

DISCAPACIDAD, INVALIDEZ Y TRABAJO

Antonio Tapia Hermida

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid

Letrado de la Seguridad Social

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

EXTRACTO

Los discapacitados y los inválidos cuentan con los mismos derechos que el resto de ciudadanos. Tienen una incuestionable «dignidad personal» y disfrutan «de los derechos inviolables que les son inherentes». Los avances científicos y sus desarrollos tecnológicos posibilitan el trabajo del discapacitado y del inválido.

Palabras claves: discapacidad, invalidez, minusvalía, vejez, jubilación, igualdad de trato, derecho al trabajo y deber de trabajar.

DISABILITY, INVALIDITY AND WORK

Antonio Tapia Hermida

ABSTRACT

Disabled and invalids have the same rights than the other citizens. They have an unquestionable «personal dignity» and enjoy of the «inviolable rights inherent to them». Scientific advances and their technologic developments made possible the disable and invalid work.

Keywords: disability, invalidity, handicap, old age, retirement, treatment equality, right to work and obligation to work.

Sumario

- I. Introducción
- II. Discapacidad, justicia y trabajo
- III. Discapacidad e invalidez
 1. La noción de discapacidad
 - 1.1. El concepto de discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico
 - 1.2. La definición de la discapacidad en las normas internacionales y en el Derecho de la Unión Europea
 2. La denominada invalidez o incapacidad permanente no contributiva
 3. Concepto y grados de invalidez
 - 3.1. Concepto
 - 3.2. Grados
- IV. La edad como factor de discapacidad o invalidez. El falso paradigma del jubilado
- V. La prestación de trabajo por el discapacitado y el inválido
 1. El trabajo del discapacitado
 - 1.1. La regulación del trabajo de las personas discapacitadas en el Derecho de la Unión Europea
 - 1.2. El régimen del trabajo de las personas discapacitadas en nuestro Derecho
 2. La cuestión de la prestación de trabajo asalariado por cuenta ajena y asalariado por el trabajador inválido

I. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad «conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión» (párrafo primero de la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en adelante TRLGPD)¹. Afirmación de incuestionable certeza «considerando que más de 80 millones de personas, esto es, alrededor del 16% de la población total de la Unión Europea, son personas con discapacidad (...) y que la tasa de desempleo entre estas personas sigue siendo inaceptablemente elevada, ya que como mínimo duplica la de las personas sin discapacidad; (...), cuya tasa de pobreza es un 70% superior a la media»².

Por ello es consecuente y además oportuno tratar del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, sean meramente discapacitadas o inválidas permanentes, pues «como ciudadanos de pleno derecho, las personas con discapacidad (tanto física como psicosocial) cuentan con los mismos derechos que el resto de ciudadanos y tienen derecho a una dignidad incuestionable, a la igualdad de trato, a la vida independiente y a la plena participación en la sociedad»³. Pero existe

¹ Por ello la discapacidad puede y debe prevenirse. Como establece el artículo 11 del TRLGPD:

«1. La prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades constituye un derecho y un deber de todo ciudadano y de la sociedad en su conjunto y formará parte de las obligaciones prioritarias del Estado en el campo de la salud pública y de los servicios sociales. La prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades atenderá a la diversidad de las personas con discapacidad, dando un tratamiento diferenciado según las necesidades específicas de cada persona.

2. Las administraciones públicas competentes promoverán planes de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, teniendo asimismo en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

3. En dichos planes se concederá especial importancia a los servicios de orientación y planificación familiar, consejo genético, atención prenatal y perinatal, detección y diagnóstico precoz y asistencia pediátrica, incluida la salud mental infanto-juvenil, asistencia geriátrica, así como a la seguridad y salud en el trabajo, a la seguridad en el tráfico vial, al control higiénico y sanitario de los alimentos y a la contaminación ambiental».

² Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 [2010/2272(INI). 2013/C 131 E/02], Considerandos, apartado B.

³ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 [2010/2272(INI). 2013/C 131 E/02], Considerandos, apartado A, que añade en su apartado C: «Considerando que los grupos más marginados de la sociedad son los más perjudicados por la crisis y que las personas con discapacidad forman uno de los grupos más afectados por

«un variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social»⁴.

La discapacidad es un macroconcepto (*shelter concept*) que adquiere relevancia en la sociedad industrial, al igual que el de invalidez o incapacidad, en cuyo epicentro se incluye. Por ello se da una sustancial coincidencia entre ambos en cuanto que refieren siempre la situación de una persona física que manifiesta una deficiencia física, psíquica o sensorial, pernicioso y de característica «permanencia». La discapacidad es un macroconcepto «evolutivo que se deriva de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras causadas por las actitudes de los demás o presentes en el entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás y con la misma dignidad»⁵.

La invalidez, en la sociedad posindustrial⁶ y en el tránsito a la era de las finanzas⁷ en la que nos encontramos, concentra la discapacidad, en cuanto que es un concepto básicamente profesional⁸, vinculado inicialmente al trabajo por cuenta ajena y solo tardíamente al trabajo por cuenta

los efectos de la crisis financiera en Europa», y en el apartado T: «Considerando que la crisis económica plantea un reto en términos de empleo en general y de las personas con discapacidad en particular, con un aumento de la tasa de paro sustancialmente mayor en el caso de las personas con algún tipo de discapacidad y un creciente temor de que se utilicen las prestaciones por discapacidad para controlar la oferta de mano de obra»; Precisa GUILLEBRAUD, J. C.: *El principio de humanidad*, Madrid: Espasa-Calpe, 2002, pág. 124, como según determinadas posiciones «entre los seres humanos algunos no son aún –o no son ya–, "personas"».

⁴ Párrafo tercero de la exposición de motivos del TRLGDP.

⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 [2010/2272(INI). 2013/C 131 E/02], Considerandos, apartado K.

⁶ Vid. BELL, D.: *El advenimiento de la sociedad posindustrial*, Madrid: Alianza, 1976, especialmente págs. 34-37, 65-66, 309-310 y 433 y ss.

⁷ Indica PRIETO PÉREZ, E.: «La Era de las Finanzas. Mercados financieros y globalización», discurso pronunciado en su toma de posesión como académico de la Real Academia de Doctores el día 20 de febrero de 2002, Madrid: Real Academia de Doctores, 2002, pág. 13, que «en la Era de las Finanzas, estas asumen el liderazgo e introducen un nuevo lenguaje, nuevos modelos operativos e imponen sus puntos de vista y valores (...), la globalización financiera es un proceso irreversible que exige contemplar el futuro con otro talante y cuyo desarrollo plantea un importante desafío y prácticamente la creación de un nuevo sistema financiero internacional», tras haber indicado, pág. 12, que «en la Era de la Industria, la posición dominante en la actividad económica correspondía al sistema productivo, que estaba liderado por los capitanes de empresa, portadores del espíritu de empresa. Las Finanzas eran necesarias y también estaban presentes, e incluso se reconocía que sin ellas no podía existir un sistema económico moderno».

⁸ Que se resume por la jurisprudencia (SSTS, Sala Cuarta, de 12 de febrero de 2003, 28 de febrero y 27 de abril de 2005, 23 de febrero de 2006, 10 de junio de 2008, 25 de marzo de 2009, y 3 de mayo, 2 de julio y 2 de noviembre de 2012) en los siguientes términos, «el sistema de calificación de la incapacidad aún vigente (disp. trans. 5.^a bis LGSS en relación con el art. 137 de la misma Ley) tiene carácter profesional, con las excepciones de las lesiones permanentes no invalidantes y la gran invalidez, y, en este sentido, la remisión del número 3 del artículo 137 a un porcentaje de incapacidad no envía a una valoración fisiológica por baremo, sino a una estimación aproximada en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión

propia o autónomo, de ahí que también se la denomine incapacidad permanente laboral⁹. Cuenta con una larga historia vinculada al Estado social¹⁰, y se configura con base en la coexistencia de elementos médicos y profesionales, por una parte, haber estado sometido a tratamiento médico, haber sido dado de alta y presentar reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas y, por otra, que como consecuencia de ellas se produzca una disminución o anulación de la capacidad laboral¹¹.

Ni la discapacidad ni la invalidez alteran la «dignidad» de la persona. Tienen derecho a la «participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad» [art. 3 j) TRLGPD]. Por ello el derecho a la igualdad de trato de las personas discapacitadas o inválidas¹² es incuestionable. «Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos conforme a nuestro orde-

habitual», reiterada por STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2013 y SSTSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 28 de febrero y 15 de marzo de 2013.

⁹ «Las notas características que definen el concepto legal de la invalidez permanente son: 1) Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables ("susceptibles de determinación objetiva"), es decir, que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado; 2) Que sean «previsiblemente definitivas», esto es, incurables, irreversibles; siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad. Por eso (la ley) añade que "no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo". Y por eso también (la ley) prevé la posibilidad de revisión de las declaraciones de invalidez permanente por "mejoría", y, 3) Que las reducciones sean graves, desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de "que disminuyan o anulen su capacidad laboral" en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para su profesión habitual, incapacidad permanente parcial, o la que impide la realización de todas o las fundamentales tareas de la misma, incapacidad permanente total, hasta la abolición de la capacidad del rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer, incapacidad permanente absoluta», indican las SSTSJ de Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2012, y STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2013, SSTSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 28 de febrero, y 11 y 15 de marzo de 2013; «Las incapacidades permanentes protegidas por la seguridad social, en su modalidad contributiva, son profesionales siendo preciso para su declaración un análisis comparativo de dos términos: el de las limitaciones funcionales originadas al trabajador por las lesiones que padece, y el de los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de su profesión habitual», afirma la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 13 de noviembre de 2012.

¹⁰ «Tener presente desde un principio el nexo del Estado social, no con el Estado en general, sino con un determinado tipo de estado que llamamos moderno, resulta fundamental para tener en cuenta la especificidad europea de ambos», indica SOTELO, I.: *El Estado Social*, Madrid: Trotta, 2010, pág. 42.

¹¹ SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2012; «Nuestro sistema se caracteriza por configurar la contingencia de incapacidad permanente, en función del efecto incapacitante de las dolencias en relación con la actividad laboral que se desempeña», indica la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de febrero de 2013.

¹² «El núcleo del argumento liberal es que los hombres difieren en sus capacidades, necesidades, aptitudes y talentos. Así es menester distinguir entre tratar a la gente de manera igual y hacerlos iguales. El esfuerzo de hacer iguales los hombres debe llevar a una determinación, por un cuerpo administrativo, del grado de las diferencias y el grado de corrección. Por tanto supone tratar a las personas de manera desigual. La lógica es ineludible», dice BELL, D.: *Las contradicciones culturales del capitalismo*, Madrid: Alianza, 1977, pág. 245.

namiento jurídico»¹³. *Ex abundantia* se precisa que «las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos conforme a la normativa en vigor. Para ello, las Administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen» (art. 53 TRLGPD)¹⁴.

El mismo carácter redundante tienen las afirmaciones legales de que: a) «las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva» (art. 10.1 TRLGPD); b) «las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 18.1 TRLGPD), y c) «las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida».

Baste con una mera referencia general al principio de igualdad, a su carácter estrictamente racional, a su importancia nuclear en la cultura occidental y a su incompleto desarrollo en los sistemas jurídicos actuales. Debe resaltarse en todo caso su vinculación a la idea de justicia «innata»¹⁵ y «justicia natural»¹⁶, que pone singularmente de relieve su «componente congénito y de origen

¹³ Artículo 7.1 del TRLGPD, que continúa con la siguiente dicción: «2. Para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida; 3. Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este Título y demás normativa que sea de aplicación; 4. Asimismo, las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías»; *vid.* las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, adoptadas por la ONU el 20 de diciembre de 1993.

¹⁴ Añadiéndose en el artículo 54 del TRLGPD, que «las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones y, en su caso, de las normas y estrategias que les conciernen, siendo obligación de las administraciones públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva. De igual modo, se promoverá su presencia permanente en los órganos de las administraciones públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias».

¹⁵ Indica COTTINGHAM, J.: *El racionalismo*, Barcelona: Ariel, 1987, pág. 42; Aduciá ya PLATÓN en el *Fedón*, «que tenemos un concepto de perfecta igualdad matemática, aunque ningún par de cosas que observemos en nuestra experiencia corriente sean jamás perfectamente iguales».

¹⁶ «Puesto que el carácter de la injusticia es la desigualdad y que lo injusto es lo desigual, se sigue de aquí claramente que debe haber un medio para lo desigual. Este medio es la igualdad, porque en toda acción, sea la que quiera, en que puede darse el más o el menos, la igualdad se encuentra también precisamente. Luego si lo injusto es lo desigual, lo justo es lo igual; esto lo ve cualquiera sin necesidad de razonamiento, y si lo igual es un medio, lo justo debe ser

evolutivo»¹⁷. Esto es, somos humanos porque somos, discapacitados o plenamente capacitados, «iguales», y ello «implica juego limpio, reglas de juego bien definidas e iguales para todos, sin privilegios ni discriminaciones»¹⁸.

La proclamación del derecho a la igualdad de trato¹⁹ es resultado político del iluminismo y la ilustración, y con base en el mismo se pretendió «nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un régimen político y social completamente nuevo»²⁰, y por ende más justo. No obstante el principio de igualdad en su tránsito al derecho positivo, como igualdad ante la ley e igualdad de trato²¹, pierde intensidad racional, conforme al propio devenir cultural contradictorio de aquellas sociedades, con el predominio, a la postre, de la voluntad sobre la racionalidad, con el modernismo y posmodernismo²². El resultado fue ejemplarizado por Orwell, en el célebre pasaje siguiente: «Por primera vez Benjamin consintió en romper la costumbre, leyó lo que estaba escrito en el muro. Allí no había nada excepto un solo Mandamiento. Este decía "todos los animales son iguales pero algunos animales son más iguales que otros"»²³.

igualmente un medio. Pero la igualdad supone, por lo menos, dos términos. Es una consecuencia no menos necesaria que lo sea un medio y una igualdad con relación a una cierta cosa y a ciertas personas (...). Así pues lo justo es lo proporcional», indica ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, libro V, capítulo III (CASTRO NOGUEIRA, introducción, y DE AZCÁRATE, P., traducción), Madrid: Espasa-Calpe, 1992, págs. 209-210.

¹⁷ MOSTERÍN J.: *La cultura de la libertad*, Madrid: Espasa-Calpe, 2008, pág. 36.

¹⁸ MOSTERÍN J., *op. cit.* (*La cultura de la libertad*), págs. 35-37.

¹⁹ BELL, D., *op. cit.* (*Las contradicciones culturales del capitalismo*), tras afirmar, en pág. 23 que «la historia no es dialéctica. El socialismo no ha sucedido al capitalismo, y los Estados que se llaman a sí mismos socialistas han surgido, casi todos, en sociedades precapitalistas o agrarias», indica, en pág. 24, que en las sociedades capitalistas, «el principio axial del orden político es la legitimidad, y en un orden político democrático el principio de que solo se puede ejercer el poder y el gobierno, con el consentimiento de los gobernados. La condición implícita es la idea de igualdad, según la cual todos los hombres deben tener voz por igual en este consenso. Pero la idea de la ciudadanía que encarna esta concepción ha sido ampliada en los últimos 100 años, hasta incluir la igualdad, no solo en la esfera pública, sino también en todas las dimensiones de la vida social».

²⁰ Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua en los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, 3.ª ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2009, pág. 28, con referencia a la Revolución Francesa; «La Revolución francesa, que responde a los intereses de la burguesía capitalista, identificaría la libertad con la supresión de privilegios y, en definitiva, de todas las barreras que podían oponerse en el camino de las empresas», indica SUÁREZ, L.: *En los orígenes de España-Mitos y realidades*, Barcelona: Planeta, 2011, pág. 39.

²¹ En «términos lógicos, hay tres dimensiones de la igualdad: la igualdad de condiciones, la igualdad de medios y la igualdad de resultados», precisa BELL, D., *op. cit.* (*Las contradicciones culturales del capitalismo*), pág. 247.

²² «En la conciencia occidental ha habido siempre una tensión entre lo racional y lo no racional, entre la razón y la voluntad, entre la razón y el instinto como fuerzas impulsoras del hombre. Cualesquiera que fuesen las distinciones específicas, el juicio racional fue concebido tradicionalmente como superior en jerarquía, y esta orden dominó la cultura occidental durante casi dos milenios. El modernismo invierte esta jerarquía. Es el triunfo de la fogsidad, de la voluntad», indica BELL, D., *op. cit.* (*Las contradicciones culturales del capitalismo*), págs. 59-60.

²³ ORWELL, G.: *Rebelión en la granja*, Londres 1946, Barcelona: Destino, 2006, pág. 150.

La jurisprudencia constitucional abunda en aquella posición orweliana cuando afirma que «es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro»²⁴. No obstante, aquellas imperfecciones y limitaciones que presenta el principio de igualdad en su reformulación jurídica como derecho a la igualdad ante la ley y a la igualdad de trato²⁵, no puede dejarse de considerar que mantiene una relativa coherencia con la «ley de indiscernibilidad de los idénticos, según la cual todo lo que se puede predicar de una cosa se puede predicar de lo que se identifique con ella»²⁶.

La proclamación del derecho a la igualdad de trato se «corresponde a un principio general de Derecho que figura inscrito en todas las constituciones europeas y que el Tribunal de Justicia (de la Unión Europea) consideró un principio fundamental del Derecho comunitario»²⁷, y su colofón, la no discriminación «se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético (que) en la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con este»²⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico positivo aquel principio y derecho se impone en la Constitución de 1837, y se mantiene, en plausible continuidad, en los textos constitucionales de 1845, 1869, 1876 y 1931 hasta la vigente Constitución de 1978, la cual lo establece con rotundidad en

²⁴ STC 164/2002, de 17 de septiembre, que se reitera en las SSTC 186/2002, de 14 de octubre; 224/2003, de 15 de diciembre; 29/2005, de 14 de febrero; y 247/2006, de 24 de julio. También se manifiesta el Tribunal Constitucional sobre la dimensión lógica «debilitada» del Derecho y del razonamiento judicial en las SSTC 147/1999, de 4 de agosto; 25/2000, de 31 de enero; 87/2000, de 27 de marzo; 82/2001, de 26 de marzo; 221/2001, de 31 de octubre; 55/2003, de 24 de marzo; 213/2003, de 1 de diciembre; 163/2004, de 4 de octubre; 154/2006, de 22 de mayo; 163/2006, de 22 de mayo; 181/2006, de 19 de julio; 243/2006, de 24 de julio; 248/2006, de 24 de julio; 41/2007, de 26 de febrero; 42/2007, de 26 de febrero; 59/2008, de 14 de mayo; 128/2010, de 29 de noviembre; 132/2011, de 28 de marzo; 133/2011, de 18 de julio; 142/2011, de 26 de septiembre; 182/2011, de 21 de noviembre; 25/2012, de 27 de febrero; 61/2012, de 12 de noviembre; 78/2012, de 8 de abril; 205/2012, de 12 de noviembre; 206/2012, de 12 de noviembre; 118/2013, de 20 de mayo; y 119/2013, de 20 de mayo.

²⁵ Según precisa la Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE, serie C, núm. 303, de 14 de diciembre de 2007, págs. 6 y ss.

²⁶ GARCÍA TREVIJANO, C.: *El arte de la lógica*, Madrid: Tecnos, 2008, pág. 144; Sobre el cumplimiento por la relación de identidad del principio de indiscernibilidad de los idénticos *vid.* ORAYAGEN, R.: *Lógica, significado y ontología*, México: Universidad Autónoma de México, 1989, págs. 272 y 275.

²⁷ SSTJCE de 13 de noviembre de 1984, Racke, asunto 283/83; de 17 de abril de 1997, asunto C-15/95, EARL, y de 13 de abril de 2000, asunto C-292/97, Karlsson; *vid.* la Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE, serie C, núm. 303, de 14 de diciembre de 2007, págs. 6 y ss.

²⁸ Según se indica en la misma Explicación sobre la Carta de los Derechos Fundamentales (CDF), no existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 del artículo 21 CDF, según el cual «se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de (...), discapacidad, (...)», y el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que dispone lo siguiente: «Sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de (...), discapacidad, (...)».

sus artículos 14²⁹ y 9³⁰ sin que de ello pueda inferirse una pretendida dualidad, sino que el contenido del artículo 9 se limita a matizar y a desarrollar el principio general de igualdad, contenido en el artículo 14³¹.

Afirmar el deber y el derecho al trabajo del discapacitado y del inválido³², presupone que «la inserción en el mundo laboral y la independencia económica son factores extremadamente importantes para la integración social de las personas con discapacidad»³³ e invalidez. Las nuevas creencias y pautas culturales, que apuntan a que las personas dejen de ser objetos³⁴, se proyectan especialmente en relación con las personas con discapacidad³⁵.

²⁹ Según el cual «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

³⁰ Que establece un mandato dirigido a los poderes públicos, y a cuyo tenor «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que (...) la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»,

³¹ Cabe precisar que, en esa concreta formulación constitucional, el artículo 14 «contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, (...), como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas», doctrina contenida en las SSTC 75/1983, de 3 de agosto, y 128/1987, de 16 de julio, y reiterada constantemente por la jurisprudencia constitucional, así en las SSTC 200/2001 de 4 de octubre; 119/2002, de 20 de mayo; 9/2010, de 27 de abril; 22/2010, de 27 de abril; 52/2010, de 4 de octubre; y 36/2011, de 28 de marzo, precisándose que «el principio de igualdad no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida».

³² «Las personas discapacitadas están en la imposibilidad de utilizar verdaderamente su derecho a participar en el mercado laboral, aunque en los países Euromed se han promulgado en este sentido diversas leyes específicas por las que se obliga a sostenerlos y garantizarles oportunidades de empleo en el mercado laboral», indica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La situación de las personas con discapacidad en los países Euromed» (2011/C 48/17).

³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 [2010/2272(INI). 2013/C 131 E/02], apartado 45.

³⁴ «La persona se convierte en un objeto, o una "cosa", no porque la empresa sea inhumana, sino porque la realización de una tarea está subordinada a los fines de la organización. Puesto que la tareas son funcionales e instrumentales, la administración de la empresa es, primariamente, de carácter tecnocrático», indica BELL, D., *op. cit.* (*Las contradicciones culturales del capitalismo*), pág. 24, y añade en pág. 144, «es un mundo de organización –de jerarquía y burocracia– en el que los hombres son tratados como cosas, porque es más fácil coordinar cosas que hombres. Así se introduce una distinción necesaria entre los roles y las personas, y esta distinción se formaliza en los cuadros de tareas y diagramas de organización de las empresas».

