable a la extensión del texto dedicado a su análisis en la misma.

En efecto, la Sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022, asunto C-485/20, en aplicación del artículo 5 de la citada Directiva 2000/78 arguyó que el concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad», a efectos de dicha disposición, implica que un trabajador (incluido el que realiza un periodo de prácticas tras su incorporación) que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, debería ser destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario. Y también la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024, asunto C-631/22, sentó la doctrina siguiente:

[...] cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a una discapacidad sobrevenida, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada como ajuste razonable a efectos del art. 5 de la Directiva 2000/78, ya que permite a ese trabajador conservar su empleo, garantizando su participación plena y efectiva en la vida profesional con arreglo al principio de igualdad con los demás trabajadores [...] [y] una normativa nacional en materia de seguridad social no puede ir en contra, en particular, del art. 5 de la Directiva 2000/78, interpretado a la luz de los artículos 21 y 26 de la Carta, convirtiendo la discapacidad del trabajador en una causa de despido, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables para permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

Sin embargo, lo cierto es que en el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo (TS) –como la propia sentencia reconoce– el conductor de autobuses urbanos que sufría dolencias prostáticas se reincorporó a la empresa provisionalmente con funciones de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente mientras se resolvía si se le debía reconocer el derecho a percibir la pensión de IPT.

Así pues, aunque el Convenio colectivo de la EMT de Madrid para los años 2018-2020 regulaba la IPT en su punto 8.12 y estipulaba compromisos de recolocación (mediante contratos indefinidos a tiempo parcial en el puesto de especialista de limpieza) en favor de las personas trabajadoras a las que les fuera reconocida una IPT en el periodo comprendido entre el 1-1-2019 y el 31-12-2020 con una edad igual o superior a 45 años e inferior a los 55 años (era el caso del trabajador recurrente que nació en 1966), lo cierto es que en el caso enjuiciado no consta la extinción del contrato de trabajo sino el reingreso provisional mientras se resolvía el eventual derecho a la pensión. Y –como el propio TS reconoce– este no es el objeto del litigio que no se dirigía contra el empleador sino contra la entidad gestora y lo que se debate es la compatibilidad de la pensión con las nuevas funciones asignadas al trabajador. O, según mi visión, dicho de otro modo, se trata de esclarecer cuál es la fecha de cese en el trabajo que deberá tener virtualidad como *dies a quo* de la prestación por IPT, si la de cese en las funciones incompatibles con la incapacidad del trabajador o la de cese en las funciones compatibles realizadas posteriormente, aun cuando formalmente todas ellas correspondan a la misma categoría profesional de «conductor».

3. Por lo demás, finalmente, la sentencia fundamenta el fallo mediante su remisión a la doctrina jurisprudencial general (SSTS de 29 de octubre de 2004, rec. 5644/2003; 19 de noviembre de 2004, rec. 1133/2004; 20 de septiembre de 2005, rec. 3115/2004, y 29 de octubre de 2004, rec. 5644/2003) relativa a la compatibilidad entre el trabajo y la pensión IPT.

Así, pese a que se citan expresamente las SSTS de 26 de octubre de 2016 (rec. 1267/2015) y 22 de noviembre de 2023 (rec. 3804/2020) que establecieron que

la delimitación de la profesión habitual no debe identificarse con el puesto de trabajo o la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle haciendo uso de la movilidad funcional,

finalmente, tras mencionar la STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020), se opta por apoyarse en la STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) relacionada con las profesiones habituales en las que está previsto legal o reglamentariamente el pase a segunda actividad (como policías o bomberos) para concluir que la profesión habitual no es identificable con el «grupo profesional» pero tampoco lo es con el «puesto de trabajo» o «categoría profesional» y que

en el supuesto de que se acceda a la pensión de IPT desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo. El Policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de Policía. Por ello, el inicio de la pensión de IPT tiene como fecha de efectos económicos la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad.

En definitiva, con base en esta última sentencia, se reafirman los siguientes principios:

- a) El de absoluta incompatibilidad entre la pensión de IPT y el desempeño de la misma profesión.

Sin embargo, este dato nadie lo discute –creo–, pues la cuestión real es determinar si las nuevas funciones compatibles se han de entender integradas en la misma profesión por el hecho de que «nominalmente» formen parte de la misma categoría profesional. La cuestión real es: ¿la profesión habitual se define por la categoría profesional a la que la persona trabajadora está formalmente adscrita o por las características reales de las funciones que efectivamente desempeña que son a las que la LGSS (art. 198.1) se refiere?

- b) La función de sustitución de rentas salariales de la pensión de IPT.
- c) La inactividad en la profesión integra el concepto mismo del grado de IPT.

También los principios asentados en las letras b) y c) resultan evidentes, e indiscutidos. En efecto, la regla general en las prestaciones del nivel contributivo del sistema de la Seguridad Social es su función de suplir las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la actualización de la contingencia protegida. Precisamente, por ello, el beneficiario de la prestación de IPT percibe el 55 % de su base reguladora y no el 100 % como en una incapacidad permanente absoluta, porque lo que se le compensa es la pérdida de rentas salariales que le generaban las funciones que desarrollaba hasta el acaecimiento de la contingencia, pero no impide su compatibilidad con el salario derivado de otras funciones compatibles. La sustitución de las rentas salariales no es integral porque su capacidad de trabajo global no resulta plenamente afectada sino solo en parte¹.

- d) Cuando se accede a la pensión de IPT desde la situación de activo laboral, la fecha de inicio de los efectos económicos de la pensión coincide con la del cese efectivo en el trabajo.

Este último principio tampoco resuelve la cuestión aquí controvertida pues –como ya he anticipado– de lo que se trata es de determinar a qué cese en el trabajo efectivo nos referimos: ¿el correspondiente a las funciones incompatibles o el de las compatibles posteriores?

¹ En este sentido, Gala Durán (2013, p. 85) expresa certeramente:

No podemos olvidar que, si bien se cobra una pensión de carácter vitalicio, esta alcanza solo el 55 por 100 de la correspondiente base reguladora, no el 100 por 100 y, por tanto, ya se parte inicialmente de la idea de que el pensionista por incapacidad permanente total tendrá que buscar, al menos en determinados casos, ingresos adicionales a la pensión que percibe de la Seguridad Social.

