

EL RECONOCIMIENTO DE UNA GRAN INVALIDEZ PENSIONADA, A UN TRABAJADOR DE LA ONCE, NO ES COMPATIBLE CON SU CONTINUIDAD COMO VENDEDOR DE CUPONES DE DICHA ORGANIZACIÓN. GIRO DE 180 GRADOS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y REGRESO A UN CRITERIO ABANDONADO EN 1986
(Comentario a la STS 544/2024, de 11 de abril, rec. 197/2023)

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

NET21 NÚMERO 18, junio 2024

1. Para situarnos. Breve resumen de los antecedentes de hecho

Para una adecuada comprensión del tema parece oportuno el examen de las resoluciones judiciales previas a la sentencia del Tribunal Supremo (TS). De ello resulta lo siguiente:

-Un trabajador, peón agrícola, el 19 de junio de 2015 es declarado por el INSS en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual con derecho a lucrar pensión en porcentaje del 55% sobre base reguladora reglamentaria. Las dolencias reconocidas eran visuales.

-El 10 de enero de 2017 comienza a trabajar como vendedor de cupones para la ONCE.

-En 2018 plantea una nueva solicitud de valoración (tramitada como revisión de grado) que fue desestimada en vía administrativa por agravación insuficiente de sus dolencias.

-Interpuso demanda que sería resuelta por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Córdoba en 23/10/2019 (autos 907/2018) que declaró a dicho trabajador en situación de gran invalidez con los derechos inherentes a tal situación.

-La entidad gestora formalizó recurso de suplicación ante el TSJ de Andalucía, que en sentencia 287/2020, de 10 de junio (rec. 1443/2020) desestimaría el recurso y confirmaría la sentencia de instancia.

-El trabajador solicitó la ejecución provisional de la sentencia ante el Juzgado de lo Social, que luego se tramitaría como definitiva, dictándose auto en 19 de noviembre de 2020 por el que se estimó la demanda ejecutiva planteada y, en consecuencia, se condena al INSS y la TGSS –a cada una en el ámbito de sus competencias- a pagar al ejecutante la pensión de gran invalidez correspondiente al periodo que iba de 24/04/18 a 07/11/19. El actor había dejado de prestar servicios para la ONCE en 8/11/2019. En el período que se reclama había estado percibiendo la pensión de incapacidad permanente total y los salarios correspondientes a su actividad de vendedor.

-Disconforme con lo acordado por el juez de instancia, el INSS recurrió en suplicación y el TSJ de Andalucía en sentencia 2843/2022, de 26 de octubre, estimó el recurso de la entidad gestora, revocó el auto de instancia y acordó no haber lugar a despachar la ejecución entendiendo que cuando se reconoce a un trabajador una gran invalidez resulta incompatible con las rentas de trabajo “... pues de otra manera, se produciría un enriquecimiento injusto burlándose la incompatibilidad entre la pensión y el salario que deriva de que la función de las prestaciones de invalidez es la de sustituir las rentas derivadas del trabajo” –sic-.

-Disconforme ahora el trabajador interpone recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo la infracción del art. 198.2 LGSS, aportando como sentencia de contraste la STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2022 (rec. 1152/2021).

En definitiva, la cuestión quedaba concretada en palabras del TS en “*determinar si el reconocimiento de una gran invalidez a un trabajador de la ONCE es compatible con el hecho de que continúe vendiendo cupones de dicha organización*” (FD. Primero. 1). En realidad, el planteamiento del TS no es, dicho sea, con las debidas consideraciones correcto, pero sobre esto más adelante se volverá.

2. La justificación de un cambio de criterio por parte del Tribunal Supremo y vuelta al anteriormente abandonado

2.1 El inicial criterio y el cambio operado

Parte el TS de la redacción actual del art. 198.2 LGSS (que se corresponde con el anterior art. 141.2 del texto refundido de la LGSS/1994) que norma las “compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente” y en el que se dice que:

“2. Las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente y absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.