³⁵ Como indica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Aplicación y seguimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por las instituciones de la UE, y el papel del CESE al respecto» (Dictamen de iniciativa), (2013/C 44/05), «la CNUDPD introduce un cambio de paradigma, pasando de considerar a las personas con discapacidad como "objetos", de acciones benéficas o de trata-

II. DISCAPACIDAD, JUSTICIA Y TRABAJO

El enfoque en la capacidad/discapacidad personal constituye uno de los criterios evaluativos relevantes de la justicia imperante en una sociedad. Supone centrarse en las oportunidades reales de vivir y en qué medida se niegan a determinadas personas. «La relevancia de la discapacidad se desestima con frecuencia, y este puede ser uno de los argumentos más importantes para prestar atención a la perspectiva de la capacidad. Las personas con discapacidades físicas o mentales están no solo entre los seres humanos más pobres del mundo; son, también, los más desatendidos»³⁶.

Efectivamente, «los discapacitados son con mucha frecuencia los más pobres entre los pobres desde el punto de vista del ingreso, pero además su necesidad de ingreso es mayor que la de los fuertes y sanos puesto que requieren dinero y asistencia para tratar de vivir vidas normales y aliviar sus desventajas. El deterioro de la capacidad de obtener ingresos, que puede calificarse como de "desventaja del ingreso", tiende a reforzarse y magnificarse con el efecto de la "desventaja de la conversión": la dificultad de convertir ingresos y recursos en buena vida, precisamente debido a su discapacidad (...). Si las exigencias de la justicia tienen que dar prioridad a la eliminación de la injusticia manifiesta (...), en lugar de concentrarse en la búsqueda prolongada de la sociedad perfectamente justa, entonces la prevención y el alivio de la discapacidad han de ocupar un lugar central en la empresa de la promoción de la justicia»³⁷.

Lo prestación de trabajo, en la medida en que se lo permitan sus limitaciones al discapacitado, deviene así en un medio idóneo y a la vez ineludible, para atender a los requerimientos de la justicia. La libertad de trabajo, que se impone a partir del siglo XVII³⁸, «constituye una manifestación concreta de la libertad del hombre y tiene, por consiguiente, su fundamento en la propia dignidad humana, de la que naturalmente también participan "discapacitados" e inválidos». Se muestra en dos dimensiones transcendentales. «La primera dimensión de la libertad de trabajo con-

mientos médicos, a concentrarse en su calidad de "sujetos", con derechos y capacidad para invocarlos así como para tomar decisiones sobre sus vidas basadas en un consentimiento libre e informado».

³⁶ AMARTYA SEN: *La idea de la justicia*, Madrid: Taurus, 2010, pág. 288.

³⁷ *Vid.* nota anterior, págs. 288-289.

³⁸ Sobre el desarrollo del contrato de trabajo ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *La construcción jurídica del contrato de trabajo*, Granada: Comares, 2011, especialmente págs. 16, 32, 40-45, 52 y 68. Sobre el periodo nuclear de la Revolución francesa que ocupa un lugar central en la aparición de la libertad de trabajo, RAMÍREZ, P. J.: *El primer naufragio*, Madrid: La Esfera de los Libros, 2011. Se afirma que «es grave la confusión entre regulación jurídica específica del hecho social del trabajo y la aparición histórica de una legislación específica, bautizada como legislación obrera, legislación obrera que no se concibe al margen de la sociedad de clases (...). El derecho del trabajo es así un derecho clasista (...). El derecho del trabajo evoluciona con la realidad social que delimita y es, en tal sentido, una forma social, y en cuanto tal, una entidad histórica. Estudiar el derecho del trabajo fuera del contexto histórico es aceptar de antemano la conclusión errada», indica DE LA VILLA, L. E.: «En torno al concepto del Derecho Español del Trabajo», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homena-je a sus 50 años de dedicación universitaria* (PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., coords.), Madrid: CEF, 2006, pág. 264.

siste en el derecho de la persona individual a que no se le impida trabajar, en términos generales, y a que no se le impida ejecutar un trabajo lícito que haya obtenido (...), la segunda dimensión de este principio consiste en el derecho que toda persona tiene a elegir su trabajo, su ocupación, su oficio o profesión. Este se justifica en la dignidad y la libertad del ser humano. La ocupación de una persona constituye una gran parte de su vida»³⁹. Siendo obligado reconocer «que este derecho debe pertenecer a todos los seres humanos sin excepción»⁴⁰.

Aquella libertad es fundamentalmente derecho al trabajo, pero presupone el deber de trabajar («el paradigma del deber como reverso del derecho, como correlato que lo hace posible») ⁴¹, dado que, por una parte, «el derecho al trabajo es un derecho esencial para la persona y vinculado a su dignidad, pues sin trabajo es imposible tener acceso los bienes materiales precisos para la obtención de una vida digna»⁴², y, por otra, esa libertad y derecho al trabajo, rectamente entendidos, «no implica(n) derecho a la ociosidad, cómoda alternativa entre la faena y el descanso; la única manera de justificar nuestra existencia estriba en un aprovechamiento de nuestras energías que nos convierta en elementos socialmente útiles»⁴³.

Los textos constitucionales modernos presentan el derecho al trabajo «como contrapartida del deber de trabajar»⁴⁴. El derecho y el deber de trabajar compete a todas las personas, tanto plenamente capaces laboral y socialmente, como, y en la medida de sus capacidades, a las personas discapacitadas e inválidas. Precisamente atendiendo a esa doble faceta de derecho-deber de trabajar, establecía la Constitución de la República Española de 1931, en su artículo 46, que «el trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social, y gozará de la protección de las leyes», y establece el artículo 35 de la actual Constitución de 1978, que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia».

III. DISCAPACIDAD E INVALIDEZ

Existe una indudable correlación entre los conceptos de discapacidad, minusvalía e invalidez⁴⁵. No obstante las normas legales han venido estableciendo diferencias entre tales situaciones persona-

³⁹ RECASENS SICHES, L.: *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1978, pág. 576.

⁴⁰ *Vid.* nota anterior.

⁴¹ Afirma HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A.: *La edad de los Deberes*, Madrid: RAJL, 2013, pág. 12.

⁴² GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M.: «La dignidad del trabajador en la relación del trabajo», en *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, tomo III, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pág. 2.343.

⁴³ PÉREZ SERRANO, N.: *Tratado de Derecho Político*, 2.ª ed., Madrid: Civitas 1984, pág. 645.

⁴⁴ GÁLVEZ, J.: «Artículo 35», en *Comentarios a la Constitución*, Madrid: Civitas, 1980, pág. 450, que apostilla, y «plenamente desligado de la noción de asistencia».

⁴⁵ Según el *Diccionario de la lengua española*, de la Real Academia Española, 22.ª ed., Madrid, 2001, «Discapacidad» es la «calidad de discapacitado», siendo el significado de discapacitado el siguiente: «Dicho de una persona:

les, atendiendo a la consideración de que si bien todo inválido es un minusválido y un discapacitado, no todo discapacitado es un minusválido, ni ninguno de aquellos necesariamente es un inválido⁴⁶.

1. LA NOCIÓN DE DISCAPACIDAD

Las concepciones de la discapacidad establecidas en la normatividad internacional, en las normas de la Unión Europea y en nuestro sistema jurídico positivo son uniformes, pero no idénticas, por ello es conviene precisar su definición en cada uno de esos ámbitos.

1.1. El concepto de discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico

Se define en nuestro ordenamiento jurídico la discapacidad como «una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» [art. 2 a) TRLGPD]⁴⁷.

Consecuentemente se considera que «son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» (art. 4.1 TRLGPD), o que tienen aquella condi-

Que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales, por alteraciones de sus funciones intelectuales o físicas»; «Minusvalía», significa lo siguiente: «Detrimento o disminución del valor de algo», pero también «discapacidad física o mental de alguien por lesión congénita o adquirida»; «Invalidez» es la «cualidad de inválido» y «en las relaciones laborales o funcionariales, situación de incapacidad permanente», siendo el significado de «inválido»: «Que no tiene fuerza o vigor», pero también «Dicho de una persona: Que adolece de un defecto físico o mental, ya sea congénito, ya adquirido, que le impide o dificulta alguna de sus actividades»; Según el *Diccionario del español actual*, de Manuel SECO, Olimpia ANDRÉS y Gabino RAMOS, Madrid: Aguilar, 1999, «Discapacidad» es «la condición de discapacitado», y «discapacitado» es «(Pers.) que padece una incapacidad física o psíquica, esp. adquirida»; «Minusvalía», es «disminución de valor», y también «invalidez parcial», atribuyendo al término «minusválido», el significado de «(Pers.) que tiene invalidez parcial»; «Invalidez», es «la condición de inválido», y por tal considera «(Pers. o miembro corporal) que padece algún daño o defecto físico que le impide o dificulta el movimiento o la actividad normal»; El término «discapacidad» tiene la suficiente actualidad como para que el diario *El Mundo* del 30 de junio de 2013, dedicase su página 72 a la una noticia titulada: «Una finca "discapacitada" para las bodas».

⁴⁶ SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de julio de 2000, 20 de septiembre de 2007, 9 de diciembre de 2009 y 20 de abril de 2010.

⁴⁷ Concepto que sustituye al establecido por el artículo 1.2 de la derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, según el cual eran «personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». La Ley 51/2003 fue derogada por la disposición derogatoria única b) del TRLGPD.

ción aquellas personas «que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás» [art. 3 a) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León].

Añadiéndose por el artículo 2.2 del TRLGPD, la siguiente precisión, que evidencia la correlación entre discapacidad e invalidez: «a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

La discapacidad no se confunde con la dependencia y la falta de autonomía, por más que sean conceptos próximos, al entenderse por falta de autonomía la pérdida de la «capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria», y por dependencia «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal», según establece el artículo 2.1 y 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia⁴⁸. Tampoco se confunde discapacidad con invalidez, por más se haya aludido a «discapacidad» o «discapacitados»⁴⁹ en numerosas normas como sinónimo de «invalidez» o «inválidos», a que la legislación general de Seguridad Social, que aludía a que «los minusválidos» en edad laboral tenían derecho a beneficiarse de la «prestación de recuperación profesional de inválidos»⁵⁰, o a que en determinados ámbitos prestacionales la jurisprudencia haya mantenido una relativa confusión entre aquellas situaciones⁵¹.

⁴⁸ Modificada de manera importante por el artículo 22 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

⁴⁹ *Vid.* STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2013.

⁵⁰ Disposiciones actualmente derogadas por el RDLeg. 1/1994. Así sucedía con la sección 4.ª sobre «rehabilitación y reeducación de inválidos» del capítulo V del título I del texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, y que reproducía el contenido del texto articulado aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966, el cual a su vez tenía el pie forzado de la base decimoquinta, apartado C de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, en el cual se aludía a la «Reeducación y rehabilitación de inválidos», y a que «el régimen de Seguridad Social» habría de organizar «con la amplitud necesaria, los Centros y Servicios de recuperación fisiológica, reeducación, readaptación y rehabilitación profesional de los trabajadores inválidos».

⁵¹ Así sucedía en relación con la pensión de orfandad, cuando afirma que «los huérfanos mayores de dieciocho años causan pensión de orfandad cuando tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado

Al concepto de discapacidad se llega tras la confusión entre «discapacidades y minusvalías»⁵², habiéndose procurado una «definición legal de la condición de "discapacitado o minusválido", según terminología ya periclitada, por indicación del legislador»⁵³, con concretas referencias normativas⁵⁴. Esa perspectiva histórica se ejemplifica en cierta jurisprudencia menor, según la cual

de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, no pudiendo equipararse a la situación de incapacidad permanente absoluta la declaración de minusvalía en un grado del 65 % o mayor», SSTS, Sala de lo Social, de 4 de noviembre de 1997 y de 18 de mayo de 2009; STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 9 de noviembre de 2012.

⁵² Aquel «estado de confusión» se pretendió corregir, por alguna jurisprudencia menor, indicando que «las normas de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad social en el ámbito de la incapacidad permanente (atienden a consideraciones de empleo y trabajo, en tanto que la definición de minusvalía incluye otras dimensiones de la vida social como la educación y la participación en la actividades sociales, económicas y culturales, por lo que, si bien la coincidencia de los respectivos campos de cobertura (de las respectivas legislaciones) puede ser amplia, y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos (...), junto a esos espacios de coincidencia hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno u otro sector del ordenamiento social», SSTSJ, Sala de lo Social, de Navarra, de 21 de septiembre de 2011, y STS del País Vasco, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2008; Por más que también se indicase que las diferencias entre ambas situaciones son sustanciales, afirmándose que «la invalidez permanente de nivel contributivo y sus grados se establecen sobre el concepto de discapacidad profesional: es la situación del trabajador que después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, o de curación incierta o a largo plazo, que disminuyan o anulen su capacidad laboral (...). La minusvalía, en cambio, se fija en función de la discapacidad global de la persona y su incidencia personal, laboral y social: se entiende por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales», STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2012.

⁵³ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 20 de abril de 2010.

⁵⁴ Con afán esclarecedor especifica la ley (art. 136.1, 2.º párrafo LGSS), que «las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad social no impedirán la calificación de la situación de invalidez permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan a gravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación». Esto es, «las patologías anteriores a la afiliación necesariamente han de tenerse en cuenta –a efectos de calificar la incapacidad– si posteriormente a aquella se ha producido una agravación transcendente, porque en principio únicamente no resultaría asegurable –en tanto ausente el elemento aleatorio– la discapacidad que fuese originaria y previa al alta en el Sistema de la Seguridad Social» STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2012; Una práctica asimilación de las situaciones aludidas se puso también de relieve en la regulación del contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad (RDL 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, disposición adicional primera), cuando se estableció que «las empresas podrán contratar temporalmente para la realización de sus actividades, cualquiera que fuere la naturaleza de las mismas, a trabajadores con discapacidad desempleados inscritos en la Oficina de Empleo, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o a pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad»; La identificación entre «discapacidad» y «minusvalía» también se manifestó con ocasión de la creación del Real Patronato sobre Discapacidad (art. 57 de la Ley 42/2000, de 29 de diciembre), como un organismo público adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pues sucediendo al Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía en el ejercicio de las funciones que esta última institución desarrollaba, hasta tanto no se pro-

para el establecimiento del estatus o condición de discapacitado la ley utilizaba el criterio del porcentaje de pérdida de «capacidades físicas, psíquicas o sensoriales» que se encontraba en el artículo 7 de la Ley 13/1982 de integración social de minusválidos (LISM)⁵⁵; lo mismo ocurría en sus artículos 37 y 37 bis⁵⁶.

En la configuración del grupo de normas reguladoras de la protección de las personas con discapacidad destacaban las Leyes 13/1982 y 51/2003, seguidas por una serie nutrida de normas reglamentarias. Se reconocía en la exposición de motivos de la Ley 51/2003 que el eje central del sistema de protección era la Ley 13/1982, si bien el legislador había considerado necesario promulgar otra norma legal que la complementase y que sirviese de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad, función que se atribuyó precisamente a la Ley 51/2003, tratándose de proporcionar a los discapacitados «garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país»⁵⁷. De tal manera que, precisaba la jurisprudencia menor, el precepto contenido en el artículo 2.1 de la Ley 51/2003 desplegaba, por tanto, plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha ley, pero no alcanzaba a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado⁵⁸.

Semejante dispersión normativa afectaba a la definición misma de discapacidad y de persona discapacitada. Según la jurisprudencia menor la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenecía al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003, porque así se indicaba, de manera expresa, en el artículo 10 de la LISM, que atribuía a «equipos multiprofesionales de valoración», entre otras competencias, «la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación» [art. 10.2 c) LISM]. La disposición reglamentaria que desarrolla aquellas competencias de valoración y calificación fue el Real Decreto 1971/1999, recogiendo, en su anexo, un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes⁵⁹.

El «reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente» (art. 4.3 TRLGPD), al igual que antes sucedía con la minusvalía. La condición de discapacitado constituye una situación legal, que no afecta a ni a la personalidad, ni a la capacidad

dujo el desarrollo reglamentario de la correspondiente previsión legal, los órganos del Real Patronato de Prevención y Atención a Personas con Minusvalía se mantuvieron subsistentes, conservando su denominación, estructura y funciones, estando ya integrados en el organigrama del Real Patronato sobre Discapacidad.

⁵⁵ Derogada por la disposición derogatoria única a) del TRLGPD.

⁵⁶ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2009.

⁵⁷ *Vid.* nota 56.

⁵⁸ *Vid.* nota 56.

⁵⁹ *Vid.* nota 56.

jurídica o de obrar. La ley se cuida de precisar que «el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones», y que «las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles», bien que «en todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones» (art. 6 TRLGPD).

1.2. La definición de la discapacidad en las normas internacionales y en el Derecho de la Unión Europea

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁶⁰ se basa en la permanencia de la limitación de la autonomía personal como único criterio válido para la calificación de la «dependencia». Criterio que ha sido objeto de general aceptación. Considera aquel convenio internacional como discapacitados (*persons with disabilities*) a quienes sufren a un deterioro físico, mental, intelectual o sensorial (*physical, mental, intellectual or sensory impairment*) de larga duración (*long-term*), bien que no necesariamente permanente, que les impide, dada la interacción de diferentes barreras, una plena y efectiva vida social y en relación con los demás.

La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud, aprobada el 22 de mayo de 2001 por la OMS⁶¹, considera que «la discapacidad engloba las deficiencias⁶², limitaciones de actividad⁶³, o restricciones en la participación»⁶⁴. Aquella clasificación utiliza modelos de discapacidad para establecer la interacción funcionamiento-discapacidad, el «modelo médico» y el «modelo social». El primero de ellos define la discapacidad como «un problema de la persona causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales». El segundo define la

⁶⁰ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, adoptados el 13 de diciembre de 2006 por las Naciones Unidas, fueron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007 y entraron en vigor el 3 de mayo de 2008; España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de la Jefatura del Estado, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de este mismo año.

⁶¹ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002; Que sustituye a la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (1980) también de la OMS, la cual consideraba la discapacidad como «la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad que se considera normal para un ser humano».

⁶² Se definen como «problemas en las funciones o estructuras corporales, tales como una desviación significativa o una pérdida».

⁶³ Se definen como «dificultades que un individuo puede tener en el desempeño (realización de actividades)».

⁶⁴ Se definen como «problemas que un individuo puede experimentar al involucrarse en situaciones vitales».

discapacidad como «un problema fundamentalmente de origen social y principalmente como un asunto centrado en la completa integración de las personas en la sociedad». Concluyéndose que la discapacidad «no es un atributo de la persona, sino un complicado conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto/entorno social».

El Convenio núm. 159 de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado el 20 de junio de 1983, sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, ratificado por España el 17 de julio de 1990, equipara «discapacitado» e «inválido». Semejante equiparación es el resultado de un modo de operar peculiar, que consiste en denominar «persona inválida» a quien es una «persona discapacitada», mediante la siguiente definición contenida en su artículo primero: «Se entiende por "persona inválida" toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida».

También incide aquella organización internacional en la misma asimilación, en sus Recomendaciones núms. 99, de 22 de junio de 1955 (Sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos), 168, de 20 de junio de 1983 (Sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas), y 169, de 27 de junio de 1984 (Sobre la política del empleo, disposiciones complementarias), mediando el mismo sistema, al indicar, en la primera de ellas que «el término "inválido" designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental», en la segunda que «la expresión "persona inválida" se refiere a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo estén sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida», y en la tercera al integrar entre los grupos de «personas desfavorecidas» a los «inválidos».

La CDPD, que supuso un «cambio paradigmático» de las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad, fue aprobada en nombre de la Comunidad Europea mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, lo que supone atribuirle primacía sobre las demás normas de la Unión Europea, pues en virtud del artículo 216 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, apartado 2, cuando la Unión Europea celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos.

Consecuentemente, el Derecho de la Unión Europea se encuentra no ya mediatizado sino subordinado al contenido de la CDPD. Por lo que habrá de estarse a la definición contenida en el artículo 1 de aquella convención. Además el Derecho de la Unión Europea, en sentido estricto, no proporciona una noción de discapacidad en la norma específica europea que afronta una problemática que les es inherente⁶⁵ (Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupa-

⁶⁵ STJCE de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, SA.

ción). En todo caso, ha de repararse en que el concepto de discapacidad inmanente a la Directiva 2000/78/CE, «no puede ofrecer una protección menor que la que brinda la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad»⁶⁶.

El concepto de «discapacidad» subyacente en la Directiva 2000/78/CE tiene una acusada proyección laboral, pues «debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores». No obstante debe destacarse su amplitud por cuanto no parece que «solo pretenda comprender las discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por una enfermedad. En efecto, sería contrario al objetivo mismo de esta Directiva, que consiste en hacer realidad el principio de igualdad de trato, admitir que esta pueda aplicarse en función de la causa de la discapacidad»⁶⁷.

Precisa la jurisprudencia europea que el concepto de discapacidad «debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no (...) como una imposibilidad de ejercer tal actividad. El estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de "discapacidad". De tal manera que cualquier otra interpretación "sería incompatible con el objetivo de la Directiva 2000/78/CE, que tiene como finalidad que una persona con discapacidades pueda acceder al empleo o tomar parte en él"»⁶⁸.

Se afirma por la doctrina europea⁶⁹ que, en realidad, se trata de un «concepto jurídico indeterminado susceptible de múltiples interpretaciones en su aplicación práctica», y que «no solo como término médico-científico, sino también en su significado social, está sujeto a una evolución relativamente rápida», al extremo de que «no cabe descartar que determinadas deficiencias físicas o psíquicas tengan la consideración de discapacidad en un contexto social determinado,

⁶⁶ Conclusión 27 de las presentadas por la Abogada General, Sra. Juliane Kkottt, el 6 de diciembre de 2012, en los asuntos acumulados C-3335/11 y C-337/11, resueltos por la STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

⁶⁷ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge. Definición en línea con anterior jurisprudencia del mismo tribunal sentada en su Sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, SA, según al cual debía entenderse que el concepto de «discapacidad» se refería a una limitación derivada de las dolencias físicas, mentales o psíquicas y que supusieran un obstáculo para que la persona de que se tratase participase en la vida profesional.