4. Por último, la sucinta *ratio decidendi* que sustenta el fallo de la sentencia concluye que:

Durante esa adscripción provisional se mantuvo su categoría profesional de conductor de autobuses. Aplicando la citada doctrina jurisprudencial, debemos concluir que la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente total del actor debe ser la del cese en sus funciones, lo que no sucede mientras continúe la adscripción provisional.

Se produce, pues, una inexplicable identificación entre la categoría profesional de adscripción de la persona trabajadora y las funciones efectivas desempeñadas, como si todos los puestos de trabajo integrados en cada categoría implicaran necesariamente el desarrollo de idénticas funciones a efectos de capacidad de trabajo y compatibilidad o incompatibilidad con la IPT.

Se revela, por tanto, como una cuestión clave la determinación del contenido concreto del concepto jurídico indeterminado «profesión habitual», pues, dependiendo de que dicha noción se identifique con las funciones propias del puesto de trabajo desempeñado por la persona trabajadora en el momento de ser diagnosticada de la dolencia o con el grupo profesional al que estuviera adscrita, la valoración de la compatibilidad o incompatibilidad de eventuales segundas actividades será muy distinta. A ello dedicaré el epígrafe 4, pero, por el momento, conviene detenerse en reflexionar sobre las contradictorias implicaciones lógicas y las controvertidas consecuencias jurídicas que se derivan del criterio jurisprudencial descrito.

3. Cuestiones problemáticas que origina el criterio del TS

A la luz de las conclusiones que sustentan el fallo de esta sentencia, cabe preguntarse, entonces, ¿si la adscripción por la empresa al puesto con funciones compatibles con su IPT no hubiera sido provisional sino permanente, los efectos económicos de la pensión se hubieran suspendido (o, más bien, no hubieran nacido) hasta el cese efectivo en dichas actividades?

Al extremo, si este trabajador hubiera mantenido dicho empleo compatible hasta su jubilación, dada la incompatibilidad de las pensiones de incapacidad permanente con las de jubilación, en caso de tenerse derecho a estas, ¿no hubiera percibido nunca la pensión por IPT? Se estaría reconociendo, así, en estos casos, el derecho a una pensión de IPT, en realidad, incobrable. Pues, pese a que se le ha reconocido la incapacidad para su profesión habitual, no se le permite percibir la pensión correspondiente porque se concede viabilidad jurídica al desarrollo de las funciones de su segunda actividad a pesar de que se considera que forman parte de esa misma profesión habitual para la que no tiene capacidad. Entonces, ¿está o no incapacitado para su profesión habitual? Si lo está, y la segunda actividad forma parte de dicha profesión habitual, no debería permitirse que una persona incapacitada para tal profesión habitual continúe trabajando en la misma. Otra cosa supone una contradicción lógica.

Si la solución –como parece– no está condicionada por circunstancias excepcionales o peculiares del caso resuelto y, por ello, constituye una doctrina unificadora de aplicación general, realmente, ¿no se está estableciendo, *de facto*, en estos casos, la incompatibilidad de trabajos compatibles con el estado de la persona trabajadora con la pensión de IPT para la profesión habitual?

Por su propio concepto y definición esta solución es contraria al tenor legal de la vigente LGSS. Es más –como he avanzado antes–, si se asume que la segunda actividad era equivalente a la misma profesión habitual anterior por corresponderse con la misma categoría profesional, si las funciones provisionales posteriores sí que eran compatibles con el estado de salud del trabajador ¿no habría que concluir que, en realidad, no existiría IPT? Puesto que, si la segunda actividad que sí era compatible con su estado de salud forma parte de su profesión habitual, es que no está realmente incapacitado para ella. Otra cosa implica una nueva contradicción lógica.

Dicho de otro modo, si se considera que la segunda actividad del trabajador se corresponde o coincide con su profesión habitual, una de dos: o no se reconoce la situación de IPT para una profesión habitual que realmente sí puede desempeñar o, si se reconoce, no se le debería permitir el desarrollo de unas actividades para las que se ha establecido previamente que no tiene capacidad. De otro modo, da la sensación de que la única preocupación es económica, puesto que se permite el desarrollo de una profesión para la que se ha reconocido que el trabajador está incapacitado, siempre que se demore el percibo de la pensión reconocida hasta que se cese en la misma.

Sin embargo, lo que en realidad ocurre en estos casos es que ninguna de estas posibilidades (no reconocer la IPT, reconocerla pero sin permitir desarrollar la actividad compatible o permitir la postergando la pensión hasta el cese en la segunda actividad) se corresponde con el tenor literal del artículo 198.1 de la LGSS que refiere expresamente a las funciones: «la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total».

Si el trabajador es movilizado funcionalmente por la empresa a otro puesto compatible con su estado porque no está capacitado ya para el desempeño de sus anteriores funciones, ¿no será más lógico entender que es debido a que está incapacitado para la que era su profesión habitual y no para sus nuevas funciones, aunque correspondan a la misma categoría profesional?

¿O es que, en cambio, solo se aplica este controvertido criterio jurisprudencial si el segundo trabajo es en la misma empresa? También, en este caso, como se deriva de manera evidente de la lectura del precepto legal transcrito, la respuesta afirmativa sería directamente contraria a la ley.

Si el trabajador no hubiera sido recolocado en este otro puesto y hubiera cesado en el trabajo como consecuencia de esta dolencia, hay que entender que habría iniciado la percepción de su pensión por IPT sin mayores complicaciones y si, con posterioridad, hubiera obtenido un empleo en la misma o distinta empresa como agente auxiliar de la Oficina de Atención al Cliente: ¿qué hubiera pasado? ¿Le habrían revisado el grado de incapacidad permanente y revocado la pensión por considerarle plenamente capaz? Muy probablemente no, pues resulta notorio que, de suyo, el artículo 198.1 de la LGSS arriba transcrito, posibilita simultanear la prestación por IPT con un nuevo empleo con funciones compatibles. Entonces, ¿por qué se demoran los efectos económicos de estas pensiones hasta la fecha de cese en el trabajo en las segundas actividades previstas legal o convencionalmente? Si el régimen jurídico aplicable es el mismo (la LGSS no distingue este caso ni exceptúa ningún supuesto) acaso ¿no es evidente que estas medidas que están previstas para favorecer la situación de estos colectivos terminarán, en realidad, por perjudicarlos e, incluso, discriminarlos? Pues si cesaran en el primer trabajo y solicitaran la pensión por IPT la podrían simultanear con un nuevo trabajo con funciones compatibles, pero, en cambio, si como beneficiarios de estas medidas legales/reglamentarias o convencionales, son automáticamente adscritos a una segunda actividad solo podrán percibir el salario derivado de esta, viendo condicionado el inicio del percibo de la pensión a que pongan fin a dicho trabajo de reemplazo.

