

JUBILACIÓN E INCAPACIDAD PERMANENTE EN SUS MODALIDADES CONTRIBUTIVAS: UNA NUEVA VISIÓN DESDE LA CONSIDERACIÓN CONJUNTA DE LAS SITUACIONES OBJETO DE COBERTURA

100

Lourdes LÓPEZ CUMBRE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cantabria

1. La reforma de 1997: la prevalencia de la jubilación sobre la incapacidad permanente tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación

1.1. La interrelación entre incapacidad permanente y jubilación

1. Jubilación e incapacidad permanente se desarrollan en el ordenamiento español como dos contingencias distintas con sendas prestaciones. La jubilación, prevista para reparar la ausencia de ingresos tras el cumplimiento de una determinada edad (65 años como regla general) por el trabajador y cubierta por la pensión de jubilación, sólo tiene en común con la incapacidad permanente el hecho de que semántica-

mente se considere al jubilado como incapaz para continuar en el puesto de trabajo como consecuencia de su edad ¹. Mas la incapacidad permanente, prevista para reparar la falta de ingresos que se produce cuando el trabajador no puede volver a desempeñar su trabajo habitual o cualquier otra actividad como consecuencia de un accidente o de una enfermedad y protegida por la pensión de incapacidad permanente, elude la edad como referencia y centra su atención en la imposibilidad plena o parcial de trabajar ².

Hasta el año 1997 la interrelación entre ambas prestaciones pasaba desapercibida por inexistente. El trabajador incapacitado podía recibir su pensión en cualquier momento, incluso después de cumplida la edad ordinaria de jubilación y el trabajador jubilado podía, en su caso, solicitar la pensión de incapacidad. La reforma de 1997 (Ley 24/97, 15 jul., BOE, 16) alteró esta situa-

¹ Vid un tratamiento monográfico en AAVV, *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, iustel, 2007.

² Vid, por todos, ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1982, ROQUETA BUJ, R., *La incapacidad permanente*, Madrid, CES, 2000, MARTÍN PUEBLA, E., *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Granada, Comares, 2000, BARBA MORA, A., *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2001.

ción y bien por razones de política económica –en las estadísticas figuraban como incapacitados quienes debieran estar ya jubilados- o bien por razones de política legislativa –no cabe la incapacidad en quienes ya, por razón de edad, no pueden o no deben seguir trabajando- la relación entre ambas contingencias se estrechó sobremanera.

Una de las razones principales para justificar este cambio de tendencia fue la de evitar el fraude que supone el reconocimiento de una pensión como la de incapacidad permanente para quienes se mantienen en activo más allá de los 65 años de edad. Ha de advertirse que normalmente la pensión de incapacidad permanente es de mayor cuantía que la de jubilación; así, una incapacidad permanente absoluta permite percibir una pensión del 100% de la base reguladora, algo difícil de lograr en la jubilación salvo que se acrediten 35 o más años de cotización, a lo que hay que añadir que si la incapacidad proviene de una contingencia profesional el cálculo de la cuantía se hará sobre los salarios reales del último año, algo impensable en la jubilación. En definitiva, la pensión de incapacidad resulta menos contributiva que la de jubilación por lo que se tiende más a conseguir aquélla que ésta, especialmente por quienes tienen carreras de cotización más cortas ³. De hecho, uno de los problemas básicos que intentó atajar la Ley 24/97 en relación con la pensión de incapacidad permanente fue, sin duda, el desproporcionado número de pasivos que se cobijaban en la modalidad contributiva de dicha prestación ⁴.

2. Tras la reforma introducida por la Ley 24/97 en los arts. 136 y ss LGSS destinados a regular la incapacidad permanente, la relación entre la pensión de incapacidad permanente y la de jubilación no alberga dudas:

a) Cuando el posible beneficiario de una pensión de incapacidad permanente tenga 65 años de edad (edad ordinaria de jubilación) en el momento de producirse el hecho causante y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, no le será reconocida la pensión de incapacidad permanente (art. 138.1 LGSS).

b) Cuando un pensionista de incapacidad permanente cumpla 65 años, automáticamente la pensión pasará a calificarse como “de jubilación” si bien el cambio

LA PENSIÓN DE
INCAPACIDAD RESULTA
MENOS CONTRIBUTIVA
QUE LA DE JUBILACIÓN POR
LO QUE SE TIENDE MÁS A
CONSEGUIR AQUÉLLA QUE
ÉSTA, ESPECIALMENTE POR
QUIENES TIENEN CARRERAS
DE COTIZACIÓN MÁS
CORTAS

de denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniera percibiendo (art. 143.4 LGSS). Esta consideración tendrá lugar tanto en la modalidad contributiva como en la no contributiva, de lo que se deduce que, en el nivel no contributivo y a partir de los 65 años de edad, tan sólo cabe acceder a una pensión de jubilación no contributiva.

c) El pensionista de incapacidad permanente puede instar la revisión de su pensión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional siempre que no haya cumplido la edad de 65 años (art. 143.2 LGSS).