⁶⁸ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

⁶⁹ Conclusión 57 de las presentadas por el Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, resuelto por STJUE de 11 de julio de 2006, que añade, en conclusiones 67 y 68, que es «preferible no intentar dar definiciones más o menos exhaustivas del concepto de discapacidad», de tal modo que «asi dentro de la Comunidad (quepa) asegurar una interpretación y aplicación convergentes del concepto de "discapacidad", sin menoscabar el carácter abierto del mismo».

mientras que en otro no sea así». Semejante «versatilidad y sensibilidad del concepto discapacidad, según el contexto en que se inscribe, puede llevar a grandes diferencias en la interpretación y aplicación de la prohibición de discriminación», lo cual si por un lado «aboga a favor de una interpretación uniforme», por otro, «la combinación de la dinámica y variación que se produce en la percepción científica y en la idea que la sociedad se forma del fenómeno de la discapacidad impone prudencia a la hora de buscar la uniformidad».

Aquel dinamismo del concepto de «discapacidad» se pone de manifiesto cuando se repara en que «a lo largo de la historia social de los dos últimos siglos se ha ampliado indudablemente el círculo de personas consideradas discapacitadas», lo cual «está relacionado con la drástica mejora de la salud pública en las sociedades de mayor bienestar». Mejora que «tuvo como consecuencia que quienes no podían disfrutar de la misma, por estar discapacitados debido a dolencias físicas o psíquicas más o menos permanentes, se hacían más visibles»⁷⁰. Además «los progresos de las ciencias biomédicas han llevado a entender mejor las dolencias físicas y psíquicas que causan discapacidades. Contribuyendo igualmente a la ampliación del concepto de discapacidad»⁷¹. Debe no obstante precisarse que el «contexto social en que se mueven los discapacitados puede ser importante para responde a la cuestión de si estos son considerados como tales»⁷².

Se afirma que «una de las características con las que la literatura distingue la discapacidad de la enfermedad (...) es la permanencia de la deficiencia física o psíquica»⁷³. Característica que es determinante o, al menos, sirve de ayuda en la mayoría de los casos para determinar si una persona esta «discapacitada». No obstante debe repararse en que «existen enfermedades que se van desarrollando progresivamente y que durante un periodo considerable privan a los pacientes seriamente de sus funciones, de modo que estos se ven tan drásticamente limitados que en la vida social no se distinguen sustancialmente de los discapacitados permanentes»⁷⁴.

Según la jurisprudencia europea si bien es cierto que el concepto de «discapacidad» no viene definido en la propia Directiva 2000/78/CE, no lo es menos que aquella norma «tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición de dicho concepto»⁷⁵. La «discapacidad» prevista en la Directiva 2000/78/CE «es un concepto de Derecho comunitario que en el

⁷⁰ Conclusión 60 de las presentadas por el Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, resuelto por STJUE de 11 de julio de 2006.

⁷¹ Afirma el Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, en su conclusión 61 de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, resuelto por STJUE de 11 de julio de 2006.

⁷² Como hace el Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, en su conclusión 62 de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, resuelto por STJUE de 11 de julio de 2006.

⁷³ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

⁷⁴ Indica el Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, en su conclusión 63 de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, resuelto por STJUE de 11 de julio de 2006.

⁷⁵ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

ordenamiento jurídico comunitario debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, y que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate»⁷⁶, pues «de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar»⁷⁷.

La nota de la «permanencia», como característica definitoria de la discapacidad, en principio se contrapone a la «temporalidad» propia de la «enfermedad». Pero ello no supone imponer la irreversibilidad de la discapacidad, o negar la posibilidad de que, en la Directiva 2000/78/CE quepan «discapacidades de duración limitadas en el tiempo». Esto es, que «si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78/CE». Pero «una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación»⁷⁸.

Efectivamente, «el concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE debe interpretarse en el sentido de que comprende una (disfunción) causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración»⁷⁹. Siendo no obstante «preciso excluir la equiparación pura y simple de los conceptos de "discapacidad" y de "enfermedad"»⁸⁰. En fin, que para definir el

⁷⁶ Conclusión 64 del Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05; El mismo criterio se mantiene en la SSTJUE de 18 de enero de 1984, asunto 327/82, Ekro; de 19 de septiembre de 2000, asunto C-287/98, Lister; de 9 de noviembre de 2000, asunto C-357/98, Yiadom; de 6 de febrero de 2003, asunto C-245/000, Sena; de 27 de febrero de 2003, asunto C-373/000, Adolf Truley; y de 27 de noviembre de 2003, asunto C-497/01, Zita Modes.

⁷⁷ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

⁷⁸ *Vid.* nota 77.

⁷⁹ *Vid.* nota 77.

⁸⁰ *Vid.* nota 77.

concepto europeo de discapacidad, «deben tenerse en cuenta la dinámica (...) en la percepción social del fenómeno "discapacidad" como una limitación funcional causada por una deficiencia psíquica o física, la evolución de los conocimientos médicos y biomédicos, y las grandes diferencias contextuales en la apreciación de una gran variedad de discapacidades»⁸¹.

2. LA DENOMINADA INVALIDEZ O INCAPACIDAD PERMANENTE NO CONTRIBUTIVA

Nuestro ordenamiento jurídico establece que «en la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen» (art. 136.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). Se prevé, consiguientemente, el establecimiento de un sistema de pensiones, de carácter complementario a los efectos de la cobertura de situaciones de necesidad, en la situación incapacidad permanente en la que el beneficiario no cumpla los requisitos exigidos para causar derecho a las correspondientes pensiones contributivas⁸². Concretamente «el artículo 144 LGSS recoge una prestación no contributiva que supone una evidente distorsión del sistema público aseguratorio, en cuanto el mismo se basa en el principio de equilibrio entre la cotización y la prestación»⁸³. Semejante prestación no contributiva «es una manifestación del criterio de solidaridad y universalidad del sistema público»⁸⁴, lo que la diferencia de «las incapacidades permanentes protegidas por la Seguridad Social, en su modalidad contributiva (que) son profesionales»⁸⁵.

La invalidez o incapacidad no contributiva no refiere un estado distinto de la discapacidad, sino que únicamente alude a la prestación que el sistema público de protección social otorga a los discapacitados. Como una auténtica prestación, y no como una mera ayuda de asistencia social o beneficencia pública, exigiendo para su otorgamiento, entre otras circunstancias estar afectado por una minusvalía o enfermedad crónica, en grado igual o superior al 65%. La disposición adicional tercera párrafo 2.º del Real Decreto 357/1991 presume la existencia de una minusvalía superior al 65% cuando se reconoce en la modalidad contributiva una incapacidad permanente absoluta

⁸¹ Según precisa el Abogado General, Sr. L. A. Geelhoed, en sus conclusiones 65 y 66, de las presentadas el día 16 de marzo de 2006, en el asunto C-13/05, resuelto por STJUE de 11 de julio de 2006.

⁸² STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2012.

⁸³ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 12 de mayo de 2009.

⁸⁴ *Vid.* nota anterior.

⁸⁵ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2012.

para todo trabajo⁸⁶. Afirmandose, respecto de semejante «pensión de invalidez (en su modalidad no contributiva)», que «en puridad su denominación no es correcta»⁸⁷.

La protección de la invalidez o incapacidad permanente mediante la modalidad no contributiva determina la existencia de auténticos derechos subjetivos, fuera consiguientemente de los sistemas de beneficencia y asistencia social pública, pero diferenciándose de las pensiones de incapacidad o invalidez contributiva en los siguientes extremos:

- a) Porque en tanto que las incapacidades o invalideces contributivas responden «a la previa existencia de una relación jurídica entre la Seguridad Social y el beneficiario y el cumplimiento de una serie de requisitos, alta, afiliación, cotización, en cambio, las no contributivas responden a un sistema complementario que aspira a cubrir con carácter universalista la situación de necesidad en que se encuentra la población que no cumple con los requisitos de la protección contributiva»⁸⁸.

⁸⁶ Son los otros requisitos: a) Ser mayor de dieciocho años y menor de sesenta y cinco en el momento de la solicitud; b) Residir legalmente en territorio español durante más de cinco años, dos de los cuales deben ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión; c) Carecer de rentas o ingresos suficientes. Se consideran rentas o ingresos suficientes cuando su cómputo anual es inferior al importe anual de la prestación, como precisan las SSTSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 2004 y 23 de junio de 2006.

⁸⁷ MALDONADO MOLINA, J. A.: *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pág. 497, que, de seguido, añade, bien que con respeto a la jubilación no contributiva, pero que se puede aplicar a la invalidez no contributiva *pari passu* y cambiando lo que debe ser cambiado, que «la voz jubilación se predica del cese en el trabajo por edad, y lo cierto es que el cese en el trabajo no es requisito de esta prestación (...). Por esta razón sería más correcta su calificación como "vejez no contributiva", que daría cobertura a la contingencia de ancianidad».

⁸⁸ En esa única diferencia se centra la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 10 de mayo de 2006, que añade lo siguiente: «De ahí que, mientras pensiones contributivas, una vez que se reconocen por cumplir en el momento del hecho causante los requisitos necesarios, no pueden dejarse sin efecto sino por algunas de las causas de extinción previstas en la norma, entre las que no figura la cambiante situación de bonanza económica que experimente el beneficiario, en cambio, las no contributivas pueden disminuir o desaparecer por el hecho de que el beneficiario pase a disponer de rentas o ingresos más o menos suficientes [arts. 9 b) y 17 RD 357/1991, de 15 de marzo]. La exigencia continuada de que exista un estado de necesidad y la elasticidad de la cuantía de la pensión no contributiva a la vista del resto de ingresos existentes justifica la posibilidad de que el cambio de circunstancias desemboque en el aumento o reducción del importe de la pensión. La revisión de las cuantías se contemplan con carácter general en el artículo 25 del real decreto citado y se inspira en los siguientes términos: Las pensiones podrán ser revisadas de oficio por el órgano Gestor o a solicitud del interesado o de su representante. Tal revisión puede llevarse a cabo cuando se produzca variación en cualquiera de los requisitos que den lugar a la modificación de la cuantía de aquellas. Dichas revisiones habrán de realizarse con arreglo al procedimiento establecido para el reconocimiento de derechos a las pensiones. Dicho precepto prevé además que, antes del 31 de octubre de cada año, se proceda a la regularización de las cuantías de pensión percibidas en el año inmediatamente anterior, y que pueda producirse como consecuencia de la realización del control anual de recursos previsto en el artículo 16.2 del real decreto, cual es la presentación por parte del beneficiario de la declaración de ingresos o rentas de la respectiva unidad económica referida al año inmediatamente anterior. No se trata aquí de revisar los mismos hechos que en su día motivaron el reconocimiento del derecho, sino de comprobar anualmente si las condiciones económicas del beneficiario siguen ajustándose a los nuevos límites constitutivos que también anualmente se fijan por las sucesivas leyes de presupuestos».

- b) En el concepto mismo de invalidez que se maneja en ambos supuestos, pues la incapacidad o invalidez no contributiva en puridad no constituye una incapacidad o invalidez para el trabajo, sino una discapacidad⁸⁹, siendo, en definitiva, pensiones por discapacidad.

Se pone de manifiesto esa diferenciación entre prestaciones propias del sistema de Seguridad Social y las prestaciones no contributivas cuando se repara en que la disposición adicional tercera⁹⁰ del Real Decreto 357/1991⁹¹ establece una presunción, limitada exclusivamente al reconocimiento de una pensión de invalidez no contributiva, consisten en considerar existente discapacidad (invalidez o incapacidad no contributiva) siempre y cuando previamente se hubiere denegado la correspondiente pensión contributiva⁹².

⁸⁹ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 13 de septiembre de 2001; Indican las SSTS, Sala de lo Social, de 17 de diciembre de 2004 y 28 de enero de 2010 que «el sistema correcto de cómputo de las dolencias o enfermedades crónicas a efectos de la valoración de la discapacidad no consiste en la suma de los porcentajes de las distintas dolencias (...) sino en la combinación de los mismos de acuerdo con la tabla de valores combinados del Anexo I del RD 1971/1999». La calificación del «grado de minusvalía» (conforme a su artículo 4) responde, así, «a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos descritos en el (anexo I del RD 1971/1999), y serán objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social. El grado de minusvalía se expresará en porcentaje (y) será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas»; Es por ello que, «en principio, corresponde al organismo público encargado reglamentariamente efectuar la valoración debiendo por regla general aceptarse la misma y, solo en el caso de que la parte que disienta, aduzca y pruebe que las secuelas existentes tienen entidad suficiente para ser graduadas de forma superior a la realizada por el Equipo de Valoración y Orientación, puede propiciarse y admitirse la revocación de la resolución administrativa; prueba (que) debe ser exhaustiva en el sentido de adveración de la existencia de cada una de las secuelas padecidas y alegadas en la demanda, y su respectiva valoración, individualización que debe alcanzar igualmente a los elementos complementarios aplicables en el supuesto controvertido»; En el mismo sentido STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 2 de junio de 2006.

⁹⁰ Cuyo contenido es el siguiente: «1. Cuando fuese formulada solicitud de pensión de jubilación o invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, y la misma fuera denegada, la correspondiente Entidad Gestora cursará al organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva. De la citada remisión se dará oportuna comunicación al interesado; En tales supuestos, y si se reconociera el derecho a una pensión de Seguridad Social no contributiva, la fecha de efectos económicos de las mismas será el día 1 del mes siguiente a aquella que hubiera correspondido a la pensión contributiva, siempre que el beneficiario cumpliera en dicha fecha los requisitos que condicionan la pensión no contributiva; 2. A los efectos previstos en el número anterior se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65 por 100 a quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de gran invalidez se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado está afecto de una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida».

⁹¹ Por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.

⁹² Pues el artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fija un canon de interpretación de las normas legales sobre presunciones de acuerdo con el cual la regla, por defecto, es la presunción *iuris tantum*. Las SSTS, Sala de lo Social,

La justicia constitucional⁹³ se ha ocupado de la prestación de incapacidad o invalidez permanente no contributiva diferenciándola de su modalidad contributiva, pero estableciendo el carácter de derecho subjetivo de ambas. Indica aquella jurisprudencia constitucional que el artículo 41 de nuestra Constitución «consagra un sistema de protección social encomendado a los poderes públicos que tiene como eje fundamental, aunque no único, al sistema de Seguridad Social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios», afirmando que en ese sistema único están incluidas tanto las pensiones contributivas como las no contributivas, excluyendo a estas últimas de los sistemas de asistencia social, y atribuyendo, consecuentemente, su regulación al Estado y no a las comunidades autónomas.

3. CONCEPTO Y GRADOS DE INVALIDEZ

La noción de invalidez es profesional, por ello requiere de la previa incorporación del posteriormente declarado inválido al mundo del trabajo, de tal manera que las lesiones originarias, anteriores a esa circunstancia⁹⁴, si no han sufrido agravación a partir de aquel momento no generan la declaración y el reconocimiento de una situación de invalidez o incapacidad permanente ni del consiguiente derecho a prestaciones⁹⁵. Efectivamente, «no está vedado el acceso a la prestación a aquellas lesiones no profesionales, esto es, anteriores a la vida laboral, elemento de referencia considerado dentro del sistema de incapacidades laborales de la Seguridad Social, en cuanto la

de 23 de noviembre de 1998; 9 de diciembre de 1998; 28 de mayo de 2001; y 13 de febrero de 2007, han declarado, si bien para supuestos distintos, que la presunción que establece la disposición adicional 3.ª 2 del Real Decreto 357/1991 no autoriza un sistema alternativo de valoración por los órganos judiciales, a tenor del cual estos puedan optar por la calificación propia de la modalidad contributiva frente a la calificación por baremo, sino que es una regla excepcional para coordinar las valoraciones en las dos modalidades de protección.

⁹³ STC de 11 de diciembre de 2002, que además afirma lo siguiente: «Las pensiones no contributivas de invalidez (...) de la Seguridad Social forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y se integran en la llamada "caja única" del sistema (arts. 80 y 81 LGSS), pues (...) la mención separada (art. 149.1.17 CE) del "régimen económico" como función exclusiva del Estado trataba de garantizar la unidad del sistema de la Seguridad Social y no solo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social (...) (STC 124/1989, de 7 de julio), el principio de unidad presupuestaria de la Seguridad Social significa la unidad de titularidad y por lo mismo la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social, puesto que si faltara un único titular de los recursos financieros del sistema público de aseguramiento social, tanto para operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias, no podría preservarse la vigencia efectiva de los principios de caja única y de solidaridad financiera, ni consecuentemente la unidad del sistema, (las ayudas asistenciales) tienen una naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, (constituyendo una) técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otros afines o próximos a ella, dispensada por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos cualquiera que estos sean o también por entidades privadas (STC 171/1998, de 23 de julio)».

⁹⁴ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2012.

⁹⁵ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2012; SSTSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013.

finalidad de las correspondientes prestaciones es la compensación de la pérdida de la capacidad que provoca la expulsión del mercado de trabajo, total o parcial (...), si estas han evolucionado durante dicha vida laboral para adquirir una gravedad que deja de permitir a quien las padece el ejercicio normal del trabajo y determinan, pues, una pérdida de la capacidad todavía conservada, para anularla o reducirla»⁹⁶. En este punto se hace visible la diferenciación entre «invalidez» o «incapacidad» y «discapacidad».

El concepto de incapacidad o invalidez, por antonomasia (invalidez o incapacidad contributiva) en nuestro ordenamiento jurídico se infiere de la evolución histórico-legislativa que abocó al contenido del actual artículo 136⁹⁷ de la LGSS, el cual «contiene una definición hecha no solo de la suma de requisitos, sino en función de un concepto genérico que la propia norma ofrece»⁹⁸. Según esa norma legal «toda declaración de incapacidad permanente exige de la concurrencia de dos elementos: a) la existencia de unas lesiones cuya gravedad en sí misma pueda determinar ciertas limitaciones en quien las padece; b) la conexión ente dichas lesiones y la capacidad de trabajo de quien las sufre»⁹⁹. Que han de considerarse estructurales y mínimos, pero no suficientes. Se estima que no producen limitaciones en la capacidad de trabajo, ni por tanto son determi-

⁹⁶ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2012, que añade lo siguiente: «Ello no sucede en el caso de que las patologías o dolencias sufridas por el solicitante de la prestación tengan carácter congénito o cuando las mismas se han originado o desarrollado con anterioridad al inicio de su vida laboral, esto es, antes de que quien la sufre haya ingresado, en virtud de su condición de trabajador, en el sistema de la Seguridad Social a través de la afiliación y simultánea alta, o antes de, tras un periodo de inactividad o baja del sistema, que se vuelva a formalizar el alta en el sistema. Y dicha situación únicamente puede obviarse cuando, a pesar de ser tales dolencias o lesiones anteriores al momento en el que quien la padece adquiere la condición de trabajador, cotizante y sujeto protegido por el sistema, y, por tanto, también a afectos de incapacidades. Aquella no han impedido el normal desempeño de un trabajo pero experimentan una agravación, durante la vida laboral, que dificultan o impiden realizar el trabajo que hasta ese momento habían venido desempeñando con normalidad, puesto que en este caso sí cabe hablar de una dolencia y consiguiente incapacidad sobrevenida, al ser el grado o gravedad de la dolencia especialmente significativo y al sobrevenir por tal razón la incapacidad».

⁹⁷ Según el artículo 136.1 de la LGSS, «en la modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo»; Establecía el artículo 132.1 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, derogado por el Real decreto Legislativo 1/1994: «En la modalidad contributiva, es invalidez la situación de alteración continuada de la salud que imposibilita o limita a quien la padece para la realización de una actividad profesional»; La redacción contenida en el artículo 132.2 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, era ya idéntica a la del actual artículo 136 de la LGSS; Se determinaba en la base octava, artículo 31 de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, que constituían situaciones o estados constitutivos de invalidez: «a) Los de incapacidad permanente por causa de enfermedad común o profesional o de accidente, sea o no de trabajo; b) Los que así deban ser considerados por haber transcurrido el periodo (...) de percepción de la prestación económica, a consecuencia de incapacidad laboral transitoria, sin que el trabajador esté en condiciones de reanudar su trabajo».

⁹⁸ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2009.

⁹⁹ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2012.

nantes de un situación de invalidez o incapacidad¹⁰⁰, las lesiones, mutilaciones y deformidades (aunque en algún texto de desarrollo se llegue a hablar de deformaciones) de carácter definitivo causadas por accidente de trabajo, enfermedad profesional, que sin llegar a constituir incapacidad permanente, supongan una alteración o disminución de la integridad física del trabajador, que son indemnizadas por una sola vez con determinadas cantidades económicas¹⁰¹, «todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa»¹⁰².

¹⁰⁰ Por ello «las lesiones, mutilaciones y deformidades que se regulan en la presente sección serán incompatibles con las prestaciones económicas establecidas para la invalidez permanente, salvo en el caso de que dichas lesiones, mutilaciones y deformidades sean totalmente independientes de las que hayan sido tomadas en consideración para declarar tal invalidez y el grado de incapacidad de la misma», precisa la STSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 5 de mayo de 2005.

¹⁰¹ Establece el artículo 150 de la LGSS: «Las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales que, sin llegar a constituir una invalidez permanente conforme a lo establecido en la sección 3.ª del presente capítulo, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo anejo a las disposiciones de desarrollo de esta Ley, serán indemnizadas, por una sola vez, con las cantidades alzadas que en el mismo se determinen, por la entidad que estuviera obligada al pago de las prestaciones de invalidez permanente, todo ello sin perjuicio del derecho del trabajador a continuar al servicio de la empresa»; «El concepto unitario de las lesiones permanentes no invalidantes (...) deriva (...), del reconocimiento realizado por el artículo 40, apartado primero, letra g) de la Orden de 1969», afirma la STS, Sala de lo Social, de 4 de mayo de 2006.