Una última posibilidad para contemplar es si el criterio de esta sentencia no se sostiene con ánimo de generalización a todos los supuestos de segunda actividad (por previsión legal/reglamentaria o convencional) sino que se alumbra solo con destino a ser aplicable en casos tales como el analizado en que el puesto compatible sea concedido provisionalmente por la empresa a expensas de la resolución administrativa o judicial correspondiente. Pero, tampoco en tal caso este supuesto especial se contempla expresamente en la norma y conforme al aforismo latino *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, no debemos introducir distinciones donde la ley no distingue. Asimismo, como se desprende del antiguo brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit* (cuando la ley quiere, lo dice; cuando no quiere, calla), si la ley hubiera querido prever una solución especial para estos casos, lo hubiera hecho expresamente. Y lo cierto es que lo único que de la normativa vigente (art. 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996)² se desprende es que la fecha del hecho causante de la pensión de incapacidad permanente será la de agotamiento de la IT de la que derive o, en otro caso, la del dictamen propuesta del EVI. Tampoco se distingue en la LGSS entre si la adscripción a las funciones compatibles deriva de un contrato indefinido o

² Artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996:

El hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente. En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del equipo de valoración de incapacidades.

de duración determinada, o si la adscripción a las funciones compatibles en el seno de cualquiera de estos contratos es provisional o definitiva, pues esto, al fin y al cabo, salvo que se haya pactado individual o convencionalmente, depende del *ius variandi* empresarial y a lo único que el precepto citado se refiere es a que la pensión es compatible con el desempeño de estas otras funciones, en la misma o distinta empresa, siempre que no coincidan con aquellas que dieron lugar a la IPT, tanto si tales funciones compatibles se desarrollan temporalmente o por tiempo indefinido, como de forma transitoria o provisional como definitiva.

Finalmente, el hecho de que la categoría profesional en que seguían encuadradas las funciones compatibles formalmente fuera la misma de «conductor» no modifica el hecho de que tales funciones, que es a lo que se refiere la literalidad del artículo 198.1 de la LGSS, fueran muy diferentes (en la Oficina de Atención al Cliente) y compatibles con las que no pudo continuar desarrollando a causa del reconocimiento de su incapacidad. Entender que la percepción de similares retribuciones correspondientes a la misma categoría profesional no supuso pérdida de rentas salariales dejadas de percibir por causa de la incapacidad permanente equivale a desconocer el concepto y funcionamiento de la protección de la Seguridad Social por la contingencia de IPT para la profesión habitual, que no se suspende (excepción hecha del complemento correspondiente a la IPT cualificada) por el hecho de que el trabajador encuentre un nuevo empleo compatible, aunque este le suponga rentas salariales iguales o superiores a las que percibía en su profesión habitual anterior para la que se encuentre incapacitado.

Por otro lado, llama desagradablemente la atención que el INSS, que forma parte de una Administración pública a la que, conforme al artículo 103.1 de la Constitución española (CE), le corresponde servir con objetividad los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, en su escrito de impugnación del recurso alegase –con tal de salvar al menos la cuestión de la fecha de efectos– que la sentencia recurrida era conforme a derecho, la cual es totalmente contraria (en cuanto a reconocer la IPT) a la resolución administrativa precedente de la entidad gestora que, incluso tras ser impugnada en vía administrativa, había negado la mayor: el derecho a la pensión misma de IPT.

Contrariamente, el Ministerio Fiscal informó a favor de la estimación del recurso. A mi modo de ver, este es el sentido del fallo que del razonamiento jurídico y de la literalidad de la norma vigente se deprendía directamente y debió haberse alcanzado. En este mismo sentido, la Sentencia del TSJ de Madrid de 2 de marzo de 2015 (rec. 967/2014), aportada para su contraste, resolvió un caso prácticamente idéntico en que el demandante fue declarado por sentencia judicial en situación de IPT para su profesión habitual de conductor de transporte público de viajeros en una EMT, habiéndosele encomendado también funciones de conductor auxiliar hasta la realización de un nuevo contrato posterior. El TSJ en este caso razonó que el trabajo para el que el demandante fue declarado incapacitado total fue el de conductor de la EMT, en el que hubo de cesar por ser incompatible con sus lesiones. Debido a ello, se le asignaron funciones de conductor auxiliar, cuya misión es la de conducir dentro de las dependencias de la empresa. Esta sentencia concluyó –a mi juicio

con acierto— que la pensión de incapacidad permanente es compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra, siempre que las funciones no coincidan con las que dieron lugar a la IPT, lo que concurría en el caso, dado que no cabe la identificación entre una y otra clase de trabajo, aunque en ambos la categoría sea la de conductor, al existir marcadas diferencias en el contenido y especial responsabilidad de quien maneja autobuses urbanos.

Resulta muy significativa, como ocurre en el párrafo anterior por contraposición a la sentencia comentada en este trabajo, la sencillez con la que es posible explicar los fundamentos jurídicos de una sentencia cuando sus argumentos responden a la lógica.

4. El concepto jurídico indeterminado de profesión habitual

Como ha podido comprobarse a lo largo de las consideraciones anteriores, las verdaderas cuestiones controvertidas que es necesario resolver para dar una solución adecuada a supuestos como el que es objeto de este comentario, básicamente, son dos:

- De conformidad con la doctrina contenida en las SSTs de 19 de diciembre de 2003 (rec. 2151/2003), 13 de octubre de 2004 (rec. 6096/2003), 18 de mayo de 2006 (rec. 425/2005), 19 de enero de 2009 (rec. 1764/2008), 17 de febrero de 2009 (rec. 1827/2008) y 20 de enero de 2020 (rec. 3700/2017), si la solicitud de la pensión de IPT no va precedida de una situación de IT y la persona solicitante estuviera prestando servicios, los efectos económicos de la IPT deberán producirse desde la fecha de cese efectivo en el trabajo, pero lo que hay que determinar es a qué cese en el trabajo efectivo nos referimos: ¿el correspondiente a las funciones incompatibles o el de las compatibles posteriores?
- O lo que es lo mismo: ¿la profesión habitual se define por la categoría profesional a la que la persona trabajadora sigue formalmente adscrita o por las características reales de las funciones que efectivamente desempeñaba que son a las que, a efectos de compatibilidad, el artículo 198.1 de la LGSS se refiere?