A continuación, recuerda su criterio inicial sobre el particular (cita su sentencia de 20-12-1985) que el legislador –cuando habla del ejercicio de actividades- se refería únicamente a trabajos de tipo marginal e intrascendente e indica que “...la doctrina de la Sala tiene reiteradamente declarado que la incapacidad permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que, de mantenerse un criterio amplio del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo” y señala a tal efecto su STS de 13 de mayo de 1986 (FD Tercero 1).

Un primer inciso u observación antes de continuar, de lo noticiado, no hay dato alguno que permita afirmar que el trabajador afectado se encontraba en incapacidad permanente absoluta. Los datos solamente reflejan el grado de total para la profesión habitual de peón agrícola. Sobre esto, también más adelante se volverá.

A continuación, el TS viene a recoger su cambio de criterio que opera a partir de las SSTS 30 enero de 2008, rcud. 408/2007 y otras posteriores, que vienen a declarar la compatibilidad de la gran invalidez y la incapacidad permanente absoluta con el trabajo por cuenta ajena.

Segundo inciso u observación, el cambio de criterio ya se había producido muchos años antes, salvo error, a partir de la STS 6 de octubre de 1987 (roj:STS 6176/1987, ECLI:ES:TS:1987:6179), si bien referida a un declarado en situación de IPA sin derecho a prestaciones económicas y que sería continuada en sucesivos pronunciamientos en los que se ponía de manifiesto que la aparente rigidez de la definición de IPA se relativiza en el art. 138.2 LGSS al contemplar la posibilidad del desarrollo por parte del perceptor de una pensión de incapacidad permanente absoluta de actividades -lucrativas o no- compatibles con su estado; referencia legal que no tiene las connotaciones de ocasionalidad y discontinuidad que le atribuye el motivo, como lo confirma el art. 2.1 del Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, que impone los pensionistas de incapacidad permanente total, incapacidad permanente

absoluta y gran invalidez, que simultaneen la percepción de la pensión con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, la obligación de comunicar tal circunstancia a la entidad gestora (por todas STS 9628/1989 – ECLI:ES:TS:1989:9628).

2.1 Justificación de su marcha atrás y recuperación del criterio inicial

En el FD Cuarto se recogen las razones y argumentos que a juicio del TS avalan la vuelta a la interpretación primigenia y que en síntesis son las siguientes:

a) Interpretación literal de los preceptos que regulan la incapacidad permanente

Concretamente se cita el art. 198.2 de la LGSS que habla de “ejercicio de aquellas actividades” y no “trabajos y por tanto se está refiriendo a labores o tareas marginales y limitadas y no a ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad Social” –sic-

Realmente eso no cabe deducirlo así, sin más, del precepto indicado, puesto que las actividades que se realicen pueden ser o no lucrativas, eso sí, siempre que no representen un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión.

En realidad, el precepto no prohíbe trabajar y percibir pensión, solamente que no cabe su simultaneidad ante determinados trabajos.

b) Interpretación sistemática del art. 194 LGSS y la DT. 26ª LGSS, así como el art. 198 LGSS

Ciertamente no le falta razón en lo que se afirma de que “... resulta difícil imaginar que, por un lado, la norma califique la IPA como situación que inhabilita por “completo” al trabajador para “toda” profesión u oficio; y que, por otra, este permitiendo la compatibilidad con actividades que, según la definición anterior no podría realizar”.

Y aquí se podría llegar a la conclusión de que el trabajo o actividad podrá ser compatible con el estado del incapacitado, si su contenido se ajusta a las previsiones del art. 198.2 LGSS y que, en otro caso, la actividad retribuida llevará a la suspensión del abono de la pensión (y añadiríamos sin perjuicio de una hipotética revisión). La cuestión en definitiva estará si el trabajo del inválido o incapacitado se ajusta a las previsiones del art. 198.2 LGSS.