1.2. Prohibición de acceso a la incapacidad permanente y reconversión de la incapacidad permanente en jubilación

1. De todo lo anterior se derivan dos situaciones bien distintas. Una, la de quien, por haber cumplido ya los 65 años, no puede solicitar la pensión de incapacidad ni, en su caso, su revisión. Otra, la de quien, siendo pensionista de incapacidad permanente, cumple los 65 años de edad y ve convertida automáticamente su pensión de incapacidad permanente en pensión de jubilación. El primer supuesto recoge la dinámica propia de la comunicabilidad interprestacional que permite la comunicación entre algunas prestaciones (asistencia sanitaria, por ejemplo, con todas las restantes) pero no así entre otras (en nuestro caso, incapacidad-jubilación) ⁵. El segundo responde a una deliberada voluntad del legislador para que el pensionista de incapacidad permanente pase a ser pensionista de jubilación al cumplimiento de los 65 años de edad.

³ MARTÍN VALVERDE, A., “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, RMTAS, núm.4, 1997, pág. 56.

⁴ DESDENTADO BONETE, A., “La reforma de las pensiones de la Seguridad Social en 1997. Un panorama general”, en AAVV, *Las reformas laboral y de Seguridad Social de 1997, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1998, t.III, Madrid, CGPJ, 1999, pág. 206.

⁵ BARCELÓN COBEDO, S., *El tránsito entre prestaciones de la Seguridad Social, Pamplona, Aranzadi, 2002* y “La jubilación como prestación de llegada en el tránsito prestacional”, en AAVV, *Tratado de jubilación....op.cit., especialmente pp. 517-525.*

En cuanto al primer apartado las posibilidades son varias, si bien todas ellas conducen a una misma conclusión. Así, puede ocurrir: a) que el trabajador en activo solicite una pensión de incapacidad permanente cumplidos los 65 años; b) que el pensionista de incapacidad solicite la revisión de la misma tras los 65 años; o c) que el pensionista de jubilación solicite una pensión de incapacidad permanente. Sea cual fuere la opción, existe una relación directa entre el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y la fecha del hecho causante.

Por lo que se refiere al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación cabe indicar que el art. 10 RD 1132/02, 31 oct., BOE, 27 nov., por el que se desarrolla la Ley 35/02, 12 jul., BOE, 13, determina que, para tales supuestos, no deberán tenerse en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan, por lo que sólo con el cumplimiento de los 65 años de edad real se hará efectiva la imposibilidad de solicitar la incapacidad permanente. Esto significa, por tanto, que todos los supuestos de anticipación de la edad de jubilación quedan exentos de tal prohibición, pudiendo sus beneficiarios –por ejemplo, quienes perciben una jubilación anticipada– acceder a la pensión de incapacidad permanente.

102

Es ésta la misma conclusión que defiende la S.TS 22 mar.06, Ar. 2316 que modifica la tesis mantenida por un anterior pronunciamiento del mismo Tribunal, la S.TS 27 jul.05, Ar. 8603. En esta última el TS señala que tanto la contingencia de vejez como la de invalidez se hallan legalmente configuradas como de carácter profesional y por ello el hecho causante de la invalidez ha de venir precedido por el desempeño de la profesión u oficio o por la posibilidad de hacerlo. Por eso *“no procede exigir mecanismos protectores por situación de invalidez cuando con anterioridad al hecho causante ya se ha accedido a la jubilación pensionada pues esta situación lleva de suyo la culminación de la vida laboral con voluntario apartamiento de la actividad de tal clase, debiéndose entender que el eje del sistema contributivo de protección es la pensión de jubilación y a ella corresponde el protagonismo en el mismo, no a la invalidez. De ahí que pueda equipararse, a estos efectos, la jubilación anticipada y la jubilación ordinaria pues la razón de ambos casos es la misma, impedir que quien esté jubilado o pueda jubilarse tenga acceso a otra pensión”* (FJ 3 y 4). Ahora, y tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/97, el pensionista de jubilación anticipada que no ha cumplido aún los 65 años, tiene derecho a que se le reconozca la pensión de incapacidad permanente. No otra puede ser –entiende el TS en su S.TS 22 mar.06,

EL LEGISLADOR HA
DISPUESTO QUE [...] SI EL TRABAJADOR NO CUMPLE LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y HA DE OBTENER LA DE INCAPACIDAD PERMANENTE, LA CUANTÍA DE LA PENSIÓN SERÁ EQUIVALENTE AL RESULTADO DE APLICAR A LA BASE REGULADORA EL PORCENTAJE QUE CORRESPONDE AL PERÍODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN ESTABLECIDO EN CADA MOMENTO PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Ar. 2316-, la interpretación del nuevo art. 138.1 LGSS (FJ 3).