A dilucidar esta cuestión dedicaré las siguientes líneas de este epígrafe para, con auxilio de la doctrina científica y jurisprudencial relacionada, tratar de proporcionar una solución jurídica fundamentada y razonada para el tratamiento de estos supuestos.

4.1. La noción «profesión habitual»

El concepto de lo que por «profesión habitual» ha de entenderse a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por IPT ha sufrido cierta evolución que parte de su identifica-

ción inicial con el puesto de trabajo, pasando por su equiparación a la categoría profesional, para, posteriormente (tras la modificación operada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de racionalización y consolidación del Sistema de Seguridad Social sobre el –en aquel entonces– art. 137.2 LGSS³), pasar a ser relacionada con el grupo profesional. Como consecuencia, la doctrina científica (Fabregat Monfort, 2005) coincidió ampliamente en la interpretación, a efectos funcionales, de que el concepto de profesión habitual se delimita, no solo atendiendo a la profesión que ejercía la persona interesada, sino también al grupo profesional en que esta se encuadraba (Valle Muñoz, 2016, p. 6), pero subrayando el problema que origina que la mayoría de los grupos profesionales de los convenios colectivos no contienen referencia alguna a las profesiones (Poquet Catalá, 2015, p. 58).

Pero es que, además, incluso en caso de definición convencional de tales profesiones, la referencia al grupo profesional (como también a la categoría profesional como ocurre en la sentencia objeto de este comentario) implicaría riesgos evidentes a estos efectos como puso de manifiesto la STS de 28 de febrero de 2005 (rec. 1591/2004) al advertir que:

[...] El concepto del grupo se halla en el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores y no ha tenido acceso a las normas de Seguridad Social. Aquel precepto lo define como «el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales». [...] En definitiva el grupo puede incluir diversas profesiones. [...] Estimar que el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria. Tesis que hemos de rechazar, sin que ello quiera decir que efectuemos una identificación entre profesión habitual con la aptitud para un preciso y determinado puesto de trabajo.

Por ello, como veremos en el siguiente apartado, en la doctrina judicial, desde antiguo, ha prevalecido una concepción de profesión habitual que rehúsa su identificación tanto con el grupo o la categoría profesional como con las funciones propias de un concreto pues-

³ Actualmente, el contenido de dicho precepto se reproduce de manera idéntica en el artículo 194.2 del vigente texto refundido de la LGSS aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en los siguientes términos:

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

to de trabajo, poniendo el foco de atención, en cambio, en las funciones o tipo de tareas para las que la persona trabajadora está cualificada para realizar y a las que la empresa le hubiera destinado o pudiera destinarle en virtud de movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de la titulación académica o de la pertenencia a un grupo profesional.

4.2. Criterios jurisprudenciales sobre «profesión habitual» en los casos de segunda actividad

La doctrina tradicional del TS⁴, previa a la Ley 27/2011, sobre valoración de la IPT contiene los siguientes criterios aplicables al caso sobre la noción de profesión habitual:

1) En el sistema vigente, la valoración de la incapacidad permanente tiene carácter profesional, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, y, en este sentido, no procede una calificación fisiológica por baremo, sino una estimación en términos de repercusión de las lesiones sobre la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual.

2) La profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba (en el caso estudiado en este análisis no debería identificarse con las características concretas del puesto de conductor de un determinado autobús de una concreta línea), pero tampoco en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional. Es decir, en el supuesto litigioso objeto de este comentario, la mera adscripción formal a un grupo profesional no es determinante, sino que habría que valorar las funciones prototípicas de un conductor de autobuses que poco tienen que ver con las tareas de auxiliar de atención al cliente, pudiendo estar incapacitado para las primeras (y percibir pensión sustitutiva de las rentas salariales dejadas de percibir por ellas) y no para las segundas (compatibilizando el percibo del salario derivado de las mismas), con independencia de que ambas estén adscritas a un mismo grupo profesional.

3) Este criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de

⁴ SSTs de 10 de octubre de 2011 (rec. 4611/2010), 3 de mayo de 2012 (rec. 1809/2011), 22 de mayo de 2012 (rec. 2111/2011), 7 de junio de 2012 (rec. 1939/2011), 2 de julio de 2012 (rec. 3256/2011), 4 de julio de 2012 (rec. 1923/2011), 10 de julio de 2012 (rec. 2900/2011), 24 de julio de 2012 (rec. 3240/2011), 2 de noviembre de 2012 (rec. 4074/2011), 12 de febrero de 2003 (rec. 861/2002), 28 de febrero de 2005 (rec. 1591/2004), 27 de abril de 2005 (rec. 998/2004), 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004), 10 de junio de 2008 (rec. 256/2007) y 25 de marzo de 2009 (rec. 3402/2007).

las incidencias que puedan producirse en esa relación. No es, por tanto, determinante que, en el caso aquí analizado, no se haya extinguido la relación laboral, sino que la empresa haya adscrito provisionalmente al trabajador en otras funciones compatibles con su estado.

4) En las normas de distribución competencial sobre esta materia, tanto en la LGSS como en el Real Decreto 1300/1995 y en la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, no se establece ninguna vinculación de los órganos de calificación por las incidencias o decisiones que puedan producirse en la relación de empleo.

5) A efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la «profesión».

En este sentido, las SSTs de 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004) y 10 de junio de 2008 (rec. 256/2007), en el caso de los policías locales, entendieron que el ámbito profesional de valoración opera sobre el conjunto de las funciones que comprenden tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática, y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar a la persona solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran la «profesión habitual». Se rechaza así, una valoración de las lesiones de la persona trabajadora basada, de manera exclusiva o, al menos, fundamental, en su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad.

Asimismo, la STS de 10 de octubre de 2011 (rec. 4611/2010), FJ 3, estableció que:

[...] la profesión habitual no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional [y añadió que] [e]ste criterio profesional no significa que las decisiones en materia de calificación de la incapacidad deban depender de las que, en función del estado del trabajador, puedan haberse adoptado en la relación de empleo: el sistema de calificación es independiente de las incidencias que puedan producirse en esa relación.