¹⁰² «La trabajadora está obligada a reincorporarse a su puesto de trabajo cuando el expediente de invalidez finaliza con el reconocimiento de unas lesiones permanentes no invalidantes», dicen las SSTSJ, Salas de lo Social, de la Comunidad Valenciana, de 18 de junio de 2008, y de Andalucía, de 25 de septiembre de 2009; Del tenor de la regulación legal se infiere que para la existencia de lesiones permanentes no invalidantes es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: «a) Que el trabajador sufra lesiones derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional, no constitutivas de ningún grado de incapacidad permanente pero que impliquen un déficit o merma en su capacidad física y que sean totalmente definitivas; b) Que las citadas lesiones estén conceptuadas reglamentariamente como lesiones permanentes no invalidantes que constituyen números clausus que no puede ser aplicado análogamente», indica la STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 2008, que añade: «Ello implica que este tipo de lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter permanente suponen una disminución o alteración de la integridad física del trabajador que una vez prevista en el (...) baremo poco puede importar que se pueda reconocer por la misma una incapacidad permanente, pues en este supuesto, (...) las indemnizaciones a tanto alzado por este tipo de lesiones, mutilaciones o deformidades serán incompatibles con las prestaciones económicas derivadas de la incapacidad permanente, salvo que dichas lesiones sean totalmente independientes de las que ya han sido tomadas en consideración para declarar la incapacidad y su grado (SSTS, Sala de lo Social, de 7 de abril de 1979 y 3 de octubre de 1981). Por ello la regla general es la improcedencia de las indemnizaciones cuando las lesiones integran un cuadro determinante de incapacidad permanente. Más dudoso es si tales lesiones permanentes no invalidantes pueden ser objeto de revisión general por producirse una sustancial agravación de las dolencias (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 1993; en otro sentido STSJ, Sala de lo Social, de Extremadura de 23 de junio de 1995, STSJ de Sevilla, Sala de lo Social, de 20 de enero de 1999) todo ello aunque el antiguo artículo 40 de la Orden Ministerial de desarrollo de 15 de abril de 1969 determinaba a los efectos prestacionales de la eventual evolución de las lesiones permanentes no invalidantes ya indemnizadas viendo que la desaparición de la misma no determinaba la obligación de devolución y que la conversión por agravación o mejoría de una lesión ya indemnizada en otra distinta descrita determinaba el derecho del trabajador a la indemnización correspondiente a la nueva configuración de la lesión si fuese superior (previo descuento de la cantidad percibida por la anterior) o si fuera inferior la consolidación de la indemnización inicial sin obligación de devolución». Sobre la imposibilidad de aplicación análoga del baremo STS, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 1998.

3.1. Concepto

Según una importante jurisprudencia menor¹⁰³, la regulación legal establece «una relación entre la situación patológica invalidante y la capacidad laboral». Pero ello no impide que aquella regulación incurra en una cierta pero inevitable ambigüedad, determinante de que en la aplicación de la norma existan «problemas interpretativos, pues hay notas en el texto legal que son indeterminadas (...) que precisamente sirven para hacerlo más flexible y con mayor capacidad para adaptarse a la realidad que pretende regular: la protección a la persona incapacitada. No hay, por tanto, indeterminación normativa en el sentido de que la norma encierre solución alternativa o sea oscura en el ámbito de su proyección, sino dificultades en el proceso de aplicación del precepto. Y precisamente estas dificultades radican en el análisis de las notas indeterminadas que el concepto legal encierra, que hacen referencia a conceptos de experiencia y a conceptos de valor, y en este sentido la indeterminación de los conceptos no tiene otro alcance jurídico que el hacer posible la más exacta aplicación de la norma».

De tal manera, afirma la misma jurisprudencia, que «primero habrá de fijarse el criterio decisor de si se está o no ante una incapacidad permanente según la configura la Ley, y luego, en qué grados, (parcial, total, etc.) se manifiesta la misma. O dicho de otra manera, dónde está el umbral de la incapacidad permanente protegible. Para llegar a él, hay que poner de relieve cuál es el centro –núcleo fijo o zona de certeza positiva– del concepto, y no es otro que la relación entre la alteración de la salud sufrida y la disminución de la capacidad laboral, pues, en esencia, el riesgo cubierto no es la alteración de la salud, sino la incidencia de tal acontecimiento en la disminución de la capacidad de ganancia por debajo del límite establecido». Son relevantes, según el criterio de la aludida jurisprudencia, para la noción jurídica de incapacidad o invalidez los siguientes elementos:

- a) «Alteración grave de la salud», a ella se refiere la norma cuando alude a reducciones anatómicas o funcionales graves. «Esta expresión contiene dos notas sustan-

¹⁰³ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2009; Otra relación de las notas características de la invalidez permanente, bien que sustancialmente coincidente con la anteriormente citada se establece en la STSJ del mismo tribunal y sala de 5 de marzo, según la cual «son, pues, tres las notas características que definen el concepto legal de la invalidez permanente: 1) Que las reducciones anatómicas o funcionales sean objetivables ("susceptibles de determinación objetiva"), es decir, que se puedan constatar médicamente de forma indudable, no basándose en la mera manifestación subjetiva del interesado. 2) Que sean «previsiblemente definitivas», esto es, incurables, irreversibles; siendo suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, ya que, al no ser la Medicina una ciencia exacta, sino fundamentalmente empírica, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad. Y 3) Que las reducciones sean graves, desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para la profesión habitual –incapacidad permanente parcial–, o la que impide la realización de todas las fundamentales tareas de la misma –incapacidad permanente total–, hasta la abolición de la capacidad de rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer –incapacidad permanente absoluta–»; en el mismo sentido pueden citarse las STSJ, Sala de lo Social, del mismo tribunal de 27 de septiembre de 2012, y STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013.

ciales: una, el concepto integrador al hacer referencia a la consideración conjunta de las causas invalidantes; la segunda nota es que tales reducciones, por sí mismas, no son objeto de protección, sino por su relación con la disminución de la capacidad laboral, pues es claro que el estado de necesidad contemplado por la norma no trata de indemnizar un daño a la integridad física, sino de restablecer el equilibrio económico, roto por la situación patológica sufrida».

- b) «Fijación del diagnóstico», que se introduce mediante la referencia a que las lesiones o padecimientos sean susceptibles de determinación objetiva, «pretendiendo que el proceso patológico que se fije sea determinado objetivamente en el cuadro de conocimientos de la Ciencia Médica, huyendo de vaguedades, incorrecciones o descripciones carentes de base científica constatable».
- c) «Permanencia» y «carácter definitivo». La «permanencia» forma parte de la noción misma de la incapacidad o invalidez. «La determinación de esa permanencia es elemento esencial para fijar el punto de partida del derecho a prestaciones, matizándose que no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo»¹⁰⁴. La invalidez permanente «se caracteriza por la nota fundamental de ser definitiva, lo que permite un margen de error y también de alteración del contenido de la incapacidad, pues la nota de la permanencia no impide que la capacidad residual del trabajador pueda experimentar variaciones con el paso del tiempo de ahí que (se) permita la revisión, bien por error en su determinación (error de diagnóstico), bien por haberse producido esa alteración de la capacidad laboral (agravación o mejoría)»¹⁰⁵. Este elemento diferencia la invalidez o incapacidad permanente de la incapacidad temporal y de su prórroga¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Al carácter «definitivo e irreversible (de las secuelas), como exige cualquier grado de IP», se refiere la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2012; Se deniega la invalidez permanente en cualquiera de sus grados en un supuesto de «trastorno depresivo mayor, episodio único», por la STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2012, a la «permanencia de la incapacidad» se refiere la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2012

¹⁰⁵ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 27 de febrero de 2013.

¹⁰⁶ «De conformidad con el artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social, tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal las debidas a enfermedad común o profesional, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo. Es decir, que aun persistiendo la asistencia sanitaria, es el impedimento para el trabajo lo que debe concurrir para que pueda estimarse procedente la continuación de la situación de incapacidad (y si no) existe impedimento para el trabajo (...) la incapacidad temporal debe finalizar», dice la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2009; «Como su propia denominación revela, la incapacidad temporal se caracteriza por no ser la dolencia definitiva e irreversible sino susceptible de mejoría que permita trabajar o bien su curación tras el oportuno tratamiento médico-quirúrgico», precisa la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2013.

- d) «Disminución de la capacidad laboral» que produzca una «efectiva restricción de la capacidad de ganancia»¹⁰⁷. Precisamente «este requisito es en realidad el eje en torno al cual gira la protección por incapacidad permanente pues aquel estado patológico es trascendente en cuanto trae como consecuencia la anulación o disminución de la capacidad de trabajo»¹⁰⁸.

La exigible simultaneidad en la concurrencia de esos elementos mantiene una cierta coherencia interna¹⁰⁹. Sustancialmente «se trata de decidir (...) sobre la gravedad de las reducciones (...), desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto de que «disminuyan o anulen» la capacidad para el trabajo de afectado en función de su profesión o del grado de incapacidad que se postule, constituyendo este un requisito central de la invalidez, al resultar intrascendente una lesión que –por grave que sea– no incida en aquella»¹¹⁰.

El criterio predominante en la definición de la invalidez o incapacidad permanente «es el denominado profesional, pues es constante doctrina legal que la adecuada valoración de la inca-

¹⁰⁷ Indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2012, que «la valoración de la invalidez permanente debe realizarse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en tanto tales limitaciones determinan, con carácter previsiblemente definitivo, la efectiva restricción de la capacidad de ganancia».

¹⁰⁸ Para poder diferenciar adecuadamente entre incapacidad profesional e incapacidad de ganancia, precisa la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2009, «han de traerse a colación los cinco factores que pueden considerarse en la evaluación de la intensidad incapacitante, el conjunto de lesiones, secuelas o enfermedades que (padezca) el interesado, la profesión o profesiones que quedan afectadas por el cuadro de limitaciones, la incidencia concreta que en cada individuo tienen los dos factores anteriores y que pueden variar sustancialmente de un trabajador a otro, los factores personales del incapacitado, como su nivel cultural y su formación profesional, (y) los factores externos del mercado de trabajo que pueden influir en una mayor o menor posibilidad de obtener otra ocupación retribuida». Precisamente el criterio que atiende a la incapacidad de ganancia, concluye aquella sentencia, «tiene presente los cinco factores (...), averiguando por vía presuntiva la real capacidad de obtener rentas profesionales y sustituyendo económicamente lo dejado de percibir. Por el contrario, el sistema de incapacidad profesional solo tiene presente los tres primeros factores, ignorado los dos últimos con el argumento de que no afectan a la contingencia invalidez, sin desempleo. Además, dentro del mismo, aún puede distinguirse otra subclasificación entre sistema de calificación abierta y sistema de baremo. Este último ignora también el tercer factor, limitándose a relacionar el cuadro de dolencias con una o varias profesiones».

¹⁰⁹ Como precisa la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2012, «sin que dicho cuadro clínico suponga merma importante para dicha profesión, dado que ninguna de dichas lesiones reviste entidad grave o severa; y tan solo estaría limitado en las fases álgidas o dolorosas de dicho proceso artrósico, supuesto en que sería posible su protección de una forma específica, a través de la Incapacidad Temporal, pero el cuadro clínico (...) no comporta menoscabo funcional alguno de carácter permanente».

¹¹⁰ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2012; Indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2012, «sin que el mero diagnóstico de (...) permita, por sí sola, atribuir un repercusión incapacitante, pues es sabido que nos hallamos ante una enfermedad (fibromialgia) cuya principal característica es el dolor músculo-esquelético, y que admite varios grados de intensidad o gravedad, abarcando desde la nula repercusión funcional a la máxima, y con variaciones de una persona a otra, en función del umbral de dolor de cada una, siendo también esencial saber cuál ha sido la respuesta al tratamiento o tratamientos aplicados».

pacidad resultante ha de hacerse atendiendo en primer término al tenor literal del precepto que define los diferentes grados en que la situación del incapaz puede encontrarse, y después a la aptitud de trabajo del sujeto enfermo, sin llegar confundir la aptitud para el trabajo con la dificultad material de encontrar un nuevo trabajo; es decir, puede flexibilizarse el tenor literal o incluso interpretarlo en sentido humanitario, pero sin llegar a rebasar los límites que la ley permite»¹¹¹.

En definitiva, que el sistema empleado para definir la invalidez o incapacidad por nuestra normativa «es, básicamente, el de incapacidad profesional»¹¹². Bien que se recuerde que «sin embargo la jurisprudencia estuvo próxima a los parámetros de la incapacidad de ganancia durante algún tiempo, otorgando prestaciones a quien, por sus factores personales y por las circunstancias del mercado laboral, no tuviese posibilidades reales de nueva ocupación»¹¹³.

Se trata de un concepto «basado en un criterio de capacidad laboral y funcional»¹¹⁴, que se configura «en base a la existencia de varios elementos, a saber: haber estado sometido a tratamiento, haber sido dado de alta y presentar reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas y finalmente que como consecuencia de ellas se produzca una disminución o anulación de su capacidad laboral»¹¹⁵, consecuentemente «la valoración de la invalidez permanente debe realizarse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en tanto tales limitaciones determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia»¹¹⁶.

Entendiéndose por «reducción anatómica» la amputación de un miembro o parte del mismo o la extracción de un órgano, mientras que la «reducción funcional» implica la pérdida de la funcionalidad de una parte del cuerpo que afecte a la capacidad completa del individuo, exigiéndose según la regulación jurídico-positiva que esta reducción anatómica o funcional sea 1) grave, 2) susceptible de determinación objetiva, 3) previsiblemente definitiva y 4) que disminuya o anule su capacidad laboral, habiéndose hecho hincapié en la «apreciación conjunta» de las secuelas para la calificación de un grado de invalidez¹¹⁷, y en que la totalidad de los padecimientos han de ser tenidos en consideración para conseguir el calificativo adecuado al estado real del trabajador¹¹⁸.

¹¹¹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 30 de septiembre de 2009.

¹¹² *Vid.* nota 111.

¹¹³ *Vid.* nota 111.

¹¹⁴ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2012.

¹¹⁵ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2012.

¹¹⁶ *Vid.* nota anterior.

¹¹⁷ SSTS, Sala de lo Social, de 9 de junio de 1987 y 15 de marzo de 1989; STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 7 de diciembre de 2011.

¹¹⁸ STS, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 1989, y STSJ de Aragón, Sala de lo Social, de 7 de diciembre de 2011.

Esto es, «la valoración de la invalidez permanente debe realizarse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en tanto tales limitaciones determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia. Y ha de comenzarse afirmando que toda declaración de incapacidad permanente exige de la concurrencia de dos elementos: a) la existencia de unas lesiones cuya gravedad en sí misma pueda determinar ciertas limitaciones a quien las padece, y, b) la conexión entre dichas lesiones y el trabajo desempeñado por quien las sufre, lo cual obliga a examinar las tareas que configuran el profesiograma laboral del afectado»¹¹⁹. Lo que, en ocasiones, perjudica a quienes pueden organizar su trabajo¹²⁰.

Consecuentemente la personalidad en la determinación de la incapacidad o invalidez permanente se torna en característica definitiva¹²¹. La «calificación de la incapacidad debe resolverse

¹¹⁹ SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 10 y 11 de octubre de 2012.

¹²⁰ Eso sucede a los trabajadores autónomos, porque «a diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, (...) poseen mayor autonomía en cuanto a las condiciones materiales de trabajo y la posibilidad de efectuar dicho trabajo alternando tareas (con) el cometido propio de las tareas de dirección o gestión de una explotación que efectúan aquellos», afirma la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 3 de enero de 2012; «Dichos esfuerzos, en el grado de intensidad descrito, no pueden considerarse inherentes a su situación profesional pues el actor, en la condición de regente y responsable de su negocio, puede seleccionar cuáles acometer y de cuáles abstenerse, no estando por lo tanto obligado a realizar unos y otros y pudiendo delegar tales cometidos en terceras personas a su cargo. Esto significa que en el núcleo operativo propio de la profesión del actor no se encuentra necesariamente implicados esos esfuerzos de intensidad que no pueda llevar a cabo, sino que los mismos pueden ser evitados», afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 19 de octubre de 2012; «La situación del trabajador autónomo no es, ante la posibilidad de apreciación de una incapacidad laboral absoluta (...) equiparable a la de un trabajador por cuenta ajena. La razón esencial para esta diferencia estriba en que el trabajador por cuenta propia no está sometido a un poder organizativo y directivo ajeno, sino que es él mismo quien lo ejerce. Eso relativiza sensiblemente la posibilidad de apreciar la subsistencia de una capacidad laboral residual tanto como los criterios para estimar la efectiva imposibilidad de desempeñar las tareas fundamentales del puesto de trabajo», precisa la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2012; En el mismo sentido STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 10 de octubre del 2012, SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2012 y 4 de marzo de 2013, SSTSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013, STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2013; *Vid.* CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTIA, A.: *La acción protectora del Régimen especial de Seguridad social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 156-169; También DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La Seguridad social de los Trabajadores Autónomos*, Valladolid: Lex Nova, 2004, págs. 270-276.

¹²¹ «Más que de incapacidades puede hablarse de incapacitados», afirma la STS, Sala de lo Social, de 30 de enero de 1989, doctrina constantemente reiterada. La STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 25 de enero de 2012, precisa que «las circunstancias fácticas concurrentes en cada caso y la necesidad de individualizar cada situación concreta ante un hipotético reconocimiento de incapacidad permanente (distintas enfermedades, diverso desarrollo de las enfermedades supuestamente similares, edad del presunto incapaz, profesión habitual de cada uno con sus distintos matices) hacen que difícilmente puedan darse supuestos con identidad sustancial, y en consecuencia, en materia de calificación de la invalidez permanente la invocación de precedentes jurisprudenciales resulta inefectiva, pues no alcanza el grado de doctrina vinculante en cuanto que cada realidad objetiva reclama también una precisa decisión»; «No es posible, para la tipificación de la incapacidad laboral, reconducir a unidad los supuestos de hecho en su proyección jurídica, por tratarse de una tarea compleja en la que han de tenerse en cuenta factores laborales, médicos y jurídicos, y considerar varios informes periciales, con frecuencia demasiado lacónicos en la descripción de los padecimientos que aquejan al trabajador, y faltos de precisiones sobre cuáles son los concretos efectos negativos

partiendo de la singularidad de cada caso concreto»¹²². De tal manera que «cuando se trata de determinar la existencia de un grado de incapacidad permanente no cabe generalizar la decisión y debe atenderse siempre a las particularidades del caso que ha de resolverse, respecto del que la cita de otros no pasa de ser meramente orientativa, y su graduación requiere siempre la decisión sobre supuestos específicos e individualizados, a la que no puede llegarse si no es mediante la ponderación singularizada de padecimientos y las limitaciones que estos generan en cuanto impedimentos reales con proyección sobre la capacidad de trabajo»¹²³.

No afectan a la determinación de la situación de incapacidad o invalidez permanente otras circunstancias. Así se indica que «tampoco incide en la determinación de la situación de invalidez el que (el trabajador) haya sido despedido de su trabajo tras reincorporarse de la situación de incapacidad temporal ya que aquella situación es ajena a lo que es objeto del proceso (la declaración de invalidez o incapacidad permanente), no pudiendo determinar la existencia de la invalidez la decisión empresarial adoptada en el marco de una relación de trabajo»¹²⁴.

La noción de invalidez es unitaria. La afirmación de que existen grados de invalidez no decide sino que confirma semejante aserto. Esto es, la invalidez es única pero admite, naturalmente, graduación, la cual está prefijada legalmente. La circunstancia de que se pueda pasar de un grado a otro, por agravación o mejoría de las lesiones o padecimientos del inválido, constituye un «principio general» del sistema de Seguridad Social¹²⁵, y presupone aquella unicidad conceptual¹²⁶.

que cada uno de estos males determina precisamente en esa persona, individualizada, única e irrepetible», afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de septiembre de 2012.

¹²² SSTS, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 1989, 27 de noviembre de 1991, 2 de abril de 1992, 29 de enero de 1993, 15 de diciembre de 1998 y 23 de noviembre de 2000; STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2012; SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 25 y 26 de febrero de 2013; «La decisión debe acomodarse a un necesario proceso de individualización, en atención a cuáles sean las concretas particularidades de caso a enjuiciar», dicen las SSTS, Sala de lo Social, de 2 de abril de 1992 y 29 de enero de 1993; «Que lo diferencian de las situaciones de otros distintos afectados, tanto por la incidencia de otras lesiones, como por la concreta actividad desempeñada por el mismo, que es la determinante a efectos de esa valoración», precisa la STS, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2000.

¹²³ SSTS, Sala de lo Social, de 19 y 30 de enero de 1989; SSTSJ, de Cataluña, Sala de lo Social, de 10 y 11 de octubre de 2012; STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013; STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2012; Se «ha de valorar la capacidad residual que las lesiones tenidas como definitivas permiten al afectado», dice la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2013.

¹²⁴ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2012.

¹²⁵ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2013.

¹²⁶ «Es claro que la revisión puede tanto serlo por agravación como por mejoría, de manera que el resultado de la revisión tanto puede ser la mejora en términos económicos de la prestación reconocida, como la reducción o, incluso, la supresión de la misma», indica la STC 205/2011, de 15 de diciembre; Los requisitos para que proceda la estimación de la revisión del grado de invalidez, por agravación o por mejoría, son los siguientes: a) Que realmente se haya producido una agravación o mejoría, resultado de confrontar los padecimientos que aquejaban al trabajador, cuando fue declarado en situación de incapacidad permanente y el cuadro clínico que presenta al postular la revisión del que primitivamente fue reconocido, (SSTS, Sala de lo Social, de 6 y 18 octubre 1980; 2 febrero, 2 abril y 24 y 29 septiembre 1981, 20 febrero y 29 abril 1982); b) Que la revisión solo se puede reconocer si, tras la valoración glo-

3.2. Grados

Según establecía el artículo 137 de la LGSS la incapacidad permanente, cualquiera que sea la causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial (IPP); b) Incapacidad permanente total (IPT); c) Incapacidad permanente absoluta (IPA); d) Gran invalidez (GI)¹²⁷. Para concluir cuál sea el grado de incapacidad «más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral»¹²⁸, según un «complejo proceso valorativo en el que se ponen en relación el cuadro de dolencias, la afectación personal y el trabajo del sujeto»¹²⁹.