La edad determina, por lo demás, la exigencia o no de hallarse dado de alta o en situación asimilada al alta pues como señala la S.TS 10 oct.05, Ar. 8005 procede la denegación de la pensión de jubilación anticipada a quien obtiene una incapacidad total por no encontrarse dado de alta. Según entiende el INSS, el art. 164.5 LGSS sólo suprime el requisito del alta para quienes tienen 65 años no para los que acceden con anterioridad a la pensión de jubilación. Por su parte, el TS considera en esta sentencia que la exigencia del cumplimiento de los 65 años para causar derecho a la pensión de

jubilación cuando el beneficiario no está en alta es asimismo *“aplicable a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente total y que esa situación de incapacidad permanente total no constituye situación de alta ni asimilada al alta”* (FJ 2).

2. Por lo que se refiere al hecho causante en la incapacidad permanente, dependerá de si la misma proviene de una incapacidad temporal (en cuyo caso, hasta que no se produzca la propuesta de incapacidad permanente no se considera producido el hecho causante) o directamente a través de una propuesta del EVI (equipo de valoración de incapacidades) o del dictamen del UVAMI (unidad de valoración médica de incapacidades), teniendo tanto la propuesta como el dictamen mero carácter declarativo y no constitutivo de derecho dado que el mismo no tendrá efectividad hasta que la resolución administrativa correspondiente reconozca la incapacidad permanente del trabajador ⁶.

⁶ DESDENTADO BONETE, A., *“Una noción enigmática: el hecho causante en las prestaciones de Seguridad Social (I y II), Actualidad Laboral, 2002, t.II., pág. 432 y DE CASTRO FERNÁNDEZ, L.F., “Criterios de la doctrina unificada en materia de invalidez permanente: el hecho causante y la fecha de inicio de la prestación”, Revista del Poder Judicial, núm.68, 2002, pp. 189-221.*

No obstante, la Administración dispone que si la pensión de jubilación se solicita por quien dejó de trabajar antes de transcurrir tres meses de la resolución negativa del expediente de incapacidad permanente, aquella desplegará efectos económicos desde el día siguiente a la solicitud de la incapacidad permanente. Transcurridos los tres meses, los efectos económicos se producirán –dado que se trata de una situación de no alta– desde el día siguiente al de la solicitud de la pensión de jubilación ⁷. Por otra parte, cabría considerar que, extinguida la incapacidad temporal por alta con propuesta de incapacidad permanente o por agotamiento de su plazo máximo, no podrá causarse la correspondiente pensión de incapacidad permanente si el trabajador hubiera cumplido la edad de jubilación ordinaria. Incluso cabe pensar que, cuando la causa de extinción sea la del transcurso del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, ni siquiera procederá la prórroga de sus efectos económicos (arts. 128 y 131 LGSS), siendo así que dichas prórrogas se basan fundamentalmente en la necesidad de continuar con el tratamiento médico por parte del beneficiario.

Es, por otra parte, en dicho momento –cuando se produce el hecho causante de la incapacidad– cuando el trabajador, junto con el requisito de la edad ordinaria de jubilación, reúne el resto de requisitos exigidos para acceder a dicha pensión (alta o situación asimilada al alta, período de carencia y cese en el trabajo ⁸) pues, de lo contrario, la limitación establecida en el art. 138.1 LGSS no deberá ser aplicada ⁹. Y, en este sentido, el TS matiza, por un lado, que la fecha a considerar para comprobar el cumplimiento de los 65 años de edad es la de la solicitud de la revisión de la incapacidad permanente [S.TS 17 sep.04, Ar. 6975, la (FJ 5)]. Por otro, no admite el TS la tesis de que, como el incapacitado permanente no ha cesado voluntariamente en el trabajo, no se cumplen los requisitos establecidos en el art. 160 LGSS. Considera el citado Tribunal en S.TS 25 nov.04, Ar. 230 que el art. 138.1 LGSS es aplicable cuando se reúnen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y los 65 años de edad sin que sea preciso admitir que, como el trabajador se encuentra en incapacidad permanente, no se cumple el requisito de cesar o haber cesado voluntariamente en el trabajo, pues lo que requiere el art. 160 LGSS es el previo cese en el trabajo por parte de quien solicita la jubilación y dicho cese se aprecia en quien solicita una incapacidad per-