La citada sentencia concluyó, pues, que a efectos de la calificación de la IPT han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la «profesión» y, de este modo, aplicando tal doctrina al caso de un bombero, previo a la modificación operada en la LGSS por la Ley 27/2011, entendió que ha de prestarse atención al conjunto de actividades que integran esa «profesión habitual», no solo a las que se puedan desempeñar como segunda actividad (cometidos de carácter administrativo, de prevención o de planificación de la propia actividad), sino también –lógicamente– tareas tales como la intervención personal y directa en la extinción de incendios o en los siniestros análogos en los que habitualmente participan dichos profesionales. En el mismo sentido, la STS de 4 de diciembre de 2012 (rec. 258/2012) entendió, reiterando esta misma doctrina, que no solo han de va-

lorarse las lesiones considerando de manera exclusiva –o, al menos, fundamental– su proyección sobre el ámbito funcional de la segunda actividad.

Por el contrario, en el caso de la STS de 26 de octubre de 2016 (rec. 1267/2015), pese a subrayar, con carácter previo, la doctrina de las SSTS de 17 de enero de 1989, 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004) y 27 de abril de 2005 (rec. 998/2004) en el sentido de que la profesión habitual no ha identificarse con la categoría profesional, para la resolución de su litigio parte de la noción de categoría profesional para la que las dolencias padecidas por el trabajador no parecían ofrecer otra limitación que la que resulta del concretísimo supuesto en que sus funciones se realicen en contacto con el corcho. Sin embargo, en este caso, la sentencia concluyó que la profesión de peón de almacén no exige una especialización necesariamente vinculada al tratamiento, manipulación o elaboración de productos de ese material, pues estamos ante un profesiograma amplio para el que es irrelevante la calidad de los materiales sobre los que actúa. El desempeño de las tareas del trabajador no requiere ningún conocimiento, aptitud o habilidad relacionados con el citado material, tratándose de cometidos comunes a las funciones propias de almacenaje en una enorme variedad de industrias y actividades.

Sin embargo, en el supuesto objeto de este comentario, las funciones del conductor de autobuses están basadas en conocimientos, aptitudes y habilidades (que se acreditan en la exigencia de permisos de conducción específicos) y características (largos itinerarios durante los que no es posible ausentarse para ir al baño, gran responsabilidad en cuanto a la seguridad de grandes masas de pasajeros y complejidad del tráfico) que nada tienen que ver con las de un agente auxiliar de atención al cliente (para las que el trabajador podrá, eventualmente, también tener o no aptitudes o habilidades) a las que la empresa tuvo a bien adscribir al trabajador, pero que ninguna relación guardan con las propias de un conductor de autobuses al uso y, por tanto, son constitutivas de una profesión distinta de la habitual de conductor del trabajador.

Por último, recientemente, la STS de 22 de noviembre de 2023 (rec. 3804/2020) ha establecido claramente, entre otros, el siguiente criterio:

El ámbito de la profesión habitual que hay que considerar para establecer la valoración de la incapacidad en el proceso de revisión de grado no puede ser la segunda actividad a la que se accede tras el reconocimiento de la IPT, sino la actividad normal que se realizaba con anterioridad. En este sentido, por ejemplo, SSTS 31 mayo 1996 (rcud. 2759/1995); 2 noviembre 2012 (rcud. 4074/2011) y 4 diciembre 2012 (rcud. 258/2012).

También en los supuestos de enfermedad profesional originada por amianto, la profesión que ha de servir de parámetro para la declaración de invalidez es aquella que se ejercía cuando se produjo el hecho determinante de la patología invalidante. En tal sentido, STS 18 enero 2007, rcud. 2827/2005). (FJ Quinto).

Asimismo, dicha sentencia, para resolver la cuestión de si la profesión habitual a efecto de apreciar si concurre la IPT es la desarrollada al sobrevenir el accidente o la desempeñada en la fecha de emisión del dictamen por el EVI, acude a una interpretación «lógica» de la norma, según la cual se deduce de su literalidad que habrá que entender por profesión habitual la que el trabajador ejercía habitualmente en el momento en que comienza la patología determinante de este grado de incapacidad, abstracción hecha de que, antes o después, haya realizado otra el trabajador incapacitado.

Pese a la abundante doctrina jurisprudencial arriba expuesta, la STS de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021) que aquí es objeto de comentario, prefirió apoyar el sentido de su fallo en la STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) referida exclusivamente al caso de profesiones habituales en las que está previsto legal o reglamentariamente el pase a segunda actividad (como policías o bomberos) para concluir en un sentido similar al que se deriva de los términos de dicha sentencia:

El Policía local que ha pasado a la segunda actividad sigue manteniendo idéntica cualidad profesional de Policía. Por ello, el inicio de la pensión de IPT tiene como fecha de efectos económicos la del cese en funciones de Policía local, siquiera sea en segunda actividad.

Resulta, cuanto menos, curioso que, incluso si pretende dar una solución diferenciada (no prevista en la LGSS ni en su normativa de desarrollo) a los casos de colectivos de segunda actividad, entre los que –como parece– se pretende incluir a las personas trabajadoras a las que –como en el caso que aquí se comenta– por virtud de convenio colectivo el empresario se compromete a facilitar un nuevo puesto con funciones compatibles, se recurra como fundamento decisorio a la doctrina muy aislada de dicha STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) que, además contó con un voto particular –muy interesante, al que se adhirieron dos magistrados más– en lugar de a la más reciente STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020), pronunciada en sentido contrario y de la que fue ponente el mismo magistrado de la STS de 17 de abril de 2024 (rec. 2225/2021) que es objeto de este estudio.

Pues, en efecto, como esta más reciente STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020) resume, en aquellas profesiones habituales en las que está previsto el pase a segunda actividad (como policías o bomberos), reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que, para determinar si las dolencias justifican el reconocimiento de la pensión de IPT, hay que tener en cuenta la totalidad de las funciones de su profesión habitual y no únicamente las propias de la segunda actividad. En ese sentido se citan por la propia sentencia respecto de policías locales o autonómicos, las SSTS de 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004), 25 de marzo de 2009 (rec. 3402/2007) y 11 de marzo de 2020 (rec. 3777/2017), así como con relación a los bomberos, las SSTS de 16 de octubre de 2012 (rec. 3907/2011), 2 de noviembre de 2012 (rec. 4074/2011), 4 de diciembre de 2012 (rec. 258/2012) y 20 de septiembre de 2022 (rec. 3861/2019), entre otras.