Según la ley¹³⁰ se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 % en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas funda-

bal del estado del trabajador por cuanto a sus aptitudes laborales respecta, se concluye que no es el mismo, o muy semejante, al que presentaba cuando se le declaró la incapacidad inicial; b) Que el nuevo cuadro clínico, por su entidad, determine la modificación del grado de incapacidad ya que no todo empeoramiento o mejoría lleva aneja la elevación o disminución del grado de invalidez, sino solo aquel que por la entidad de las dolencias que sufra y su repercusión en la capacidad laboral, realmente la hayan disminuido o aumentado (SSTS, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 1985 y de 15 de enero de 1987); c) Que el interesado no haya cumplido la edad mínima de jubilación (STS, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 1993); d) Que la revisión de grado se solicite una vez transcurrido el plazo a partir del que se pueda instar la revisión señalado en el reconocimiento inicial de grado», indican las SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 3 octubre de 2001, de 14 de abril de 2003, y de 16 de marzo de 2012; «El artículo 143.2 de la LGSS cuando contempla la posibilidad de revisión de la incapacidad por mejoría o por agravación, no alude a «lesiones», sino a la eventual alteración del estado invalidante, de lo que se desprende que tal expresión «estado» hace referencia a la situación compleja y global del incapacitado, no solo a las concretas dolencias en que se basó el reconocimiento del grado inferior de invalidez», indica la STS, Sala de lo Social, de 14 de febrero de 2006; En el mismo sentido SSTSJ, de Galicia, Sala de lo Social, de 27 de febrero, 1 y 4 de marzo de 2013; STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2103.

- ¹²⁷ «La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca», dice la ley.
- ¹²⁸ STS, Sala de lo Social, de 29 de septiembre de 1987; «Debiéndose hacer la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos», STS, Sala de lo Social, de 6 de noviembre de 1987.
- ¹²⁹ SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de julio, 5 y 29 de octubre, 27 de noviembre y 9 de diciembre de 2012, 25 y 26 de febrero de 2013; Se ha de efectuar «dicho proceso valorativo y de subsunción normativa en atención a qué hechos singulares concurren en el caso», indican las SSTS, Sala de lo Social, de 17 de marzo de 1989 y 27 de noviembre de 1991.
- ¹³⁰ Para la definición de los grados de invalidez ha de estarse al contenido del artículo 137 de la LGSS (RDLeg. 1/1994, de 20 de junio), antes de la redacción dada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, según la disposición transitoria quinta.bis de la LGSS, añadida precisamente por artículo 8.dos de aquella Ley 24/1997, a cuyo tenor la nueva redacción únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 de aquel artículo, lo que todavía no se ha producido. Entretanto, según ordena aquella disposición transitoria quinta.bis, se seguirá aplicando el precepto según su redacción anterior.

mentales de la misma. «La invalidez parcial está limitada por arriba por la invalidez permanente total, de manera que en la misma definición se señala una nota negativa: que no alcance el grado de total¹³¹, y tiene a su vez un límite mínimo que entraña determinar la situación de invalidez permanente *in genere*, es decir, que primero hemos de estar ante una invalidez permanente y además se ha de concretar el porcentaje de incapacidad resultante (mas de un 33 %, incluso exactamente el 33 %)¹³²».

Las situaciones de «incapacidad permanente parcial y total se diferencian porque en la primera se pueden realizar las fundamentales tareas de la profesión habitual y en la segunda no puede desarrollarse ninguna de ellas»¹³³. El grado de parcial, al igual que el de total, se refiere «a la profesión habitual»¹³⁴. Ha de tenerse en cuenta que «la disminución del rendimiento que caracteriza la incapacidad permanente parcial se deriva no solo atendiendo a lo que objetivamente puede rendir el trabajador afectado, sino teniendo en cuenta también la mayor penosidad o peligrosidad que comporta, lo que se ha de traducir en obtener un rendimiento inferior al conseguido con anterioridad, si no en cantidad sí en calidad»¹³⁵.

Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales¹³⁶ tareas de la profesión¹³⁷, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Se trata de un grado de incapacidad que esta «en íntima

¹³¹ «Debiendo declararse dichos grados de incapacidad cuando las lesiones o secuelas impidan en el caso de la Incapacidad Total o menguaban en el supuesto de la Parcial, el desempeño de las tareas propias de la actividad habitual con la profesionalidad, dedicación y constancia que la relación laboral exige», afirma la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2012.

¹³² STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 28 de junio de 2011; SSTS de Galicia, Sala de lo Social, de 12, 15 y 16 de noviembre de 2012; STS de Madrid, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2012.

¹³³ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 8 de marzo de 2013.

¹³⁴ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2012; STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013.

¹³⁵ SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 y 10 de octubre de 2012; STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013.

¹³⁶ A las «tareas propias, al menos las principales, de su profesión habitual», se refiere la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2012; A la inhabilidad todas o las más importantes tareas de su profesión habitual con un mínimo de capacidad o eficacia y con rendimiento económico aprovechable y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea» se refieren las SSTS, Sala de lo Social, de 11 de noviembre de 1986, 19 de septiembre, 29 de octubre y 6 de noviembre de 1987, y 28 de diciembre de 1988.

¹³⁷ «Esta incapacidad presenta dos elementos característicos: 1) Su carácter profesional, lo que supone que hay que valorar además de la índole y naturaleza de las patologías que presenta el trabajador, la limitación que las mismas suponen, susceptibles de determinación objetiva y suficiente para imposibilitarle de iniciar y consumir las tareas propias de su oficio, puesto que dichas limitaciones funcionales son las determinantes de la mengua de su capacidad de ganancia; 2) Su carácter permanente que implica la necesidad de estabilización del estado residual en el sentido de que las patologías o secuelas tengan un carácter previsiblemente definitivo, siendo la recuperación clínica, médicamente incierta o a largo plazo», indica la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2012.

conexión con las características y exigencias de la profesión habitual»¹³⁸. Se dice que es «esencialmente profesional»¹³⁹, por lo que «ha de conectarse ineludiblemente con las tareas propias del afectado»¹⁴⁰. «Es necesario para la apreciación jurídica de la incapacidad permanente total, fijar los menoscabos orgánicos y funcionales previsiblemente definitivos que el trabajador presenta, conocer las características de su trabajo o profesión habitual, atendiendo tanto a los requerimientos físicos y psíquicos que la misma precisa y especialmente a los riesgos que para el trabajador y para otros conlleva su realización, debiendo establecerse finalmente una correlación entre aquellos menoscabos y estas características para determinar si la capacidad residual le permite el desempeño eficaz, regular y con rendimiento de ese trabajo o profesión»¹⁴¹. Consecuentemente «tal incapacidad también ha de ser declarada, aunque teóricamente puedan desempeñarse las tareas habituales de la profesión, cuando esta sea incompatible con un ambiente determinado»¹⁴².

De tal manera que «la IPT se proyecta a la profesión habitual, de ahí el carácter determinante y esencial de esta en la situación clínica residual de la persona afectada, hasta el punto que unas mismas lesiones o secuelas pueden ser constitutivas o no de IPT dependiendo de las funciones o tareas exigidas por la actividad laboral –la profesión– del interesado»¹⁴³. Debiendo entenderse por «profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en la movilidad funcional»¹⁴⁴. En su declaración debe tenerse en cuenta la realidad concreta del enfermo y su capa-

¹³⁸ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2012.

¹³⁹ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013. Otra sentencia del mismo tribunal, sala y fecha indica que, en este grado de invalidez «resulta trascendente más que el cuadro de dolencias y su gravedad, la repercusión que tenga sobre la posibilidad de ejercer determinadas tareas, esto es, las propias de un oficio o profesión»; «Nuestro sistema se caracteriza por configurar la contingencia de incapacidad permanente, en función del efecto incapacitante de las dolencias en relación con la actividad laboral que se desempeña, debiendo atenderse a criterios tales como si para el desarrollo de la profesión se precisan o no esfuerzo físico en su ejecución y con qué intensidad, o si se requieren, en cambio, especiales habilidades a tal fin, como algo esencial y determinante para calibrar el impedimento», indica la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 y 27 de febrero y 4 de marzo de 2013.

¹⁴⁰ SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de septiembre y 16 de octubre de 2012.

¹⁴¹ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 2012; Según la STJ de Galicia, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 2012, «la aptitud para el desempeño de la actividad laboral "habitual", de un trabajador, implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con una exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, y sin que el desempeño de dichas tareas genere riesgos adicionales o superpuestos a los normales de una profesión u oficio, ni comporte el sometimiento a una continuada situación de sufrimiento en el trabajo cotidiano»; La alusión legal al «rendimiento normal» debe entenderse en el sentido de rendimiento normal para el conjunto de las actividades que integran cada profesión u oficio», indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 13 de febrero de 2013.

¹⁴² STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 4 de marzo de 2013.

¹⁴³ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 10 de febrero de 2012; También SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 8 de octubre, 12 y 19 de noviembre de 2012; Así como SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 5, 8, 9, 10 y 11 de octubre de 2012.

¹⁴⁴ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2011; SSTSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 28 de febrero y 15 de marzo de 2013.

cidad funcional residual en términos de habitualidad, rentabilidad, profesionalidad, rendimiento y eficacia, durante toda una jornada laboral, actuando de acuerdo con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa, en régimen de dependencia de un empresario, dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros de trabajo¹⁴⁵.

Históricamente¹⁴⁶ era calificada como «incapacidad permanente absoluta la situación del afectado cuando este no (pudiese) pueda realizar la mayor parte de las profesiones u oficios, si el trabajador no (fuera capaz de) soportar unos mínimos de dedicación, diligencia y atención, (...) indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, sin poner en riesgo su vida. No estar en condiciones de soportar esos mínimos (podía) conllevar la declaración de incapacidad permanente absoluta»¹⁴⁷, ya que, se afirmaba, la prestación de un trabajo, por liviano que fuera, incluso sedentario, solo podía realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él durante toda la jornada, estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera fuera leve, lo que demandaba un cierto grado de atención, una relación con otras personas y una moderada actividad física, sin que fuera posible pensar que, en el amplio campo de las actividades laborales, existiese alguna en la que no sean exigibles

¹⁴⁵ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2012; «Sus secuelas limitan notablemente su capacidad laboral, pero no la excluyen de tal modo que no puede sostenerse que, en su caso, resta una capacidad laboral residual cierta que puede proyectarse en condiciones mínimamente satisfactorias y adecuadas sobre tareas livianas, ajenas al esfuerzo físico», señala la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2012.

¹⁴⁶ La incapacidad permanente absoluta debe declararse cuando «el conjunto de deficiencias físicas que padece el trabajador determinen una inhabilitación completa para el desempeño eficaz de toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, pues las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico como para concertar alguna relación de trabajo retribuida», indican las SSTS, Sala de lo Social, de 18 y 25 de enero de 1988, y afirman la STSJ, Sala de lo Social, de Navarra de 26 de diciembre de 2007, y STSJ de Sevilla, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2010; «La invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando el trabajador no tenga capacidad alguna, debiéndose realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos. Sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional y restantes de tipo económico y social que concurren, que no pueden configurar el grado de incapacidad superior al que corresponde por razones objetivas de carácter médico exclusivamente. En consecuencia, habría Incapacidad Permanente Absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para el desempeño de cualquier profesión u oficio que tenga una retribución ordinaria dentro del mercado laboral», precisan las SSTSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2009 y 11 de marzo de 2010; «El inválido absoluto lo es desde el momento en que su capacidad residual de trabajo no le permite dedicarse a ningún tipo de trabajo, pero en un sentido profesional, es decir, cuando se haya de someter a las exigencias de un marco laboral, habiendo de considerar su respuesta al incidir sobre su menguada salud los factores que configuran ese marco, como son horarios, continuidad en el desempeño de la tarea, esfuerzo eficaz compatible con un rendimiento medio dentro del mercado de trabajo, etc.», destacan las SSTSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 29 de mayo y 5 de junio de 2009; «Si el inválido puede desarrollar otro tipo de actividad de carácter mas liviano que la que constituía su profesión habitual, no podremos hablar de una incapacidad absoluta», dice la STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 29 de mayo de 2009.

¹⁴⁷ STS, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 1986; STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de diciembre de 2011; STS de Cataluña, Sala de lo Social, de 14 de noviembre de 2012.

salvo que se den un verdadero espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario¹⁴⁸.

Rigor calificador que no impedía excluir la equiparación entre inhabilidad para el trabajo e imposibilidad material de efectuar cualquier labor, porque, se decía, la LGSS así lo viene a revelar al recoger la compatibilidad de la invalidez en grado de incapacidad permanente absoluta con la realización de trabajos marginales¹⁴⁹, encontrándose en esa situación quien «no podía realizar un trabajo asalariado con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en condiciones de rentabilidad empresarial, y quien solo pudiese desempeñar actividad por cuenta ajena con un esfuerzo excepcional, no exigible a ningún trabajador»¹⁵⁰. Pero sin que el ser «independiente» para poder realizar las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria pudiese modificar semejante afirmación, «porque dicha independencia, entendida como suficiencia para desarrollar por sí tales actividades básicas, no implica que los cometidos propios de un puesto de trabajo vayan a poder ser atendidos de manera suficiente»¹⁵¹.

Alguna jurisprudencia menor, no obstante el devenir de los tiempos y los desarrollos tecnológicos, aún se manifiesta acorde con esa perspectiva, lo que genera un panorama confuso en torno a este grado de invalidez¹⁵². Así se firma que «la IPA solamente puede apreciarse cuando

¹⁴⁸ STS, Sala de lo Social, de 3 de febrero de 1986; Bien entendido que «toda actividad laboral en régimen de ajenidad y dependencia ha de ser desarrollada bajo las órdenes de un empresario, exigiéndose en todo caso unos mínimos de intensidad y eficacia durante la jornada laboral que se ha de mantener de forma constante, debiendo regir en la interpretación del precepto (regulador) un principio de racionalidad, en el que se considere la finalidad de la norma y la propia experiencia de la vida del trabajo, lo que descarta cualquier interpretación basada en expectativas ilusorias o meramente teóricas de actividad laboral. De manera que debe reconocerse no solo a quien carezca de toda aptitud física para la realización de cualquier quehacer laboral, sino también a quien, manteniendo posibilidades de ejecución de ciertas tareas, se encuentre, sin embargo, sin facultades bastantes para su satisfacción con la eficacia normalmente exigible en el ámbito en que tales tareas se desenvuelven, y, por lo mismo, esta ausencia de facultades o aptitudes esenciales equivalen de facto a una inhabilidad absoluta para cualquier tipo de trabajo o empleo», STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 2010; STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2013.

¹⁴⁹ SSTSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2009; de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2012.

¹⁵⁰ SSTS, Sala de lo Social, de 23 de diciembre de 1986 y 23 de febrero de 1990.

¹⁵¹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2012, que añade: «Dichos cometidos no pueden, sin más, ser incardinados en el haz de funciones básicas que el trabajador puede acometer sin auxilio, pues los mismos deben ser realizados en el contexto de mínima exigencia profesional, en un marco de rendimiento laboral suficiente, lo que implica atención y satisfacción de requerimientos que trascienden lo puramente personal o doméstico y que por entrarlos vienen regularmente acompañados de necesidades adicionales (así en cuanto al tiempo de trabajo, eficacia, asiduidad, etc.) que exceden de la mera capacidad básica para realizarlas».

¹⁵² Ejemplo de ello es la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 5 de marzo de 2012, bien que en su descargo debe aludirse a que opera con el pie forzado de la ley. Según aquella sentencia, «teniendo presente, como ordena el artículo 3.1 del Código Civil, la literalidad del precepto que tipifica la Incapacidad Permanente Absoluta, sus antecedentes históricos, la realidad social y fundamentalmente el espíritu y finalidad de la norma: 1. No es posible, para la tipificación de una incapacidad laboral, reconducir a unidad los supuestos de hecho en su proyección jurídica, por tratarse de una tarea compleja en la que se han de tener en cuenta factores laborales, médicos y jurídicos, y considerar variados informes periciales, con frecuencia demasiado lacónicos en la descripción de los padecimientos que aque-

las limitaciones derivadas de las lesiones padecidas son de tal entidad que el trabajador se encuentra en situación de inhabilidad para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, sin que por ninguna otra circunstancia ajena a la reducción de la capacidad pueda reconocerse el indicado grado de invalidez, si dicha reducción careciere de ese alcance general»¹⁵³. Llegándose en ocasiones a exigir la «anulación de la capacidad laboral»¹⁵⁴, incluso de toda «capacidad residual»¹⁵⁵, aludiéndose a la pérdida de la «aptitud para llevar a cabo cualquier tipo de trabajo remunerado»¹⁵⁶, a que la invalidez absoluta «solo será procedente cuando la capacidad laboral del paciente (sea) tan mínima que sus posibilidades de acceso al mundo laboral (sean) nulas»¹⁵⁷, a que «el trabaja-

jan al trabajador, y faltos de precisiones sobre cuáles son los concretos efectos negativos que cada uno de esos males determina precisamente en esa persona, individualizada, única e irrepetible. Por eso, salvo absoluta coincidencia de todas y cada una de las lesiones, en su identidad y grado –cosa prácticamente imposible que se produzca–, la invocación de precedentes jurisprudenciales resulta inefectiva, pues no alcanza el grado de doctrina vinculante, en cuanto que cada concreto supuesto reclama también concreta decisión, ya que solo así queda otorgada la plena tutela judicial (Sentencias de 3 febrero 1986 y 19 enero, 23 junio y 13 octubre 1987). 2. Deben valorarse más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, estas en sí mismas, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar a quien los sufre sin posibilidad de iniciar y consumir las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple de los que, como actividad laboral retribuida, con una u otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen (Sentencias de 26 enero 1982, 4 y 24 marzo 1986 y 13 octubre 1987). 3. No solo debe ser reconocido este grado de incapacidad al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también a aquel que, aun con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas que componen una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral. Sin que impida esta calificación la posibilidad de desarrollar aquellas actividades marginales que el artículo 141.2 de la LGSS declara compatibles con la percepción de pensión por incapacidad permanente absoluta (Sentencias de 24 marzo y 12 julio 1986 y 13 octubre 1987). 4. La realización de una actividad laboral, por liviana que sea, incluso las sedentarias solo puede consumarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, permanencia en el mismo durante toda la jornada laboral, debe poder realizarse con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, actuando de acuerdo con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración de una empresa, en régimen de dependencia de un empresario dentro de un orden preestablecido y en interrelación con los quehaceres de otros compañeros, por cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales (Sentencias de 14 diciembre 1983, 16 febrero 1984; 9 octubre 1985, 13 octubre 1987 y 3 febrero, 20 y 24 marzo, 12 julio y 30 septiembre 1986), pues no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezcan tales carencias».

¹⁵³ SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 10 de febrero y 12 de noviembre de 2012.

¹⁵⁴ STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de octubre de 2012; A «anular por completo su capacidad laboral, que es lo que caracteriza a la invalidez permanente absoluta», alude la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2013.

¹⁵⁵ Así afirma la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2012: «Se concluye que no se debe tener en cuenta la posibilidad teórica o abstracta de desempeñar un trabajo remunerado, sino la realidad concreta del enfermo, sin capacidad residual, y mucho menos con exigencia de asistencia diaria a su lugar de trabajo durante toda la jornada laboral»; También STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 5 de octubre de 2012.

¹⁵⁶ STSJ de Murcia, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2012,

¹⁵⁷ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 15 de noviembre de 2012; En el mismo sentido SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 5, 8 y 9 de octubre de 2012, STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 18 de marzo de 2013, STSJ de Madrid,

«...»¹⁵⁸, a que «no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas que componen una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral»¹⁵⁹, a «impedir la dedicación a toda clase de ocupación retribuida»¹⁶⁰, o a la «impotencia para el ejercicio útil de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea»¹⁶¹. Bien que incluso en esa jurisprudencia tan restrictiva se hayan operado moderaciones, no exentas de contradicciones¹⁶², del rigor inicial¹⁶³.

Pero en esa concepción de la invalidez o incapacidad permanente absoluta se ha producido una importante evolución. Efectivamente, la incapacidad permanente absoluta a pesar de calificarse como «para todo trabajo», no excluye la capacidad laboral ni la prestación de trabajo, por cuenta propia o ajena, y ello por las siguientes razones: «a) Las dificultades que entraña el juicio de IPA (...) invitan a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice

Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2013; A que «su patología y dolencias habrán de incidir en modo importante sobre su capacidad de ganancia hasta anularla», se refiere la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 21 de marzo de 2013.

¹⁵⁸ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013 y STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2012.

¹⁵⁹ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013, las SSTSJ del mismo tribunal y sala, de 15 de marzo de 2003, que se refieren a que el trabajador «no tenga facultades para consumir con eficacia las inherentes a una cualquiera de las variadas ocupaciones del ámbito laboral»; STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 16 de octubre de 2012, que precisa, «por lo que implica no poder realizar ningún esfuerzo, ni siquiera un trabajo sedentario»; «Solo ha de reconocerse la incapacidad permanente absoluta, cuando la persona afectada carezca de facultades reales para consumir con eficacia y un mínimo de profesionalidad y rendimiento las tareas que conforman cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral», precisa la STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2013.

¹⁶⁰ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2013.

¹⁶¹ SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 21 y 27 de septiembre de 2012; «De modo que la invalidez permanente absoluta única y exclusivamente comprende las afecciones patológicas o las limitaciones anatómico-funcionales, que tengan la entidad suficiente y la gravedad necesaria para impedir la dedicación a toda clase de ocupación retribuida, sin que quepa ampliar este grado de invalidez permanente absoluta (...), para incluir en él a los que por su capacidad residual tienen aptitud para ciertos trabajos, cuales son los sedentarios, sencillos similares o aquellos que solo requieran una responsabilidad mínima o atenuada aun dentro del régimen de organización y disciplina que implica el vínculo laboral», indica la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2011.

¹⁶² SSTSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 4 de octubre de 2012; de La Rioja, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2013.