LA TRANSFORMACIÓN DE UNA PENSIÓN DE INCAPACIDAD EN UNA DE JUBILACIÓN CONSTITUYE REGLA GENERAL EN LOS PAÍSES DE LA UE, PERO NUESTRO ORDENAMIENTO HA INTRODUCIDO EL MATIZ ÚLTIMO SOBRE LA INALTERABILIDAD DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE, AUN CUANDO LA MISMA SE TRANSFORME NOMINATIVAMENTE EN UNA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

manente derivada de una enfermedad común que le impide trabajar (FJ 2).

Obsérvese, por lo demás, que puede presentarse una situación paradójica y es que quien no haya cotizado lo suficiente para acceder a la pensión de jubilación, podrá conseguir una pensión –la de incapacidad permanente– de cuantía más alta y con mejor tratamiento fiscal. Con el objetivo de evitar tal situación, el legislador ha dispuesto que, en tal caso, esto es, si el trabajador no cumple los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y ha de obtener la de incapacidad permanente, la

cuantía de la pensión será equivalente al resultado de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponde al período mínimo de cotización establecido en cada momento para el acceso a la pensión de jubilación. Sólo en caso de ser gran inválido la cuantía de la pensión se incrementará en un 50% (art. 11 RD 1132/02). Con esta regulación se pretende evitar el establecimiento de ventajas económicas entre quienes cumplen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y quienes no los cumplen.

Por lo demás, la exigencia de que se cumplan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación pone de manifiesto que la imposibilidad de acceder a la incapacidad permanente no viene dada tanto por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación sino por el hecho de que se generen dos pensiones del sistema que han de ser inacumulables ¹⁰. El legislador prescinde de la regla general (opción por parte del be-

⁷ Instrucción de la DGINSS 3/98, 10 mar., cit por BARRIOS BAUDOR, G.L., “Limitaciones en el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente respecto de quienes son o pueden llegar a ser pensionistas por jubilación”, *Aranzadi Social*, 1998, t.V, pág. 799.

⁸ Vid CAMOS VICTORIA, I., “Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social”, en AAVV, *Tratado de Jubilación...op.cit.*, pp. 1607-1629.

⁹ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “Relación entre las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social”, en AAVV, *Tratado de Jubilación...op.cit.*, pág. 1762.

¹⁰ MERCADER UGUINA, J., “La reforma de la acción protectora en la Ley 24/97, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”, *RL*, 1997, t.I, pág. 1119.

neficiario, ex art. 122.1 LGSS) y decide imponer la pensión de jubilación o la conversión en pensión de jubilación de la originaria pensión de incapacidad permanente. Sigue así una trayectoria iniciada por el Tribunal Supremo cuando, en S.TS 14 oct.92, Ar. 7634, decidiera denegar el acceso a la pensión de incapacidad permanente a quienes ya eran pensionistas de jubilación. La diferente causa de las prestaciones aparecía como el argumento principal de este trascendental pronunciamiento. Mientras la jubilación supone culminar la vida laboral apartándose voluntariamente (salvo el supuesto de jubilación forzosa) de la misma, la incapacidad permanente implica la pérdida de aptitud para la prestación laboral. La disminución o pérdida de la capacidad de ganancia, presente en la incapacidad permanente, es inexistente en el caso de quien se encuentra jubilado desde hace tiempo. Por tanto, sin el efectivo desempeño de una actividad productiva o sin la posibilidad de llevarlo a cabo no parece factible aludir a una incapacidad permanente contributiva ¹¹. Una razón a la que se une otra reseñada por la doctrina como es la de la exigencia de hallarse en alta o en situación asimilada al alta para acceder a la pensión de incapacidad permanente, requisito imposible de cumplir para el pensionista de jubilación ¹².