Resulta, asimismo, chocante, de nuevo, que pese a que en esta STS de 7 de marzo de 2023 (rec. 903/2020) se cite expresamente, respecto a policías locales, la STS de 11 de marzo de 2020 (rec. 3777/2017) que incluyó como comprendidas dentro de todas las «funciones que integran objetivamente la profesión» tareas tales como la patrulla, el mantenimiento del orden público, labores de regulación de tráfico, aparte de las tareas administrativas o de vigilancia estática (y, por ello, a la hora de determinar la merma de rendimiento que pudiera aquejar al solicitante ha de hacerse en atención al conjunto de estas actividades), se termine acudiendo como fundamento de su decisión a la controvertida STS de 26 de abril de 2017 (rec. 3050/2015) que el mismo magistrado ponente recogió en aquella (junto con la STS de 23 de septiembre de 2020, rec. 2800/2018), entre las excepciones en sentido contrario a la doctrina general reiterada.

En definitiva, y a mayor abundamiento, como se desprende de lo descrito, en caso de optarse por la valoración de la IPT en atención a las funciones desempeñadas en segundas actividades, se llegaría al absurdo resultado que, muy certeramente, denuncia Areta Martí-nez (2019, p. 11) al advertir que

todo apunta a que el concepto de *profesión habitual* no es unívoco y varía según cuándo se declare la incapacidad permanente, es decir, según que la declaración de incapacidad permanente se haga antes del pase del bombero a segunda actividad o estando ya en segunda actividad⁵.

5. Solución y reflexión final

De acuerdo con el artículo 11.2 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969:

Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo, y en caso de enfermedad, común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la invalidez.

⁵ La autora citada, brillantemente, concluye:

Si el bombero no ha pasado a segunda actividad, el concepto de *profesión habitual* queda reducido a las funciones del servicio ordinario. Por tanto, la declaración es de IPT porque el bombero no puede realizar las tareas fundamentales del servicio ordinario. [...] Si el bombero ya ha pasado a segunda actividad, el concepto de *profesión habitual* se expande, incluyendo tanto las funciones del servicio ordinario como las más livianas de la segunda actividad. Por tanto, la declaración es de IPP porque el bombero está impedido para realizar las tareas fundamentales de servicio ordinario y capacitado para las propias de segunda actividad.

Cabría entender que un nuevo contrato de duración igual o superior a doce meses sería identificable con la última ocupación desarrollada, pero –obviamente– si, como ocurre en el supuesto objeto de la sentencia comentada en este trabajo, la prestación por IPT se solicitó antes del transcurso en la segunda actividad de este periodo de tiempo (en este caso, incluso antes de su inicio), de acuerdo con el artículo 194.2 de la LGSS, habría que valorar la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

Es decir, en el litigio aquí estudiado, incluso en el caso de que, contrariamente a lo prevenido en la STS de 22 de noviembre de 2023 (rec. 3804/2020) y aplicando la literalidad del artículo 13.2 de la Orden Ministerial de 18 de enero 1996, al no venir la incapacidad permanente precedida de una IT, se considerara que el hecho causante se ha de entender producido en la fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI, lo cierto es que tal dictamen del EVI tuvo lugar el 26 de agosto de 2019 y el trabajador no fue adscrito por la empresa como conductor, pero con funciones de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente, hasta el 18 de noviembre de 2019. Por ello, tanto en aplicación de la doctrina de la sentencia citada (STS de 22 de noviembre de 2023, rec. 3804/2020) sobre valoración de la actividad desarrollada en el momento de acontecer la patología como de la literalidad del precepto citado se deriva que es sobre la actividad de conducción de autobuses previa a la de agente auxiliar en la Oficina de Atención al Cliente sobre la que habrá que valorar la incidencia de la patología de hipertrofia benigna de próstata del trabajador solicitante diagnosticada en aquel. Y, asimismo, por tanto, el cese en el trabajo que determinará la fecha de efectos económicos de la prestación, de acuerdo con la doctrina de las SSTS de 19 de diciembre de 2003 (rec. 2151/2003), 13 de octubre de 2004 (rec. 6096/2003), 18 de mayo de 2006 (rec. 425/2005), 19 de enero de 2009 (rec. 1764/2008), 17 de febrero de 2009 (rec. 1827/2008) y 20 de enero de 2020 (rec. 3700/2017) ha de ser la de cese en dicha actividad previa a la adscripción provisional.

Cualquier otra consideración basada en la valoración como profesión habitual, de forma exclusiva o concurrente, de las aptitudes del trabajador con relación a la segunda actividad compatible, no solo contradice la literalidad de los preceptos que se acaban de citar, sino que también es contraria a una interpretación teleológica, según el sentido y finalidad de las normas que configuran la pensión de IPT. La cual, a diferencia del resto de incapacidades más gravosas, cuenta con un régimen jurídico particular que implica que la alteración anatómica, funcional o anatómico-funcional padecida no incapacita al trabajador con carácter general y para cualquier actividad o acto de la vida, sino que la alteración que sufre únicamente afecta a la capacidad que le requiere el ejercicio de su profesión habitual (Goerlich Peset, 1996, p. 57), el llevar a buen término las tareas fundamentales que esta le exige. Y esta peculiaridad, que define la esencia de este grado de IPT, condiciona tanto el quantum de la prestación como su posible compatibilidad con otra ocupación (Fabregat Monfort, 2005).

Del mismo modo, la identificación de la profesión habitual con la categoría profesional que sirve de fundamento a la *ratio decidendi* de la sentencia comentada, implica otorgar un tratamiento unitario a todos los puestos de trabajo integrados en cada categoría como si todos ellos implicaran necesariamente el desarrollo de idénticas funciones a efectos de capacidad de trabajo y compatibilidad o incompatibilidad con la IPT. Esta equiparación resulta contradictoria, asimismo, con la jurisprudencia estudiada que estableció que la delimitación de la profesión habitual no debía identificarse con la categoría profesional, sino con aquellos cometidos que

el trabajador está cualificado para realizar y a los que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional (STS de 17 de enero de 1989; 23 de febrero de 2006, rec. 5135/2004, y 27 de abril de 2005, rec. 998/2004).

Este rechazo a la equiparación entre «profesión habitual» y categoría profesional se acentúa en la actualidad al haber desaparecido la segunda del texto del artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en donde además se ha incrementado la flexibilidad funcional interna (STS de 26 de octubre de 2016, rec. 1267/2015).