¹⁶³ Así se precisa que «cabe calificar como incapacitado permanente absoluto a quien no sea capaz de realizar una actividad profesional con un mínimo de rendimiento y eficacia, o con un mínimo de profesionalidad», indican las SSTSJ, Sala de lo Social, de 14 de abril de 1986 y 21 de enero de 1988; «No cabe considerar que solo se halle en esta situación de Incapacidad Permanente Absoluta quien presenta una inhabilidad o imposibilidad material para cualquier tarea, toda vez que cabe el desempeño de actividades de terapia ocupacional en el marco de talleres protegidos, y que la realización de trabajos marginales por quien es beneficiario de una pensión de Incapacidad Permanente en este grado es permitida y considerada compatible en el artículo 141.2 LGSS», afirma la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de octubre de 2012; En un sentido claramente moderador SSTSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013; Asimismo SSTSJN, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2012 y de La Rioja, Sala de lo Social, de 28 de febrero y 15 de marzo de 2013.

a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo; b) No existe disposición legal alguna que se refiera a la exigencia de que las actividades sean "superfluas, accidentales o esporádicas"; c) La literalidad de (la norma reguladora) apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión (...), al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida; d) El derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA, porque así lo reconoce el artículo 35 de la CE y lo corrobora (la legislación ordinaria); e) La opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en IPT (legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido) que al incapaz declarado en IPA (al que se le negaría toda actividad –e ingresos– extramuros de la marginalidad); f) la incompatibilidad (IPA con el trabajo) tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en IPA, pues aunque las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras, lo cierto es que la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico en una actividad que con todo seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo –psicofísico– por parte del inválido»¹⁶⁴.

Ha de considerarse gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. La enumeración que la ley efectúa de los actos esenciales de la vida es meramente enunciativa, debiendo entenderse que basta la imposibilidad de realizar uno de dichos actos para que, requiriéndose la necesidad de ayuda externa, concurren los presupuestos necesarios para la existencia de dicha situación, debiéndose, en todo caso, declararse con base en la situación actual del trabajador, y no en la situación futura por probable que esta sea¹⁶⁵. Efectivamente, el concepto de gran invalidez «lo perfila la norma legislativa haciendo una enumeración de determinados actos por vía enunciativa, remitiendo después a la analogía»¹⁶⁶.

El grado de máxima incapacidad que comporta la situación de gran invalidez solo puede ser reconocido y apreciado en aquellas personas que sufren o padecen dolencias que por su especial relevancia les impiden la realización y el desarrollo de las más fundamentales actividades de la vida, requiriendo para ello el auxilio de terceras personas, debiéndose entender «acto esencial para la vida» aquel que resulta imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia, aunque no basta la mera dificultad en la realización del acto ni se requiere que la necesidad

¹⁶⁴ SSTs, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008, 10 de noviembre de 2008; 23 de abril de 2009, 14 de octubre de 2009, 22 de diciembre de 2009, y 19 de marzo de 2013.

¹⁶⁵ SSTs, Sala de lo Social, de 15 de siembre de 1986, 1 de octubre de 1987, 18 y 23 de marzo de 1988, 30 de enero y 12 de julio de 1989.

¹⁶⁶ STS, Sala de lo Social, de 29 de marzo de 1980.

de ayuda sea continuada¹⁶⁷, como tampoco que la asistencia sea permanente o relativa a todos y cada uno de los aspectos esenciales de la vida¹⁶⁸.

IV. LA EDAD COMO FACTOR DE DISCAPACIDAD O INVALIDEZ. EL FALSO PARADIGMA DEL JUBILADO

El ser humano tiene un tiempo de «vuelta» (momento entrópico) que es el «espejo inverso» del tiempo de «ida» (momento extrópico o entolpico). Si este último se identifica con el «ser humano embrionario», el primero lo hace con el «ser humano decadente, desvanecido o deteriorado»¹⁶⁹. El decaimiento paradigmático, típico y ejemplar, es el envejecimiento¹⁷⁰, siendo probable «que existan

¹⁶⁷ SSTS, Sala de lo Social, de 25 de noviembre de 1970; 13 de marzo de 1973; 14 de febrero de 1977; 26 de junio de 1978; 12 de febrero de 1979; 19 de enero, 5 de febrero y 29 de abril de 1982; 13 de julio de 1983; 19 de enero de 1984; 19 de marzo de 1986; 17 de octubre de 1987, 23 de marzo 1998; 13 y 23 de marzo de 1989; SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2012, y de La Rioja, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2013.

¹⁶⁸ STS, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 1989; STSJ de La Rioja, de 7 de febrero de 2013; La vinculación con la idea de «dependencia» se pone de manifiesto en las SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 15 de noviembre de 2012, y en la de Cataluña, Sala de lo Social, y de 5 de octubre de 2012.

¹⁶⁹ La radicalidad de la condición humana está en su genotipo, porque «los genes son información pura: información que puede ser codificada, recodificada y descodificada sin degradación alguna o cambio de significado. La información pura puede ser copiada y, puesto que es información digital, la fidelidad de la copia puede ser inmensa» (DAWKINS, R.: *El río del Edén*, (LAPORTA, V., traducción), Madrid: Debate, 2000, pág. 33, que añade: «Los seres humanos somos máquinas de supervivencia programadas para programar la base de datos digital que hizo la programación. El darwinismo es visto ahora como la supervivencia de los supervivientes en el nivel del código original puro»), y además «los genes no solo hacen copias de sí mismos que circulan fluyendo durante generaciones. Ellos, en realidad, pasan su vida en los cuerpos e influyen en la forma y en el comportamiento de los sucesivos cuerpos en los que habitan. También los cuerpos son importantes» [DAWKINS, R., *op. cit.* (*El río del Edén*), pág. 34-35]. De tal manera que desde un punto de vista evolutivo «los seres vivos no son sino máquinas de supervivencia, accidentales y efímeras, que los genes utilizan para llevar a cabo su evolución» (GARCÍA-SANCHO, J., «Funciones básicas y envejecimiento», en *Cincuenta años de ADN. La doble hélice* (GARCÍA BARRENO, P., dir.), Madrid: Espasa-Calpe, 2003, págs. 311-342, especialmente las conclusiones, pág. 390). Esto es, «el individuo es un epifenómeno accidental y efímero, que dura una sola generación» (GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit.* («Funciones básicas y envejecimiento»), pág. 405), y «el ADN ni sabe ni se preocupa. El ADN solo es. Y bailamos al ritmo de su música» [DAWKINS, R., *op. cit.* (*El río del Edén*), pág. 147].

¹⁷⁰ GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit.* («Funciones básicas y envejecimiento»), pág. 405; «Vivir eternamente no viola ninguna ley de la Biología (...). Sin embargo, desde el punto de vista evolutivo un animal viejo, con escasa fuerza vital y reproductora no tiene ninguna utilidad para la naturaleza; es una carga, una fuga de recursos para el resto de la especie. De ahí el razonamiento, algo ingenuo, de que envejecer y morir es un gesto altruista del individuo hacia la especie», indican FERRY, L. y VINCENT, A. D., *¿Qué es el hombre?*, Madrid: Santillana, 2000, págs. 303-306, que añaden, en pág. 304, lo siguiente, los genes, «en su trayecto hacia las generaciones futuras, han fabricado vehículos de una calidad técnica cada vez superior a costa, de vez en cuando de su longevidad (...). A veces, el triunfo reproductivo del algunas especies aumenta con la edad», empero «ningún mamífero escapa al envejecimiento y a la muerte. De todas formas favoreciendo el punto de vista del hombre, se puede decir que los cuerpos no están hechos para durar», y en pág. 306, que «el futuro del hombre no está seguramente en su victoria sobre la muerte»; Precisa MOSTERIN, J., «Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo», 2.ª ed., Madrid: Espasa-Calpe, 2006, págs. 207-208, que «la muerte programada surgió como consecuencia del desarrollo de esa cosa tan complicada que es la reproducción

genes cuya expresión (o falta de expresión) da lugar al envejecimiento», aceptándose generalmente que «el envejecimiento resulta de la acumulación de daños que evitan que las células cumplan su función normalmente»¹⁷¹, aludiéndose a la «pereza de las enzimas reparadoras»¹⁷², y surgiendo la «teoría unificada el envejecimiento», que «conjuga factores genéticos y ambientales»¹⁷³.

A la idea de la «vejez», primero, y «jubilación» después, como una presunción de invalidez por edad, se contraponen una nueva conceptualización de la «jubilación» como un derecho social, vinculado a la edad, de contenido económico (pensión)¹⁷⁴. Los subsidios públicos por «vejez», redenominados pensiones por «jubilación», se concibieron como prestaciones públicas de «invalidez por edad», impronta teórica que aún sirve como justificación indiscutible de las actuales pensiones públicas de jubilación. Al extremo de que, según la ley, «las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo»¹⁷⁵. Previsión legal que hay que poner en relación con la prohibición del reconocimiento del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad ordinaria de jubilación¹⁷⁶.

Convine recordar que la protección de las personas inválidas o deterioradas a causa de su vejez parte «de la situación de necesidad de los sujetos en general, (que) se pretendió cubrir (...) por un mecanismo de beneficencia o asistencia privada o pública, por el que se socorría a los indigentes en sus necesidades más básicas (...). Las insuficiencias de este mecanismo iban a superarse con la técnica de la previsión, ya en su modalidad de ahorro o en su manifestación de previsión

sexual (...) una vez concluida la reproducción y transmitidos los genes, las células somáticas (es decir, nosotros) son ya equipaje inútil, han perdido su función biológica. La muerte es el resultado lateral del sexo. Sexo y muerte, juntos, producen más variabilidad genética que ningún otro sistema biológico conocido».

¹⁷¹ GARCÍA-SANCHO, J., *op. cit.* («Funciones básicas y envejecimiento»), pág. 407.

¹⁷² *Vid.* nota 171.

¹⁷³ *Vid.* nota 171, pág. 411.

¹⁷⁴ Considerado, en determinadas concepciones, como un «jubilación», merecido y jubiloso descanso del que cada uno dispone según su propio interés e idiosincrasia. Cuando la ley dice «a causa de la edad» no puede tomarse literalmente pues es por voluntad del trabajador, dicen ALARCÓN CARACUEL, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos, 1991, pág. 269.

¹⁷⁵ Artículo 143.4 de la LGSS; BARCELÓN COBEDO, S.: «La jubilación como prestación de llegada en el tránsito prestacional», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Iustel, 2007, págs. 518-519, afirma que «desde la prestación de incapacidad permanente, no cabe transitar hacia la jubilación en sentido propio; tan solo cabe incluir dentro de esta categoría el supuesto de quien estando en situación de incapacidad permanente alcanza la edad de 65 años (...). Se trata de una mera transformación nominal ya que la prestación de incapacidad permanente permanece inalterable (...). En realidad, no cabe decir que haya habido un tránsito prestacional en sentido estricto; a lo sumo un tránsito nominal». La razón está precisamente en que se considera al «jubilado», en cuanto que afectado de «vejez», un «inválido».

¹⁷⁶ Precisa la STSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2012.

colectiva»¹⁷⁷. No obstante, la detracción de recursos presentes para hacer frente a las necesidades futuras (ahorro) o el desarrollo de un mutualismo heredado del espíritu cofrade y gremial¹⁷⁸ (ejemplo de ello fueron las sociedades de socorros mutuos creadas por Real Orden de 28 de febrero de 1839) pronto se mostró insuficiente.

Efectivamente, los primeros sistemas de protección mutualistas surgieron en los gremios medievales y se centraban en la prestación de recursos a aquellos agremiados que, entre otras causas, debido a su edad avanzada (vejez) no podían trabajar con el mínimo rendimiento exigible para poder atender a su propia subsistencia. Por más que debe precisarse que, con anterioridad, los primeros sistemas de protección (social) surgieron para atender situaciones en las que el individuo no podía valerse por sí mismo, institucionalizándose fuera del grupo parental solo para socorrer la pobreza extrema, al socaire de ideas y sentimientos pietistas, y posteriormente vinculados a la prestación del trabajo, con base en muy diferentes componentes ideológicos¹⁷⁹.

Las pensiones de jubilación responden pues al *leitmotiv* de los sistemas de protección social, que desde sus iniciales versiones asistenciales, pasando por los seguros sociales y sistemas de previsión social, hasta los actuales sistemas de seguridad social¹⁸⁰, se encuentra en la imposibilidad de la satisfacción de las propias necesidades, incluso las más perentorias para la supervivencia (individuales y colectivas) por los propios individuos, debido a sus «discapacidades», con el más diverso origen, señaladamente en la enfermedad y la vejez. Esa es la idea a que respondió el «retiro obrero», establecido por el Real Decreto de 22 de marzo de 1919, y que mediante la Ley de 1 de septiembre de 1939 se transformó en el subsidio de vejez, convirtiéndose por Decreto de 18 de abril de 1947 en seguro de vejez e invalidez.

Se afirma que «aunque «vejez» y «jubilación» no son conceptos idénticos en términos jurídicos, la protección frente a la primera se ha venido reconduciendo fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, a través de la segunda; de ahí que la jubilación constituya contingencia que ha gozado de una protección particular por el sistema jurídico desde los inicios de la seguridad social. La protección de la referida contingencia descansa en la idea de humanidad¹⁸¹.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J.: *Sistema de Seguridad Social*, en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., Madrid: Tecnos, 2001, pág. 28.

¹⁷⁸ Sobre ese espíritu gremial RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit. (Sistema de Seguridad Social)*, pág. 32.

¹⁷⁹ «Las primeras técnicas de protección que fueron surgiendo pretendían hacer frente a los riesgos individuales, y habían sido tomadas de otras experiencias y otras ramas del ordenamiento jurídico preexistentes, fundamentalmente del Derecho Mercantil (...). Entre estas técnicas destacaban la beneficencia, la previsión, en sus modalidades de ahorro y previsión colectiva», indica RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J., en RODRÍGUEZ RAMOS, M.^ª J, GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M., *op. cit. (Sistema de Seguridad Social)*, pág. 28.

¹⁸⁰ Sobre el trabajo en la antigüedad y durante el medioevo, así como acerca de la aparición de los primeros mecanismos de protección social, ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 1994, 5.ª ed., págs. 131-264.

¹⁸¹ MERCADER UGINA, J. R.: «Jubilación y dependencia: El nacimiento de La cuarta edad», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Iustel, 2007, pág. 912.

Con la mejoría en la protección social mediante la implantación de los sistemas de previsión social y el surgimiento de los modernos sistemas de seguridad social, de una parte, y el alargamiento de la esperanza y de la calidad de vida, por otra, anclada la protección del «envejecimiento» (jubilación) en una edad legalmente prefijada (generalmente 65 años), en que aquel ya no se produce, se desvirtúa el principio empático o solidario en que se fundamentaba la protección del «envejecido» (mediante el otorgamiento de prestaciones, dinerarias y ayudas específicas). Al extremo de ya no poder hacerse equivalente «ser humano decadente o envejecido» y «jubilado» en los sistemas de previsión social avanzados y de seguridad social actuales, en los que puede constatare la existencia de un perverso sistema de retroalimentación conceptual¹⁸². No jugando en el fundamento teórico de la pensión de jubilación que el que se jubila es necesariamente un «inválido presunto por edad»¹⁸³, pasado a ser prevalente su condición de simple «rentista estatal»¹⁸⁴.

¹⁸² En Alemania la legislación social de Bismarck, que se elabora a partir de 1880, da lugar al primer sistema de seguros sociales, con la aparición en 1889 del seguro de vejez e invalidez. En España es a partir de 1878 cuando se desarrolla una importante legislación social, pudiéndose destacar la creación de la Comisión de Reformas Sociales, en 1883, del Instituto de Reformas Sociales, en 1903, y, singularmente, la creación del Instituto Nacional de Previsión (INP) en 1908 y del Ministerio de Trabajo en 1920. El primero de los seguros sociales fue el «retiro obrero», establecido por Real Decreto de 22 de marzo de 1919, que nace sobre un proyecto del INP que recogía parcialmente la tesis de la obligatoriedad del aseguramiento, propuesto en la Conferencia de Seguros Sociales de 1917. «El retiro obrero está adornado de perfección técnica y coherencia interna en sus principios», precisa DE LA VILLA GIL, L. E.: «La reforma del derecho de las pensiones», recogido en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pág. 1.442; El conjunto de los seguros sociales se complementó con un extraordinariamente efectivo sistema de protección de base profesional, auténtico germen de lo que más tarde será el sistema español de Seguridad Social. Efectivamente mediante la Ley de 6 de diciembre de 1941 y su reglamento de 25 de mayo de 1942 se establece el «mutualismo laboral», organizado fundamentalmente por sectores y ramas de actividad. La Ley de bases de 28 de diciembre de 1963 supone un cambio radical en el panorama de la protección social, iniciándose la andadura del sistema español de Seguridad Social a partir del Texto articulado I de 21 de abril de 1966, de prolongada vigencia, hasta que se aprueba el texto refundido (de aquella norma con la Ley de 1972) de 1974, y posteriormente se aprueba al texto refundido de 1994, de 20 de junio, que ha sufrido numerosas modificaciones.

¹⁸³ No obstante lo dispuesto en el artículo 165.1 de la LGSS, y en el artículo 16 de la Orden de 18 de enero de 1967, la disposición adicional decimoquinta del la Ley 30/1995, en la redacción dada por el artículo 33 de la Ley 50/1998, permitía el percibo de la pensión de jubilación y el ejercicio de una «profesión liberal». Mediante Orden TIN/1362/2011 se estableció la incompatibilidad del percibo de aquella pensión con el ejercicio de dichas actividades profesionales. Dada su patente ilegalidad semejante orden fue expresamente derogada por disposición trigésima primera de la Ley 27/2011, «que, titulada "compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo", establece lo siguiente: «El Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de 23 de mayo». Se indica en el diario económico *Cinco Días* del 28 de julio de 2011, pág. 27, tras el título «Los profesionales piden una ley ad hoc para ejercer tras el retiro», lo siguiente: «La Unión Profesional, una organización que agrupa a todas las organizaciones colegiales y consejos de España, ha reclamado la aprobación de una norma específica que permita compatibilizar trabajo con cobro de la pensión».

¹⁸⁴ Como consecuencia de toda esa evolución histórica, la jubilación ordinaria acaba constituyéndose como «un supuesto que pacíficamente podría incardinarse en la categoría de la extinción por voluntad unilateral del trabajador, concretamente en la figura de la dimisión», indica MELLA MÉNDEZ, L.: «La extinción del contrato de trabajo por jubilación del

La parición de la «jubilación forzosa por edad» en el ámbito de la Administración pública enturbió la perspectiva de la jubilación-vejez como presunción de invalidez¹⁸⁵ y la desfiguró al primar

trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Iustel, 2007, pág. 1.332, en la que precisa que en cuanto que se trata «del cese en el trabajo por razón de edad decidido unilateralmente por el sujeto interesado (pues aquí el protagonista absoluto de la decisión extintiva es este último, que, al reunir la edad y la carencia necesarias para el acceso a la pensión de jubilación, decide retirarse de la vida laboral activa y pasar a la situación de jubilado».

- ¹⁸⁵ La disposición adicional quinta del ET (1980) «introdujo la jubilación forzosa por edad en el empleo privado, a imagen y semejanza de la jubilación en el empleo público de los funcionarios», indica BORRAJO DACRUZ, E., «La jubilación laboral como institución jurídica (Vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo)», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Iustel, 2007, pág. 149, sin tomar en cuenta los condicionamientos jurídico-políticos de la función pública ni su contingencia histórica, alzándose entonces y mediante aquella disposición legal otras concepciones de la jubilación. Precisa CORREA CARRASCO, M.: «La jubilación forzosa y las fuentes del Derecho del Trabajo», *REDT*, núm. 126, abril-junio 2005, pág. 57, que «el derecho de un trabajador individual a permanecer en un puesto de trabajo hasta que, voluntariamente, decida abandonarlo, debe ser amparado, pero, en buena lógica, también ha de ser susceptible de someterse a límites que, como la edad, pueden entenderse objetivos y razonables en la medida en que encuentran fundamento en la realización de otros principios y valores constitucionales»; MARTÍN REBOLLO, L., «Catorce "estaciones" normativas en la jubilación de los funcionarios», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Iustel, 2007, pág. 255, señala que «a pesar del origen de su nombre, la jubilación no siempre es equivalente a júbilo». Actualmente los imperativos económicos y demográficos han introducido racionalidad en aquella descabada perspectiva, así según la disposición adicional décima del TRET, redactada por disposición final cuarta.dos de la Ley 3/2012, de 8 de julio, «se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas». Con anterioridad a esta última norma se pueden distinguir las siguientes etapas permisivas de la jubilación forzosa por convenio colectivo: a) Una primera etapa en que el legislador consideró que podía limitar incondicionalmente la edad de trabajar estableciendo una edad tope o límite para permanecer en el «mercado de trabajo», por lo que y consecuentemente admitió que, además, pudieran establecerse por medio de la negociación colectiva edades inferiores para la salida o expulsión de los trabajadores del mercado de trabajo; b) Una segunda etapa en la que, a la vista de los pronunciamientos de la justicia constitucional, señaladamente de la declaración de inconstitucionalidad de la «disposición adicional quinta ET (1980), interpretada como norma que establece la incapacitación para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad», el TRET (de 1995) incorporó una disposición adicional décima «cuyo contenido recogía, de forma un tanto difusa, los restos maltrechos de la disposición adicional quinta de la LET/1980 y las correcciones interpretativas de la jurisprudencia constitucional, indica RIVERO LAMAS, J.: «La jubilación como medida de fomento del empleo», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, (LÓPEZ CUMBRE, L., coord.), Madrid: Iustel, 2007, pág. 1.077; c) Una tercera etapa que se inicia con la derogación de la disposición adicional décima del ET, por el Real Decreto-Ley 5/2001, después Ley 12/2001; d) Una cuarta etapa que comienza con la entrada en vigor de la Ley 14/2005, mediante la cual se vuelve a admitir la posibilidad de la jubilación forzosa convencional, mediante la incorporación al ET de una nueva disposición adicional décima, dotada de una cuestionable retroactividad, que además añade una disposición transitoria única, para las cláusulas contenidas en convenios colectivos concluidos con anterioridad a su entrada en vigor, así como la indisponibilidad sobre las situaciones ya consolidadas. Me remito a mis trabajos «Las prejubilaciones o "Jubilaciones anticipadas" en las sucesiones de empresas. (Comentario a la STJCE de 4 de junio de 2002, asunto C-164/00)», «Jubilación forzosa por convenio colectivo. (Comentario a la STC 280/2006, de 9 de octubre de 2006)», «Despido (Jubilación) por convenio colectivo. (Comentario a la STJCE, Gran Sala, de 16 de octubre del 2007, asunto C-411/05)» y «La cuestionable legitimidad de

consideraciones de orden político. No obstante, aun en ese ámbito se consideraba que la jubilación forzosa se producía porque el funcionario alcanzaba una edad tal que su rendimiento presumiblemente disminuía «por debajo del promedio necesario para mantener la eficacia de la organización»¹⁸⁶. Primando empero la idea de que la jubilación del funcionario por alcanzarse una determinada edad era «el pronunciamiento del legislador acerca de la duración máxima del derecho al cargo»¹⁸⁷.