Ahora bien, si lo consideramos en los términos que interpreta el TS ¿supondrá su exclusión del sistema y por tanto no habrá necesidad de alta y cotización en el mismo?

El problema del razonamiento del TS es que no parece que nos “sirva” para el caso analizado ya que en ningún lugar se dice que este trabajador estaba en situación de IPA, solo en situación de Gran Invalidez (y anteriormente en IPT).

c) y d) La finalidad genérica de las prestaciones del sistema de Seguridad Social

A juicio del TS, esta es subvenir situaciones de necesidad (apartado c); y específicamente (apartado d) por lo que respecta a la incapacidad permanente se trata de sustituir la carencia de rentas del trabajo debida a la pérdida de ingresos derivada de la situación de incapacidad para el trabajo.

Este argumento poco aporta a la cuestión debatida. Si la prestación aquí debatida se encuentra recogida en el nivel contributivo, una vez actualizado el riesgo y producido el hecho causante, la situación de necesidad (en nuestro caso la pérdida de ingresos) se produce con independencia de la capacidad económica real del sujeto. Por otro lado, las situaciones limitativas en el disfrute no deben interpretarse en un sentido amplio. En el nivel contributivo del sistema la situación de necesidad cubierta no es la absoluta, sino más bien relativa y presunta (caso distinto es la cubierta en el nivel no contributivo). Es más, no hay una situación de incapacidad permanente protegida, sino que esta se gradúa en atención a la incidencia de la situación patológica en la capacidad laboral del individuo (grados de parcial, total y absoluta), e incluso teniendo en cuenta la edad y dificultades de encontrar un empleo para incrementar su cuantía (la mal llamada IPT cualificada). En realidad, debe de tenerse en cuenta que la gran inválido es un incapacitado permanente que precisa la ayuda de otra persona para llevar a cabo actos esenciales de la vida.

e) La compatibilidad puede llevar a que la Seguridad Social abone dos prestaciones una para el incapacitado y otra para el desempleado y que haya una persona que no pueda acceder al puesto de trabajo que está ocupando el incapacitado.

Este argumento no se llega a entender. Parece que lo que se está diciendo es que un incapacitado que percibe pensión de la Seguridad Social y trabaja le está quitando el empleo a otra persona que está desempleada y que es una carga para la Seguridad Social ya que el sistema tendrá que abonar dos prestaciones.

f) La necesidad de la revisión del sistema de incapacidades y singularmente la del beneficiario afectado en orden a potencia sus capacidades y la consecución de rentas dignas.

Poco se puede decir en contra, pero nada aporta a la resolución del caso. Simplemente, recordar el mandato al Gobierno recogido la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social, en relación la clasificación de la incapacidad permanente en función del porcentaje de reducción de la capacidad para el trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente, circunstancia que a fecha de hoy no ha llegado a producirse.

g) Se deben de arbitrar nuevos mecanismos tendentes a la reinserción socio laboral de las personas discapacitadas sin necesidad de sustituirlas con aportaciones prestacionales que resultan incompatibles con aquellos trabajos incluidos en el ámbito de la Seguridad Social y que permiten la obtención de rentas derivadas de trabajo.

Otra propuesta bien intencionada, pero nada más. En realidad, solo hay que mirar al RD-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. O al propio texto refundido de la LGSS en su art. 42.1 letra b, sobre la recuperación profesional. Y obviamente que se cumpla.

3. Una conclusión que concreta muy poco y deja en el aire algunas dudas

En el FD QUINTO se dice textualmente “ ... *la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida en la sentencia recurrida, al considerarse incompatible la pensión por Gran Invalidez con el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral (en los presentes autos: trabajo en la ONCE); ...*”

Toda la argumentación del TS ha sido en relación a que un Incapacitado Permanente Absoluto o un Gran Inválido, solo pueden percibir la pensión correspondiente y realizar labores o tareas marginales y limitadas y no ocupaciones permanentes o cotidianas que por su extensión o intensidad den lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, el criterio del TSJ y que mantiene el TS es que resulta incompatible con “el trabajo a tiempo completo en una determinada actividad”. Por tanto, no habrá problema en realizar una actividad a tiempo parcial ¿no?