A mi modo de ver, a efectos de compatibilidad, la profesión habitual ha de identificarse con las funciones (a las que se refiere expresamente el art. 198.1 LGSS) que la persona trabajadora ha desempeñado durante, al menos, los últimos 12 meses anteriores a ser diagnosticado de la dolencia (o, en su caso, sufrir el accidente) y extenderse a aquellas otras funciones para las que se requieran similares conocimientos, permisos, titulaciones, habilidades o aptitudes. En el supuesto de que la persona trabajadora sea apta para el desarrollo de puestos de trabajo correspondientes a este mismo tipo funciones, lo procedente sería no reconocer la IPT dado que, realmente, no se está incapacitado o incapacitada para la profesión habitual, pero en el caso de que las funciones para las que se presente aptitud sean de otra tipología en tales términos de aptitud, conocimientos o habilidades requeridas, habrá que reconocer la compatibilidad de la IPT con el salario derivado de cualesquiera segundas actividades en que se desarrollen tales funciones distintas, formen o no parte de la misma categoría o grupo profesional y la fecha de efectos de la pensión de IPT habrá de ser, necesariamente, la de cese en la actividad inicialmente desarrollada para cuyas funciones se perdió la capacidad de trabajo.

Llegados a este punto, ruego a quien lea este trabajo disculpe mi ingenuidad, pero no consigo entender por qué por parte de la Administración de la Seguridad Social se tiende a identificar su función de servir los intereses generales (art. 103.1 CE) –con mayor razón cuando se trata de instituciones de servicio público prestacional y protección social– con la prosecución de interpretaciones, al límite, de los preceptos legales que suscitan la sensación, al menos aparente, de que se actúa bajo la premisa de que lo desfavorable para las

personas beneficiarias/solicitantes es favorable para la protección del interés público que se tiene encomendado. Todo ello, tal vez, con un malentendido fin de gestión pública que prioriza los objetivos de racionalización financiera sobre los prestaciones que se tienen encomendados legal y constitucionalmente.

Tampoco consigo compartir la preocupación del poder judicial por dar amparo a estas actuaciones administrativas, fundamentando sus decisiones con argumentos jurídicos en muchos casos –como el que aquí nos ha ocupado– muy discutibles y controvertidos, a los que, además, en ocasiones, se adicionan consideraciones sobre aspectos presupuestarios del sistema de la Seguridad Social. Al legislador corresponde establecer los derechos de las personas solicitantes de las prestaciones (art. 41 CE en relación con el art. 53.3 CE) y, en caso de que los recursos financieros disponibles no sean suficientes para la satisfacción de las necesidades presupuestarias generadas por el alcance de los derechos reconocidos, la solución le corresponde a aquel, con la colaboración e impulso de la acción de gobierno en esta materia del poder ejecutivo, apoyada en una gestión recaudatoria eficaz y justa por parte de la Administración. Pero que sea el poder judicial (como, por ejemplo, también ocurre en la STS de 11 de abril de 2024, rec. 197/2023, sobre incompatibilidad con el trabajo de la pensión por incapacidad permanente absoluta o por gran invalidez, dictada casi simultáneamente con la aquí estudiada) quien trate de favorecer la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social, apoyando interpretaciones legales restrictivas, con base en criterios y argumentos económicos y presupuestarios, resulta exorbitante y genera perplejidad.

En el caso de la sentencia que aquí ha sido comentada, la circunstancia misma de que un trabajador que accede a una prestación de nivel contributivo (en vía judicial, tras haber sido previamente objeto de denegación por la entidad gestora), como consecuencia de una enfermedad común (por tanto, previa acreditación de los importantes periodos de cotización exigibles en este caso) que, tras un largo periplo judicial, hubiera tenido –si hubiera sido el caso porque la adscripción no hubiera sido solo provisional– que renunciar a la actividad profesional con funciones compatibles con su pensión de IPT, para poder percibir esta, habla por sí solo de la dinámica, alejada de los principios que la sustentan, sobre la que la Administración de la Seguridad Social, con la connivencia del poder judicial, parece estar avanzando.

Y es en este punto en el que sí que se encuentra sentido a la referencia a la reciente Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), Ca Na Negreta, apuntada más arriba, que, en respuesta a la cuestión prejudicial formulada por el TSJ de Baleares, reconoció como contrario al artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE el hecho de entender que el artículo 49.1 e) del ET permite al empresario extinguir el contrato por incapacidad permanente debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables, no siendo relevante ni óbice para esta conclusión, según esta sentencia (en su apdo. 49), la existencia de una prestación de Seguridad Social conservando al mismo tiempo la posibilidad de dedicarse al ejercicio de otras funciones.

Bajo esta misma *ratio*, habría que entender repudiable también todo lo relacionado con lo comentado con anterioridad en relación con que la persona trabajadora se pueda ver compelida a cesar en su actividad laboral compatible para mantener o iniciar las correspondientes prestaciones. Pues, en efecto, si el itinerario más adecuado, conforme a la Sentencia del TJUE de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22), Ca Na Negreta, en aplicación del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE y en coherencia con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico interno en el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y el artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, pasaría por el intento de adaptación del puesto de trabajo o, en su caso, la movilidad funcional de la persona afectada, como paso previo a la extinción por la vía del artículo 49.1 e) del ET, con mayor motivo hay que valorar negativamente que, indirectamente, dicha persona se vea coaccionada a renunciar a un puesto de trabajo compatible con su situación al que ya ha sido adscrita (y al que, incluso, puede tener derecho como segunda actividad prevista legal, reglamentaria o convencionalmente) y que viene desarrollando con normalidad, como condición para que se inicien los efectos económicos o la percepción efectiva de la pensión de IPT que tiene reconocida por otras funciones (art. 198.1 LGSS) para las que se encuentra incapacitada y distintas de las que actualmente desarrolla.

En este sentido, es consabido, como –no solo en el ámbito de la normativa europea comentada– en el contexto político y social del mundo moderno de las democracias occidentales es un objetivo prioritario la integración de las minorías y, especialmente, de las personas con diversidad funcional. Esto ha motivado incluso la reciente modificación del artículo 49 de la CE que encomienda a los poderes públicos (incluido el judicial) garantizar la plena autonomía personal y la inclusión social de las personas con discapacidad, en entornos universalmente accesibles. Si una determinada actividad se puede llegar a entender compatible con el estado de la persona incapacitada, los poderes públicos –y las Administraciones públicas en particular– habrían de facilitar su desarrollo compatible con las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, en el bien entendido que la actividad laboral favorece la integración social de las personas. Precisamente, si la preocupación es presupuestaria, en caso de actividades que dan lugar a la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, al menos, se seguirán ingresando cotizaciones por dichos trabajos.