Todo ello sin perjuicio de la jubilación forzosa del funcionario que se producía cuando este padeciera «incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones, bien por inutilidad física o debilitación apreciable de sus facultades»¹⁸⁸. Actualmente el Estatuto Básico del Empleado Público¹⁸⁹, incidiendo en contradicción concibe, por una parte, el derecho de los empleados públicos «a la jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables» como un derecho individual [art. 14 n)], y, por otra, considera como causa de la pérdida de la condición de funcionario de carrera «la jubilación total del funcionario» [art. 63 c)], la que «se declarará de oficio al cumplir el funcionario los sesenta y cinco años de edad» (art 67.3). Por tanto aparece completamente desligada de cualquier presunción de discapacidad o invalidez presunta¹⁹⁰.

la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por alcanzar el trabajador la edad de jubilación. (Comentario a la STJCE, Sala Tercera, de 5 de marzo de 2009, asunto C-388/07, The Queen, a instancia de: The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) y Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform)», *RTSS*. CEF. núm. 232, julio 2002, págs. 137-150, núm. 292, julio 2007, págs. 113-142, núm. 299, febrero 2008, págs. 125-156, y núm. 317-318, agosto-septiembre 2009, págs. 133-156, respectivamente; En el caso de los convenios colectivos que preveían la jubilación forzosa del trabajador, estos «no (imponían) el cese ni el desistimiento empresarial, sino que, en realidad, lo que (hacían era) atribuir al empresario una facultad extintiva en base a la mencionada causa», indica MELLA MÉNDEZ, L., *op. cit.* («La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica»), pág. 1.339.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*, Madrid: Civitas, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993, pág. 451.

¹⁸⁷ *Vid.* nota 186, pág. 454.

¹⁸⁸ *Vid.* nota 186, pág. 456.

¹⁸⁹ Aprobado por la Ley 1/2007, de 12 de abril.

¹⁹⁰ La jubilación obligatoria o forzosa debe entenderse en el propio contexto en el que nace, vinculada históricamente al desarrollo de la función pública y consecuentemente marcada por intereses partidistas, por lo que las consideraciones referentes a la misma no pueden extrapolarse. En su Voto particular a la STC 22/1981, el magistrado Jerónimo Arozamena Sierra, con referencia al ET de 1980, afirma lo siguiente: «El sentido de la disposición adicional 5.ª es el de introducir como causa extintiva de la relación laboral de tiempo indefinido un término final, trasladando al área laboral la figura de la jubilación forzosa, procedente de otro campo de la relación de empleo y generalizada en el sector público». Es ya tardíamente, en la base octava del Estatuto de Maura de 2 de julio de 1918, cuando aparece por primera vez la jubilación forzosa del funcionario, a los 67 años, vinculada al derecho al cargo y a la inmovilidad. Posteriormente en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado de 7 de febrero de 1964, se insiste en la jubilación forzosa del funcionario al cumplir este los 70 años para los Cuerpos Técnico y Administrativo y los 65 años para los Cuerpos Auxiliar y Subalterno. La Ley de Derechos Pasivos de 1966 abunda en las mismas consideraciones. La Ley de medidas para la reforma de la función pública de 2 de agosto de 1984 vino a establecer con carácter general la edad de jubilación forzosa a los 65 años, que no obstante fue ampliándose para determinados funcionarios (docentes universitarios, jueces y magistrados) hasta fijarse en los 70 años, estableciéndose mediante

En definitiva, la idea y concepto de «jubilación» se desliga de la idea y concepto de «vejez»¹⁹¹, es decir, la jubilación se vincula bien al cumplimiento de una determinada edad, la cual en los sistemas de seguridad social no supone «invalidez», «vejez» o «decaimiento», o bien a concretas y puntuales políticas de empleo¹⁹², constituyéndose una nueva «clase fiscal». La jubilación del trabajador es causa de extinción del contrato de trabajo, artículo 49.1 f) del ET. Al contrario de lo que sucede con los funcionarios públicos, el cumplimiento de una determinada edad no jubila obligatoriamente al trabajador. La jubilación del trabajador es una decisión de este que puede adoptar voluntariamente tras cumplir una determinada edad¹⁹³.

V. LA PRESTACIÓN DE TRABAJO POR EL DISCAPACITADO Y EL INVÁLIDO

El discapacitado y el inválido pueden prestar trabajo, por cuenta propia o ajena, de acuerdo con las facultades y capacidades que conserven y mantengan. En todo caso conviene distinguir entre contrato de trabajo que puede concluir el discapacitado o el inválido y que da origen a la consiguiente relación laboral, y aquellas relaciones jurídicas que pueden surgir como consecuencia de la percepción de subvenciones, ayudas y becas por las personas discapacitadas o inválidas¹⁹⁴, las cuales se van incrementando, cuantitativa y cualitativamente, al compás del desarrollo

Ley 13/1996 un sistema de flexibilización con carácter general para los funcionarios públicos, que manteniendo la jubilación forzosa de los funcionarios a los 65 años, establece la posibilidad de que voluntariamente prorroguen su situación de servicio activo hasta el cumplimiento de los 70 años. Además ha de tomarse en consideración que, dada la época en que se instaura, la jubilación forzosa se constituyó «inicialmente como una conquista del funcionario, a la que iba unido un derecho a una pensión de clases pasivas», indica MARTÍN REBOLLO, L., *op. cit.* («Catorce "estaciones" normativas en la jubilación del funcionario»), pág. 256.

¹⁹¹ Vid. STC 280/2006, de 9 de octubre; «En los mayores de cincuenta años no disminuye la productividad en actividades en las que cuenta la experiencia y la capacidad verbal. En actividades científicas en que vale sobre todo la experiencia acumulada la edad puede incluso resultar un factor positivo. La fuerza física, esa sí que decrece con la edad, pero cuenta cada vez menos, con lo que la capacidad de realizar tareas productivas se conserva a edad avanzada», afirma SOTELO, I. *op. cit.* (*El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*), pág. 384; El «Informe del Comité de Expertos sobre el factor de sostenibilidad del sistema público de pensiones», publicado por la Comisión de Expertos, nombrada *ad hoc* por el Gobierno, el 7 de junio de 2013 alude al «Factor de Equidad Intergeneracional» y a la introducción de incentivos adicionales a la prolongación de la vida laboral (envejecimiento activo).

¹⁹² Vid. MELLA MÉNDEZ, L.: *La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador*, Valladolid: Lex Nova, 2002, págs. 79-89; «El fomento del empleo no fue inicialmente, ni se puede considerar que tampoco ahora lo sea, un fin primario de la jubilación», indica RIVERO LAMAS, J., «La jubilación como medida de fomento del empleo», en *Tratado de Jubilación-Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación* (LÓPEZ CUMBRE, L., coord), Madrid: Iustel, 2007, pág. 1.039.

¹⁹³ GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, 2.ª ed., págs. 738-739.

¹⁹⁴ Ejemplo de ello es el resuelto por la STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 21 de septiembre de 2012, que trata sobre percepciones recibidas por un estudiante, que sufre una discapacidad del 84 %, y que realiza su tesis doctoral con un

económico, consecuencia fundamentalmente de los avances científicos y desarrollos tecnológicos, procurándose frecuentemente mediante ellas la necesaria adquisición, por las personas en quienes concurran circunstancias discapacitantes o invalidantes, de las habilidades y competencias precisas para poder realizar un trabajo, permitiéndoles además una mejor integración social.

1. EL TRABAJO DEL DISCAPACITADO

La circunstancia de que una persona «solo pueda desempeñar su trabajo de manera limitada no impide que a su estado de salud se le aplique el concepto de discapacidad», porque el concepto de discapacidad «debe entenderse en el sentido de que se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, pero no como una imposibilidad de ejercer tal actividad». De tal manera que «el estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede, por tanto, entrar dentro del concepto de discapacidad»¹⁹⁵.

1.1. La regulación del trabajo de las personas discapacitadas en el Derecho de la Unión Europea

El objetivo de la Directiva 2000/78/CE es que «una persona con discapacidades pueda acceder al empleo o tomar parte en él», precisándose que «la existencia de una discapacidad no depende de la naturaleza de los ajustes, como la utilización de equipamiento especial. A este respecto, procede señalar que la definición del concepto de "discapacidad" en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5 de esta (...). La naturaleza de las medidas que el emplea-

fin formativo e investigador. Ayuda económica que se estructuraba en dos fases, denominándose a la segunda de ellas «fase de contrato». En ese supuesto, afirma la sentencia, «no puede decirse que se esté ante un contrato de trabajo ni ante un relación de esta naturaleza por cuanto la ley opera en sentido tuitivo disponiendo una protección para el beneficiario de la ayuda económica buscando atraer los beneficios de una relación laboral (la propia conceptualización de contrato laboral, cotización a la seguridad social) mediante una ficción legal de laboralidad con un alcance muy preciso y justificado, que no encubre una verdadera prestación de servicios laborales en ausencia de la existencia de un trabajo lucrativo que no está realizando el becario. Una cosa es la percepción por el empleador de los frutos del trabajo de su empleado y otra bien distinta la repercusión o relevancia que para la Universidad pudiera revestir la actividad investigadora del doctorando, en la que no concurre la ajeneidad propia de la relación labora, y sobre la que no se proyecta un poder organizativo y directo equiparable por hallarse ausente el definitivo matiz productivo que sí preside las relaciones laborales propiamente dichas. La vinculación entre la Universidad y el doctorando no es laboral a menos que la Universidad haya contratado la actividad investigadora en un aspecto puramente laboral, ajeno al desarrollo de la tesis doctoral cuya culminación se procura en fundamental beneficio del propio investigador, si bien bajo la dirección en sentido puramente técnico o científico que tampoco conduce a un contexto organizativo similar al de la prestación laboral».

¹⁹⁵ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

dor ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto»¹⁹⁶.

Semejante dicción legal determina que «los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en particular, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente. A este respecto, el vigésimo considerando de dicha Directiva realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo»¹⁹⁷. La importancia de la adopción de los precitados «ajustes razonables» es tal que «la circunstancia de que un empleador no haya adoptado dichas medidas puede tener como efecto, habida cuenta de la obligación emanada del artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, que las bajas de un trabajador con discapacidad se atribuyan a una falta del empleador y no a la discapacidad del trabajador»¹⁹⁸, y, consecuentemente determinar la ilicitud de cualquier causa extintiva del contrato de trabajo, basada en las faltas de asistencia consecuentes a semejante enfermedad.

Ciertamente «un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de padecer una enfermedad relacionada con su discapacidad. De este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar el límite (señalado por la legislación nacional respectiva)»¹⁹⁹. Por tanto, la no adopción de los ajustes razonables, en relación con una legislación que prevea la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por un determinado periodo de faltas de asistencia al trabajo²⁰⁰, «puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78/CE». Efectivamente, «estos trabajadores están expuestos a un mayor riesgo de empeoramiento de su estado y de su capacidad laboral y vital, no solo por la evolución natural de las patologías preexistentes y la eventual aparición de

¹⁹⁶ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge. Según afirma esta sentencia no desdice la afirmación referida la circunstancia de que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE establezca que «a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

¹⁹⁷ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

¹⁹⁸ *Vid.* nota 197.

¹⁹⁹ *Vid.* nota 197.

²⁰⁰ Así, el artículo 52 d) del ET establece que «el contrato podrá extinguirse: d) Por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses».

otras asociadas o concurrentes, sino por su mayor vulnerabilidad al desgaste que supone el trabajo, cuya realización les exige un superior esfuerzo y les ocasiona un mayor deterioro de la salud»²⁰¹.

La reducción del tiempo de trabajo, con la consiguiente disminución retributiva, no se pauta expresamente en la Directiva 2000/78/CE como una de las medidas de «ajuste razonable», exigible por el trabajador discapacitado. Esto es, «ni el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE ni el vigésimo considerando de esta mencionan la reducción del tiempo de trabajo» como medida razonable de ajuste del tiempo y puesto de trabajo. No obstante interpretado ampliamente el concepto de «pautas de (tiempo de) trabajo», que figura en dicho considerando, el «ajuste del tiempo de trabajo» está comprendido en ese concepto. «Ni del vigésimo considerando ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2000/78/CE se desprende que el legislador de la Unión haya pretendido limitar el concepto de "pautas de (tiempo de) trabajo" excluyendo de este el ajuste de los horarios, en particular la posibilidad de que las personas discapacitadas que no tienen o han perdido la capacidad de trabajar a tiempo completo efectúen su trabajo a tiempo parcial»²⁰².

Respalda esa conclusión la CDPD, puesto que conforme a su artículo 2, párrafo cuarto, «ajustes razonables» son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales»²⁰³. Consiguientemente, «de ello se sigue que dicha disposición preconiza una definición amplia del concepto de "ajuste razonable" (que) debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores».

Además, tanto el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78/CE como el artículo 2, párrafo cuarto, de la CDPD, prevén medidas no solo materiales, sino también organizativas, y, siendo así que «pauta de tiempo» es la cadencia o el ritmo con el que se efectúa el trabajo, «no cabe excluir que una disminución del tiempo de trabajo pueda constituir una de las medidas de ajuste a que se refiere el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE»²⁰⁴.

Efectivamente, «la enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78/CE, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de "pautas de (tiempo de) trabajo", puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta directiva en los casos en los que la reducción del

²⁰¹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 12 de septiembre de 2011.

²⁰² STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

²⁰³ *Vid.* nota 202.

²⁰⁴ *Vid.* nota 202.

tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciendo su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo»²⁰⁵.

Pero ese derecho de las personas discapacitadas a que se adopten por el empresario los «ajustes razonables» del puesto de trabajo, necesarios para que pueda desempeñar su empleo, no es absoluto ni incondicional, de tal forma que, por una parte, las medidas «deben ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores» teniendo «en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda»²⁰⁶, y, por otra, esas medidas pueden incluir la concesión «a las empresas (de) ayudas públicas para los ajustes que tengan por objeto facilitar el acceso de las personas discapacitadas al mercado de trabajo, en particular, iniciativas que tienen la finalidad de incentivar que los empleadores contraten y mantengan en sus puestos a personas con discapacidades»²⁰⁷.

Debiendo precisarse que sin perjuicio de la obligación del empresario de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo, ni la Directiva 2000/78/CE, ni ninguna otra norma, «obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate»²⁰⁸, sea o no «discapacitada».

1.2. El régimen del trabajo de las personas discapacitadas en nuestro Derecho

La «eusocialidad» o «condición social verdadera»²⁰⁹, que explica el origen de nuestra condición humana, está en la base del derecho-deber de trabajar. Por ello la proclamación constitucional de que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia» es consecuente con las reglas «epigenéticas» que definen la naturaleza humana.

Conforme a esas consideraciones la ley afirma que «las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de

²⁰⁵ STJUE de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/111, Jette Ring, y Lone Skouboe Werge.

²⁰⁶ *Vid.* nota 205.

²⁰⁷ *Vid.* nota 205.

²⁰⁸ *Vid.* nota 205.

²⁰⁹ WILSON, E. O.: *La conquista social de la tierra*, Barcelona: Debate-Random House Mondadori, 2012, especialmente págs. 133, 225 y ss.

trato y no discriminación» (art. 35.1 TRLGPD)²¹⁰. Entendiéndose «por igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo o por razón de discapacidad, en el empleo, en la formación y la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo» (art. 36 TRLGPD)²¹¹. Su «atención integral» se encamina, entre otros fines, a procurar a las personas discapacitadas «la obtención de un empleo adecuado», comprendiendo el «apoyo para la actividad profesional» [art. 13.1 y 2 d) TRLGPD].

Se especifica que «las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo» (art. 37.2 TRLGPD):

- a) «Empleo ordinario, en las empresas y en las Administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo». Lo que determina que los empresarios estén «obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario» (art. 40.2 TRLGPD), sin perjuicio de implementar las medidas de accesibilidad precisas (art. 22.2 TRLGPD). Determinándose si una carga es excesiva teniendo en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa (art. 40.2 TRLGPD).

Son también obligaciones de empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores²¹² que de entre ellos, al menos, el 2 % sean trabajadores

²¹⁰ Referencias al derecho de las personas discapacitadas al «empleo» y a la «inclusión laboral», contienen los artículos 5 h), 22.2 y 57.1 del TRLGPD.

²¹¹ Precizando el artículo 35 del TRLGPD, que «3. Existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad; 4. Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión; 5. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo; 6. El acoso por razón de discapacidad (...) se considera en todo caso acto discriminatorio; 7. Se considerará igualmente discriminación toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad».

²¹² El cómputo «se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la

con discapacidad, debiéndose reservar en las ofertas de empleo público un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad. Excepcionalmente «las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente (art. 42.1 TRLGPD).

Singular importancia tienen en relación con el trabajo ordinario de los trabajadores discapacitados los «servicios de empleo con apoyo» que son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, los cuales «tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes» (art. 41 TRLGPD).

- b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo²¹³ y en enclaves laborales. Son centros especiales de empleo «aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad»²¹⁴ (art. 43.1 TRLGPD). La plantilla de los centros

empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal» (art. 42.1 TRLGPD).

²¹³ Diferentes son los «centros ocupacionales», que se definen como aquellos que «tienen como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a las personas con discapacidad con el objeto de lograr su máximo desarrollo personal y, en los casos en los que fuera posible facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo. Igualmente prestarán estos servicios a aquellos trabajadores con discapacidad que habiendo desarrollado una actividad laboral específica no hayan conseguido una adaptación satisfactoria o hayan sufrido un empeoramiento en su situación que haga aconsejable su integración en un centro ocupacional» (art. 52 TRLGPD).

²¹⁴ Se consideran servicios de ajuste personal y social «los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva» (art. 43.2 TRLGPD); Los ajustes razonables se definen como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos» [art. 2 m) TRLGPD].

especiales de empleo ha de estar «constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquella (art. 43.2 TRLGPD). Especial interés tienen los «enclaves laborales», que sirven a la específica finalidad de «facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mismo» (art. 46 TRLGPD).

- c) Empleo autónomo. La ley previene que los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adopten políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social (art. 47 TRLGPD).

En inmediata conexión con el trabajo de las personas discapacitadas está su educación y formación profesional. Con carácter general se afirma que «las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 18.1 TRLGPD), y que «la educación inclusiva formará parte del proceso de atención integral de las personas con discapacidad y será impartida mediante los apoyos y ajustes» precisos (art. 16 TRLGPD).

Se atribuye (art. 17.1 TRLGPD) a las personas con discapacidad en edad laboral el «derecho a beneficiarse de programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo», los cuales comprenderán, «entre otras, las siguientes prestaciones: a) Los procesos de habilitación o rehabilitación médico-funcional; b) La orientación profesional²¹⁵; c) La formación, readaptación o recualificación profesional²¹⁶. En los procesos de apoyo para la actividad profesional, la habilitación o rehabilitación médico-funcional²¹⁷ comprenderá tanto el desarrollo de las capacidades como la utilización de productos y tecnologías de

²¹⁵ «La orientación profesional será prestada por los correspondientes servicios, teniendo en cuenta las capacidades reales de la persona con discapacidad, determinadas conforme a los informes de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad. Asimismo se tomará en consideración la formación efectivamente recibida y por recibir, y las posibilidades de empleo existentes en cada caso, así como la atención a sus motivaciones, aptitudes y preferencias profesionales. Comprenderá asimismo los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo» (art. 17.4 TRLGPD).

²¹⁶ «La formación, readaptación o recualificación profesional que podrá comprender, en su caso, una preformación general básica, promoverá la adquisición de experiencia laboral en el mercado de trabajo y se impartirá de acuerdo con el itinerario personal y la orientación profesional prestada con anterioridad, conforme a la decisión tomada por la persona con discapacidad, y siguiendo los criterios establecidos en el artículo 15. Las actividades formativas podrán impartirse, además de en los centros de formación dedicados a ello, en las empresas, siendo necesario en este último supuesto la formalización de un contrato para la formación y el aprendizaje, cuyo contenido básico se ajustará a lo dispuesto en el artículo 11 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y sus normas de desarrollo» (art. 17.5 y 6 TRLGPD).

²¹⁷ *Vid.* artículo 14 del TRLGPD.

apoyo y dispositivos necesarios para el mejor desempeño de un puesto de trabajo en igualdad de condiciones con los demás»²¹⁸.

2. LA CUESTIÓN DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO ASALARIADO POR CUENTA AJENA Y ASALARIADO POR EL TRABAJADOR INVÁLIDO

La ley prescribe que el contrato de trabajo se extinguirá por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador (art. 48 ET)²¹⁹. El supuesto general es que, sin perjuicio de pueda producirse una revisión del grado de incapacidad por mejoría, «esta no es probable y por lo tanto nada impide estimar que la situación de incapacidad es irreversible de conformidad con la razón de ser de la declaración de invalidez»²²⁰.

No obstante se modera el rigor de aquella previsión legal al disponerse que en el «supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente»²²¹ (art. 48.2 ET). Esa previsión legal se concibe como una «excepción específica» que, «como excepción a la regla, ha previsto que aun estando afectado el trabajador por unas afecciones previsiblemente definitivas, sin embargo, es probable que las supere, desaparezcan o reduzcan en dos años y le permitan volver a trabajar»²²².

La subsistencia de la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo, prevista en el artículo 48.2 del ET «está indisolublemente vinculada a que el órgano de calificación estime que la situación de invalidez vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por

²¹⁸ «Los procesos de apoyo para la actividad profesional (...) podrán ser complementados, en su caso, con otras medidas adicionales que faciliten al beneficiario el logro del máximo nivel de desarrollo personal y favorezcan su plena inclusión y participación en la vida social» (art. 17.7 TRLGPD).

²¹⁹ Vid. GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, I.: *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*), págs. 736-738; Aquella disposición no contenía excepciones en el apartado e) del artículo 49 ET, en la versión contenida en la Ley 8/1980, fue el Texto Refundido de 1995, el que añadió: «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 48.2».