4. Una valoración final

Últimamente las personas con ceguera no están teniendo mucho respaldo o apoyo en el TS. Recuérdese la STS 199/2023, de 16 de marzo (rcud. 3980/2019) que rectificó su propia doctrina descartando el criterio objetivo de la dolencia -en este caso, ceguera- para activar el derecho al reconocimiento de la situación de gran invalidez y sostiene ahora que una persona ciega, o que sufre una merma visual inferior a 0,1 en ambos ojos, no puede considerarse gran inválido de forma automática, sino únicamente cuando quede acreditado que precisa el concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida y ahora esta, que se analiza en relación con la compatibilidad de la prestación con el trabajo.

Centrándonos en la resolución judicial que se comenta, quizás sea oportuno recordar que la Disposición final quinta de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, vino a modificar el texto refundido de la LGSS de 1974, concretamente su art. 135, de la siguiente forma: “*Se modifica el artículo ciento treinta y cinco de la Ley de Seguridad Social, texto refundido, por el que se exige para la declaración de gran invalidez estar afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. **La gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo.***”.

En este sentido recuérdese la redacción del art. 137.5 LGSS/1994 (en vigor a tenor de lo previsto en la disposición transitoria 26ª del actual texto refundido de la LGSS) que dispone “*Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*”.

O lo que es lo mismo, a la situación de gran invalidez se puede acceder desde el grado de incapacidad permanente total, no se tiene que estar necesariamente en situación de IPA (como se exigía en el texto refundido de LGSS/1974 y en el primer texto articulado LSS/1996)

La razón no es otra que lo verdaderamente concluyente es que el incapacitado permanente precise de una tercera persona para que le ayude en esos actos esenciales de la vida.

Por otro lado, la prestación que se percibe no es una pensión distinta del grado de incapacidad del que es tributario, sino la pensión reglamentaria en atención al grado (55% o 100%) y un complemento cuyo destino es compensar los mayores gastos que tendrá este incapacitado por tener que retribuir o compensar a un tercero.

Y dado que el TS en sus argumentos se centra en los incapacitados permanentes absolutos, debe recordarse que aquí se partía de un incapacitado permanente total para su profesión de peón agrícola que instada una nueva valoración en sede administrativa se le rechaza por entender que no había variado suficientemente su situación patológica y en vía judicial se le reconoce una gran invalidez.

Un último apunte que viene a la memoria y que no casa con lo ahora resuelto por el TS. Se trata de su reciente sentencia núm. 99/2023, 2 de febrero rec. 4748/2019) en relación con si cabe reconocer o no la pensión de orfandad (por situación de IPA o GI) cuando el beneficiario se encuentra prestando servicios en un centro especial de empleo, con contrato indefinido y a tiempo completo, vendedor de cupones de la ONCE y en ella se señala acerca de la *“incidencia que puede tener una prestación de servicios para un centro especial de empleo, compartimos el calificativo que se otorga en la sentencia recurrida a los servicios así prestados, como residuales -que también recoge nuestra doctrina- aunque formen parte del plan de integración y no exclusión social del colectivo de discapacitado, que además tienen reconocida una prestación de servicios como relación laboral especial, del RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo, en la que es una actividad que atiende a la capacidad de trabajo que resta al beneficiario y que no comprende cualquier profesión u oficio. Es más, y a los efectos que aquí nos ocupan, si la obtención de rentas de trabajo por el huérfano incapacitado no lo impide ser beneficiario de la pensión de orfandad, no es posible restringir el acceso a la pensión por el solo de estar trabajando.*

Si la sala considera que el trabajo en la ONCE, como vendedor de cupones, es algo marginal ¿no sería entonces compatible con la pensión de gran invalidez en el caso enjuiciado? Es el criterio que acaba de ser fijado.