Adicionalmente, cabe referirse al papel de las Administraciones públicas no solo como sujetos de derecho público en el ejercicio de potestades públicas-administrativas, sino también a la actitud que debería guiar su actuación cuando asumen la condición de empleadores. Un paradigmático ejemplo de ello viene constituido por la STS de 16 de septiembre de 2020 (rec. 1000/2017) –objeto de un magnífico comentario doctrinal (Rivas Vallejo, 2020)– que entendió que debe aplicarse la norma de la compatibilidad entre la declaración de incapacidad permanente para la profesión habitual y un nuevo empleo cuando este pueda ser desempeñado a partir de la capacidad residual del trabajador, tanto si el empleo es posterior a tal declaración como si, como en el caso de autos, es anterior, y se había simultaneado

con un proceso patológico que no dio lugar a la declaración de incapacidad permanente sino hasta años después de iniciarse la compatibilidad por cambio de funciones dentro de la misma empresa. Sin que quepa aplicar automáticamente el artículo 49.1 e) del ET en su redacción anterior⁶ para justificar las decisiones extintivas empresariales (que, en este caso, fueron adoptadas por un ayuntamiento) con base en el mero hecho de que se haya dictado una resolución administrativa de incapacidad permanente para la profesión habitual si esta es precisamente otra distinta a la que ha motivado la contratación o, en este caso, la asignación de funciones distintas como consecuencia de movilidad funcional⁷.

Este tipo de cuestiones ha provocado, recientemente, el impulso de un proceso de reforma del texto de los artículos 49.1 del ET –separando, en una nueva letra n), la incapacidad de la muerte de la persona trabajadora, que queda en la letra e)– y 174. 5 de la LGSS, cuyas nuevas redacciones son ahora más sensibles a estas situaciones, contemplándose expresamente, a nivel legal, que será preciso valorar, previamente a las extinciones de los contratos de trabajo en cuestión, si es posible o no acometer los ajustes razonables que en cada caso correspondan. De este modo, tras la reforma legal, se elimina la automaticidad de la extinción del contrato de las personas que acceden a la situación de IPT, absoluta o gran incapacidad y se condiciona la decisión empresarial a la voluntad de la persona trabajadora y a la posibilidad de adaptar el puesto de trabajo o a la existencia de un puesto de trabajo vacante y disponible acorde con su perfil profesional y compatible con su nueva situación. En definitiva, la empresa únicamente podrá activar esta causa de despido cuando la adopción de las anteriores medidas suponga una carga excesiva.

En conclusión, si el camino marcado por la jurisprudencia del TJUE –y la dirección a la que apuntan los cambios constitucionales y legales comentados– implica facilitar, en la medida de lo posible, que las personas declaradas incapacitadas puedan mantener su empleo en funciones compatibles con su estado, no resulta comprensible el empeño de la Adminis-

⁶ Hay que prestar atención, además, a que el artículo 49.1 e) del ET en su redacción anterior se refiere como causa extintiva del contrato de trabajo a la gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, pero excepcionando lo dispuesto en el artículo 48.2 de la misma norma. Es decir, que procedería suspender el contrato de trabajo y no extinguirlo, cuando en la propia resolución administrativa se contemple la probabilidad de revisión del grado reconocido en un plazo no superior a dos años.

En cualquier caso, en definitiva, lo que resulta claro es que la configuración legal de la causa extintiva por IPT para la profesión habitual no impone la extinción al empresario, sino que simplemente la permite (Selma Penalva, 2016, p. 53).

⁷ Sin que quepa obviar, por último, la incidencia que sobre estas situaciones extintivas podría tener lo prevenido en el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, pudiendo originar, en su caso, bajo determinadas circunstancias, incluso la nulidad de la extinción por discriminación (arts. 53.4 y 55.5 ET), al establecer que: «[...] Nadie podrá ser discriminado por razón de [...] discapacidad [...], enfermedad o condición de salud [...]». En este mismo sentido, cabe citar la STS de 3 de mayo de 2016 (rec. 3348/2014), en aplicación de la Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, Ring y Werge a las que se refiere Rivas Vallejo (2020, p. 6).

tración de la Seguridad Social, apoyado por el TS, por sostener criterios e interpretaciones forzadas de las normas que condicionan al cese en tales trabajos compatibles el inicio de la percepción de la prestación por IPT a que tienen derecho por tener reconocida la incapacidad para realizar aquellas otras funciones distintas que constituían su profesión habitual.

Referencias bibliográficas

- Areta Martínez, M. (2019). El concepto de «profesión habitual» en orden a declarar la incapacidad permanente de un bombero que pasa a segunda actividad. *Revista de jurisprudencia laboral*, 8, 1-14. https://doi.org/10.55104/RJL_00098
- Fabregat Monfort, G. (2005). La profesión habitual como determinante de la incapacidad permanente. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5, 1049-1072.
- Gala Durán, C. (2013). La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011. *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 122, 79-123.
- Goerlich Peset, J. M. (1996). La invalidez permanente del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo. *Tribuna Social: Revista de Seguridad Social y Laboral*, 61, 53-68.
- Poquet Catalá, R. (2015). La actual doctrina en la conceptualización de la profesión habitual a efectos de la incapacidad permanente. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 55-73.
- Rivas Vallejo, P. (2020). El dudoso concepto de la profesión habitual y la extinción del contrato de incapacidad permanente total cuando se adaptaron previamente las condiciones de trabajo. *Revista de jurisprudencia laboral*, 10, 1-10. https://doi.org/10.55104/RJL_00195
- Selma Penalva, A. (2016). Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual. *Revista de derecho de la seguridad social. Laborum*, 7, 51-74.
- Valle Muñoz, F. A. (2016). La discutible valoración restrictiva de la incapacidad permanente total en el trabajo autónomo. *IUSLabor*, 2, 1-18. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/312035>

Francisco Agustín Rodrigo Sanbartolomé. Doctor en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universitat de València. Su labor investigadora se concentró, inicialmente, en las materias jurídico-laborales relacionadas con la descentralización productiva y la sucesión de contratas y, más recientemente, se ha dedicado también al estudio de temas relacionados con el derecho de huelga. Es autor de varias obras sobre estos y otros temas de Derecho laboral y, asimismo, ha sido galardonado en diversas ocasiones (2.º premio en la edición de 2010, accésit en 2011 y finalista en las ediciones de 2017, 2020 y 2025) en la modalidad Derecho del Trabajo y Seguridad Social del prestigioso Premio Estudios Financieros. <https://orcid.org/0000-0001-6936-9525>