²²⁰ STSJ de la Rioja, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2013.

²²¹ Artículo 48.2 del TRET; Partiendo de que, por hipótesis en los actuales sistemas de relaciones industriales, propios de las sociedades democráticas y capitalistas, «ningún trabajador tiene consolidado el derecho a la permanencia en una plantilla de ninguna empresa, ni por disposición de la ley, ni por convenio colectivo, ni por contrato», indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 8 de noviembre de 2012; Vid. STS, Sala de lo Social, de 28 de mayo de 2009.

²²² Vid. nota 220.

mejoría»²²³. Periodo de suspensión del contrato de trabajo y relación laboral que comienza a contar, lógicamente, a partir de la fecha en que alcanza firmeza la resolución que declara al trabajador en situación de invalidez permanente, y que concluye, inexorablemente y sin posibilidad de extensión alguna, dos años después de dicha fecha²²⁴. «Esta norma por su excepcionalidad debe interpretarse de forma restrictiva»²²⁵.

²²³ STS, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2001; Indica la STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2013, que el artículo 48.2 del ET «anuda la reserva del puesto de trabajo y, por tanto, la suspensión de la relación laboral, al hecho de que a juicio del órgano de calificación se establezca y así se prevea la revisión futura, por mejoría, de la situación invalidante inicialmente reconocida».

²²⁴ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de marzo de 2012; Indica la STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 2010, que «la norma, en cuanto establece un supuesto de excepción a la causa de extinción del contrato de trabajo establecida por el artículo 49.1 e) ET, solo puede ser interpretada de un modo restrictivo, de manera que el periodo de dos años de suspensión del contrato ha de contraerse a esos dos años sin posibilidad de ampliación, y, a la vista de su clara redacción, su aplicación ha de hacerse acudiendo al primer canon de interpretación de las normas que ha de ser "según el sentido propio de sus palabras" (artículo 3.º del Código Civil), y, por tanto, el día inicial del plazo de dos años ha de fijarse en "la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente", pues esa clara redacción supone que el legislador ha querido establecer expresamente y de un modo concreto y sin lugar a dudas el momento de inicio del periodo de dos años que no es sino el de la fecha de la resolución, y, por tanto, ni el de su firmeza, ni el de su notificación, que supondría una ampliación del plazo, significando que ha querido establecer un modo de cómputo del periodo que permita conocer con exactitud tanto el inicio como el fin del mismo por las partes, y, en concreto, por la empresa de modo que la misma pueda saber desde que se le comunica por la entidad gestora la declaración de incapacidad permanente con posibilidad de mejoría, de un modo cierto (y sin necesidad de tener que seguir los avatares del procedimiento administrativo de incapacidad en el que en muchas ocasiones no es parte) cual es el día exacto en el que finaliza el derecho del trabajador a la reserva del puesto de trabajo, pudiendo así adoptar las medidas y previsiones que estime oportunas en orden a la obligación de reserva del puesto de trabajo que el precepto le impone»; Según STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 9 septiembre de 2008 la duración de la suspensión del contrato de trabajo «se fija en el propio precepto y de manera sumamente fácil de conocer: dos años a partir de la fecha de la resolución que reconoce el grado de incapacidad permanente potencialmente extintivo del contrato de trabajo. Se busca, con ello, un efecto menos traumático para la vida del contrato de trabajo ante una situación cuya racionalidad se comprende fácilmente: si quien ha declarado la situación inicialmente constitutiva de causa de extinción del contrato ya prevé que revierta a corto plazo, parece aconsejable que, precisamente por esa razonable expectativa, el contrato de trabajo no se extinga y quede en la situación de letargo propia de una suspensión. Ahora bien, también ha querido nuestro legislador que esa situación excepcional tenga una duración temporal máxima y de fácil conocimiento para las partes del propio contrato, como es el de dos años desde la resolución inicial. Por tanto, si antes de que transcurra ese concreto periodo de tiempo, la inicial situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez se ha revisado y ya no concurre ninguna constitutiva de alguno de esos tres grados, el contrato de trabajo recobrará virtualidad plena, pero si en ese lapso no se ha dado una revisión de esas características, el contrato queda automáticamente extinguido, a partir de esos dos años, por la causa de incapacidad permanente previamente reconocida, que opera con esos efectos extintivos solo a partir de los dos años, de tal forma que la situación de suspensión contractual no rebase nunca el plazo de dos años desde la fecha de la inicial resolución, y ello con total independencia de que a poco de su vencimiento se proceda a una revisión por mejoría que reconozca al trabajador en situación no constitutiva ya de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez».

²²⁵ STSJ de la Rioja, Sala de lo Social, de 21 de febrero de 2013.

Aquella regulación legal, de una aparte, ha quedado obsoleta considerando los avances tecnológicos y la revolución informática, y, de otra parte, se contraponen a la regulación contenida en el TRLGPD, a la cual habrá de adaptarse en la medida en que el trabajador, declarado en las situaciones de invalidez permanente total, absoluta o gran invalidez, deba ser considerado una persona discapacitada. Afirmación que no obsta a que la posible prestación del trabajo por el declarado inválido, necesariamente haya de ser diferente según los distintos grados de invalidez o incapacidad, pues así como en unos determinados grados se presupone y exige mantener una determinada capacidad laboral, en otros resulta que tal conservación constituye una posibilidad eventual²²⁶.

El grado de incapacidad permanente parcial supone que el rendimiento del trabajador ha experimentado una «reducción sensible, o suficientemente acusada, grave y manifiesta, resultando incapacitante en este grado la lesión que, sin impedir al trabajador los quehaceres de su oficio, le produce un menor rendimiento incluso cualitativo, o exige una mayor penosidad, o causa una mayor peligrosidad, o cuando el trabajador ha de emplear un esfuerzo físico superior»²²⁷. Se trata de un grado de invalidez o incapacidad que mantiene importantes concomitancias con el grado de incapacidad permanente total, que radican precisamente en el hecho de la capacidad laboral que mantienen los trabajadores afectados en uno y otro grado, naturalmente diferente.

Por ello se afirma que «en el ámbito de la evaluación y declaración de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total), o dificultada en su realización en el treinta y tres por ciento o más de su rendimiento (incapacidad permanente parcial), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral (...) la precisión del porcentaje de disminución del rendimiento laboral a efectos de la declaración de una invalidez permanente parcial se toma únicamente como índice aproximado, sin que sea exigible prueba terminante al respecto, pues lo que se indemniza no es la disminución del rendimiento sino la disminución de la capacidad de trabajo, y (...) aun sin merma del rendimiento, se ha de reconocer una incapacidad permanente parcial siempre que, para mantener aquel, el trabajador tenga que emplear un esfuerzo físico superior, lo que equivale a que su trabajo le resulte más penoso o peligroso»²²⁸.

La incapacidad permanente total inhabilita al trabajador para realizar todas o al menos las fundamentales tareas de su profesión habitual sin impedirle el ejercicio de otra distinta, por ello

²²⁶ Lo que es consecuente con que «la valoración de la invalidez permanente ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales restricciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia», indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2011.

²²⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 16 de octubre de 2009.

²²⁸ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 2 de diciembre de 2012.

«es necesario para la apreciación jurídica de la incapacidad permanente total, fijar los menoscabos orgánicos y funcionales previsiblemente definitivos que el trabajador presenta, conocer las características de su trabajo o profesión habitual, atendiendo tanto a los requerimientos físicos y psíquicos que la misma precisa y especialmente a los riesgos que para el trabajador y para otros conlleva su realización, debiendo establecerse finalmente una correlación entre aquellos menoscabos y estas características para determinar si la capacidad residual le permite el desempeño eficaz, regular y con rendimiento de ese trabajo o profesión»²²⁹, configurándose la incapacidad permanente total en función del efecto incapacitante de las dolencias en relación con la actividad laboral que se desempeñaba».²³⁰

La invalidez o incapacidad permanente total provoca una imposibilidad para el desarrollo de su trabajo habitual por el trabajador, pero no se confunde con la «ineptitud» para el trabajo que contempla el artículo 52 a) del ET, tratándose de conceptos diferentes. La incapacidad permanente total por sí misma permite la extinción contractual [art. 49.1 e) ET], a salvo la obligación de suspensión del contrato de trabajo y relación laboral con reserva del puesto de trabajo antes referida. Suponiendo sin embargo la «ineptitud» una «falta de aptitud por parte del trabajador para el desarrollo y normal realización de su actividad prestacional, tratándose de la ausencia de condiciones físicas, psíquicas o legales necesarias para desempeñar adecuadamente el trabajo que venía desarrollando, de forma que puede declararse la resolución del contrato por aquella causa, cuando resulta incapaz el trabajador en la realización de su trabajo ordinario, y sin embargo no alcanzar ningún grado de invalidez permanente»²³¹.

²²⁹ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2012.

²³⁰ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 26 de febrero de 2013; *Vid.* STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2013.

²³¹ STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2012; «El denominado "despido objetivo" constituye una decisión unilateral del empresario dirigida a la extinción del contrato de trabajo por circunstancias que afectan a la organización o el funcionamiento de la empresa. De ahí su dimensión "objetiva", en contraste con la dimensión "subjetiva" del despido disciplinario. Figura en la lista de causas de extinción del contrato de trabajo con la denominación de "causas objetivas legalmente procedentes" (art. 49.1.1 ET) y se regula en diversos preceptos de la legislación sustantiva (arts. 52 y 53 ET) y de la legislación procesal (arts. 120, 121, 122 y 123 LJS) laboral. Es un despido causal, aunque no es fácil identificar una causa única o general, sino más bien una serie de causas específicas que tiene como elemento común el trastorno causado a la empresa. La imposibilidad de la prestación, su excesiva onerosidad, la crisis de la empresa o la necesidad de proceder a la reestructuración o reorganización de la misma, son motivos que en esencia dan vida a esta modalidad de despido. A diferencia del despido disciplinario no entraña una sanción al trabajador por incumplimiento sino una medida de salvaguarda de la empresa ante determinadas circunstancias objetivas. Tampoco conecta con la técnica de resolución contractual por incumplimiento sino más bien con la imposibilidad física o legal sobrevenida (art. 1.184 CC). De ahí que no tenga cabida aquí la reclamación de indemnizaciones al trabajador aunque la causa del despido tenga que ver con sus condiciones o cualidades, como la ineptitud», indica la STJS de Navarra, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2012; «La ineptitud sobrevenida no exige declaración de incapacidad permanente por parte de la seguridad social, al tener dicha situación un tratamiento jurídico distinto», dice la STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013.

Es decir, «el reconocimiento de la ineptitud no tiene que imponer por necesidad la incapacidad permanente total que se define por remisión a la legislación de Seguridad Social, pues lo relevante en aquella es que el trabajador haya perdido las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo»²³², de tal manera que han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión.

La aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere «riesgos adicionales o superpuestos» a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a «una continuación de sufrimiento» en el trabajo cotidiano. Por ello no es obstáculo a la declaración del grado de incapacidad permanente total «el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas «menos importantes o secundarias» de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de esta, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que «tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro»²³³.

El mantenimiento de capacidad laboral por el inválido permanente total es inherente al concepto mismo de este grado de invalidez o incapacidad permanente, por ello es compatible la pensión correspondiente a ese grado de invalidez o incapacidad con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, solo condicionada «a que las nuevas funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la propia pensión», es decir, la determinación de la merma de rendimiento que pudiera aquejar al trabajador inválido total ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran esa «profesión habitual»²³⁴. Siendo «la profesión «habitual» la ejercida prolongadamente, (...), y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante, tanto en lo que hace al accidente de trabajo y la enfermedad profesional²³⁵ como al accidente no laboral y la enfermedad común²³⁶.

²³² STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2012.

²³³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de julio de 2011; La incapacidad permanente total para la profesión habitual «permite su ejercicio en empleos o puestos distintos, pero propios del mismo grupo profesional», indican la SSTS, Sala de lo Social, de 27 y 28 de febrero de 2005 y 23 de febrero de 2006; También la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 20 de noviembre de 2012.

²³⁴ SSTS, Sala de lo Social, de 10 de octubre de 2011, 3 de mayo, 2 y 24 de julio de 2012, que plantean la delicada cuestión de la compatibilidad de la pensión con «la segunda actividad»; En relación con la opción por la prestación por desempleo, SSTSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 21 y 25 de febrero de 2013.

²³⁵ SSTS, Sala de lo Social, de 31 de mayo de 1996 y 23 de noviembre de 2000.

²³⁶ STS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2002.

Quien, por enfermedad o accidente, presenta unas alteraciones en su salud, de carácter permanente, que inhabilitan, al que las sufre, para el ejercicio de cualquier oficio o profesión, está en situación de invalidez o incapacidad permanente absoluta²³⁷, dice la norma. El tremendismo de semejante dicción legal aboca a su inoperatividad. Efectivamente, «aplicar ese concepto legal con estricta literalidad llevaría a no reconocer este grado de incapacidad, salvo en supuestos excepcionales. Sin embargo, es la propia Ley la que se cuida de compatibilizar el percibo de la pensión correspondiente al grado de incapacidad permanente absoluta con la realización de una actividad, sea o no lucrativa, que resulte posible con la capacidad residual del inválido, siempre que no represente un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión»²³⁸. Debiendo valorarse para su determinación, en su conjunto, todas las secuelas que presente la persona afectada, inclusive las preexistentes²³⁹, sin que en esa valoración quepa «tener en cuenta las dificultades que pueda tener el trabajador para encontrar empleo, por razón de su falta de conocimientos o preparación, pues las limitaciones para el trabajo han de provenir de enfermedad o accidente»²⁴⁰.

²³⁷ Indica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012, que nuestra jurisprudencia «más que proporcionarnos el concepto de profesión, en general, al que se remite la norma como referente de la incapacidad permanente en el grado de absoluta, nos da las pautas para fijar la capacidad mínima que exige la prestación del trabajo. La incapacidad absoluta se equipara así a esta capacidad mínima que supone capacidad para asistir al trabajo, prestar atención, relacionarse, ejercitar actividad física y por tanto la grave dificultad para utilizar los medios de transporte, público o privados, para atender las instrucciones empresariales, para comunicarse o para efectuar mínimos esfuerzos físicos constituyen supuestos de IPA (...) la capacidad mínima exige prescindir de circunstancias ajenas a la idea de productividad laboral como la tolerancia empresarial o el sacrificio del trabajador, pero es compatible con una capacidad residual para realizar ciertas actividades al margen de las ordinarias exigencias del mercado de trabajo».

²³⁸ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 27 de diciembre de 2011; La jurisprudencia menor no siempre es pacífica en este aspecto, así se afirma que la calificación de ese «grado de invalidez ha de efectuarse atendiendo, fundamentalmente, a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto que las mismas determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia, abstracción hecha de sus circunstancias personales o ambientales que cuentan con otra vía de protección; y ello sin perjuicio de que la aptitud para una actividad laboral, implique la posibilidad de llevar a cabo las tareas de la misma con la necesaria profesionalidad y con una exigencias mínimas de continuidad, eficacia y dedicación, no concurriendo dicha condición con la mera probabilidad del ejercicio esporádico de parte de aquellas, pues debe la misma referirse a la posibilidad real de poder desarrollar una actividad profesional en unas condiciones normales de habitualidad, y suficiente rendimiento sin que ello suponga un esfuerzo superior o especial para su realización o un incremento del riesgo físico propio o ajeno» indican las SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 13 y 22 de septiembre de 2011; SSTSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 22 de febrero de 1994, 25 de abril de 1995 y 10 de febrero de 1998; STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 15 de marzo de 2013; SSTJ, Sala de lo Social, de 15 de junio, 5 y 6 de octubre de 1981, 10 de abril, 2 de junio, 26 y 29 de noviembre y 3 de diciembre de 1984, 22 de abril, 10 y 19 de junio de 1985, 16 y 27 de febrero, y 13 de junio de 1989, 22 de enero, 7 de marzo y 11 de diciembre de 1990.

²³⁹ STS, Sala de lo Social, de 6 de octubre, 3 y 23 de noviembre de 1987, 26 de enero y 20 de febrero de 1989, 30 de enero y 10 de noviembre de 2008 y 23 de abril de 2009.

²⁴⁰ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 14 de julio de 2009.

Ciertamente la definición legal de incapacidad permanente absoluta «no puede entenderse en sentido literal y estricto, pues la experiencia muestra que, por grave que sea el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular en determinados empleos, lo que hace que la calificación de la incapacidad permanente absoluta sea un juicio problemático de las expectativas de empleo del trabajador, que en los casos incluidos en este grado quedan extraordinariamente limitadas»²⁴¹, pero no cerceadas. De tal manera que «deberá declararse en situación de incapacidad absoluta, no solamente a quien no puede realizar la mayor parte de las profesiones u oficios, sino también a quien, manteniendo posibilidades de ejecución de cierta tareas, se encuentre, sin embargo, sin facultades bastantes para su satisfacción con la eficacia normalmente exigible en el ámbito en que tales tareas se satisfacen»²⁴².

A partir de esa flexibilización jurisprudencial²⁴³ cabe considerar inválido o incapaz permanente absoluto no solo a quien no sea capaz de realizar una actividad profesional con un mínimo de rendimiento y eficacia, o con un mínimo de profesionalidad²⁴⁴, sino también a quien mantenga determinadas capacidades para el trabajo, bien que sean, en principio, inciertas, eventuales y limitadas. Desechándose la consideración como única actividad compatible con ese grado de invalidez o incapacidad a la mera actividad marginal o esporádica, conceptuándola por el contrario como posible actividad retribuida, susceptible de alta y cotización en la Seguridad Social, exigiéndose solamente que sea compatible con el estado de salud del trabajador²⁴⁵. «La idea de la actividad laboral compatible con la IPA, como actividad marginal ya no es sostenible»²⁴⁶.

Las nuevas tecnologías han irrumpido en el panorama vital, laboral y profesional del inválido o incapacitado permanente absoluto, posibilitándole la prestación de trabajo, y la consiguiente compatibilidad de la pensión por el incapacitado permanente absoluto con el salario debido por el trabajo remunerado en jornada ordinaria. La realidad social actual se caracteriza por la utilización de las nuevas tecnologías, particularmente informáticas y de teletrabajo, que permiten la realización de multitud de actividades laborales a jornada completa a los inválidos

²⁴¹ SSTS, Sala de lo Social, de 2 de marzo de 1979, 3 de marzo de 1989, 14 de octubre y 1 de diciembre de 2009; SSTSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 5 y 10 de octubre de 2012.

²⁴² STS, Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 1982; STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 8 de octubre de 2012.

²⁴³ Que ejemplifica la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

²⁴⁴ SSTS, Sala de lo Social, de 14 de abril de 1986 y de 21 de enero de 1988.

²⁴⁵ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 17 de noviembre de 2009.

²⁴⁶ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012, y 4 y 8 de marzo de 2013.

o incapaces permanentes absolutos²⁴⁷. Esto es, «nada obsta ya no solo a que las actividades lucrativas compatibles (con la IPA) consistan en un trabajo por cuenta ajena o propia, sino que nada exige que se trate de una actividad marginal. Basta desde luego con que sea una actividad que atienda o parta de la consideración del discapacitado como miembro útil a la sociedad y que busca precisamente hacer efectiva y real esta utilidad productiva»²⁴⁸. Las nuevas tecnologías «consienten pluralidad de actividades laborales a jornada completa a quienes se encuentran en situación de IPA»²⁴⁹.

La gran invalidez supone «máxima incapacidad», y comporta el padecimiento de dolencias que por su especial relevancia impiden la realización y el desarrollo de las más fundamentales actividades de la vida ordinaria, exigiendo para ello el auxilio de terceras personas²⁵⁰, bien que no se requiera la asistencia permanente o relativa a todos y cada uno de los aspectos esenciales de la vida²⁵¹. «Este grado de incapacidad debe reconocerse cuando el sujeto sufre una dificultad y no una completa imposibilidad para el desarrollo de todos los actos descritos en la norma y también cuando el trabajador sufre una imposibilidad parcial para el desarrollo de tales actos esenciales para la vida, esto es, cuando, conservando capacidad para su desarrollo, precisa la supervisión de un tercero para efectuarlos»²⁵².

La gravedad de las limitaciones del gran inválido hacían inconcebible antes de la «revolución informática» que el sujeto afectado por tal grado de invalidez pudiera realizar trabajo alguno, pero la irrupción de las nuevas tecnologías, con sus eficaces aplicaciones informáticas y telemáticas, que posibilita el teletrabajo y otras formas de prestación de servicios al margen de la «factoría y de la fábrica», han modificado radicalmente semejante perspectiva. Además la aludida posibilidad de trabajo del gran inválido tiene una importante transcendencia social general, pues «representa –en el (...) marco de actividades sedentarias– un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad (gravemente) disminuida»²⁵³.

²⁴⁷ SSTs, Sala de lo Social, de 30 de enero y 10 de noviembre de 2008 y 23 de abril de 2009; SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 11 de noviembre de 2010 y 10 de junio de 2011.

²⁴⁸ SSTSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 30 de junio de 2005 y 17 de noviembre de 2009.

²⁴⁹ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 2012.

²⁵⁰ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2013; STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2009; SSTs, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1987, 23 de marzo de 1998 y 13 de marzo de 1989.

²⁵¹ STS, Sala de lo Social, de 23 de marzo de 1989.

²⁵² STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 28 de julio de 2011; STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 11 de marzo de 2013.

²⁵³ STS, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2009.

Ejemplo paradigmático de semejante posibilidad es la actividad académica, investigadora, creativa y divulgadora del conocimiento, llevada a cabo por uno de los grandes científicos de nuestro tiempo, Shephen Hawking²⁵⁴.

²⁵⁴ Titular de la Cátedra Lucasiana de Matemáticas de la Universidad de Cambridge, desde 1979 hasta su jubilación en 2009, padeció desde joven una esclerosis lateral amiotrófica (ELA) que se le ha ido agravando, al extremo de llegar a paralizarlo completamente, teniéndose que comunicar con los demás mediante un aparato especialmente diseñado para él, generador de voz. Es el gran teórico de los «agujeros negros», y divulgador singular de la teoría del «Big Bang o teoría de la gran explosión». Ha recibido, y sigue recibiendo, una innumerable cantidad de premios, reconocimientos y galardones científicos del máximo prestigio internacional.