104

3. Con todo, esta relación entre incapacidad y jubilación introducida por la reforma de 1997 se rompe, al menos parcialmente, como consecuencia de lo dispuesto en el RD-L. 16/01, 27 dic, 31 dic. y en la Ley 35/02, al modificar ambas el art. 138 LGSS ¹³. Uno de los principales motivos de crítica de la reforma introducida por la Ley 24/97 en esta materia fue el tratamiento homogéneo que se hacía para la incapacidad permanente independientemente de que su origen fuera una contingencia común o un riesgo profesional. Llegó a defenderse, con sólidos argumentos, que, tanto la prohibición de acceder a una pensión de incapacidad o a lograr su revisión como la conversión de la misma en pensión de jubilación, sólo podía predicarse de la incapacidad derivada de contingencias comunes pero no así de la que provenía de contingencias profesionales ¹⁴. Considerando esta tesis, tanto el RD-L. 16/01 como, posteriormente, la Ley 35/02, permiten que los trabajadores inválidos como consecuencia de

un riesgo profesional puedan acceder a la pensión de incapacidad permanente aunque tengan más de 65 años y reúnan los requisitos exigidos para causar derecho a la pensión de jubilación. De hecho, el art. 138.1 LGSS hace referencia desde entonces y únicamente a la imposibilidad de obtener una incapacidad permanente “derivada de contingencias comunes” a quienes tengan 65 años y puedan ser pensionistas de jubilación. Esta regulación, favorecedora de una permanencia en activo más allá de los 65 años de edad, responde al interés por potenciar el envejecimiento activo. Comoquiera que se trata de la protección de riesgos profesionales, no será necesario período de carencia alguno si bien, una vez calculada la pensión de incapacidad permanente, ésta pasará a denominarse pensión de jubilación, manteniendo el régimen jurídico de aquélla. Bien es cierto que si el trabajador tuviera derecho ya a una pensión de jubilación y ahora a esta otra de incapacidad permanente, deberá elegir entre una y otra, manteniendo, en caso de optar por esta última, su proceso de conversión en posterior jubilación. Como también lo es que, según expone la S.TS 3 feb.05, Ar. 2964, no cabe admitir en tales casos la revisión por agravación de la pensión de incapacidad permanente puesto que ya no es pensionista por enfermedad profesional en el régimen de la minería sino pensionista de jubilación (FJ 3).

Y si bien no cabe aludir a una ruptura sí puede apreciarse una cierta relativización de la tesis general sobre esta materia cuando el art. 18 RD 1131/02, con el objeto de impedir que el trabajo a tiempo parcial suponga una rémora en el acceso a las prestaciones del jubilado parcialmente, prevé que si el trabajador fallece o se le declara una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, se tendrán en cuenta las bases de cotización del tiempo parcial trabajado incrementadas hasta el 100% de la cuantía que le hubiera correspondido durante dicho período a tiempo completo. Por otra parte, computarán también como cotizaciones, con un régimen específico, las del período de tiempo que medie entre la jubilación parcial y la ordinaria, incrementadas hasta el 100% de la cuantía que le hubiera correspondido de haber trabajado durante dicho período a tiempo completo. Por su parte,

¹¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Jurisprudencia social. Unificación de doctrina 1996*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 286.

¹² BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Imposibilidad de causar derecho a percibir pensión de invalidez permanente por quien ya es pensionista de jubilación”, *La Ley*, 1993, t.II, pág. 189.

¹³ MARTÍNEZ BARROSO, M^a R., “Recuperación legal de la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales tras el cumplimiento de la edad de jubilación: arts. 8 y 9 de la Ley 35/02, 12 jul. y RD 1132/02, 31 oct.”, *RL*, t.I, 2004, pp. 431-450.

¹⁴ DESDENTADO BONETE, A., “La protección de la incapacidad permanente en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social”, *RMTAS*, núm.4, 1997, pp.61-80.

¹⁵ Vid CAVAS MARTÍNEZ, F., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial: ámbito subjetivo y situaciones afectadas”, *Aranzadi Social*, núm.2, 2003, pp. 9-34.

pensionista, aquí ya pensionista de jubilación ²⁰. Sin embargo, el art. 7.2 RD 1647/97, 31 oct., BOE 13 nov., por el que se desarrolla la Ley 24/97 parece contradecir esta tesis cuando afirma rotundamente que la nueva denominación no deberá alterar ya no la prestación sino “el régimen jurídico” de las prestaciones que puedan derivarse de la contingencia que provoca la incapacidad ²¹.

2. La reforma de 2007: la permanencia de algunas dudas aplicativas en la interrelación entre incapacidad permanente y jubilación

2.1. Las previsiones reformadoras en materia de incapacidad permanente y de jubilación

1. El Acuerdo firmado por el Gobierno, los sindicatos UGT y CCOO y la patronal representada por CEOE y CEPYME el 13 de julio de 2006 -en tramitación parlamentaria en la actualidad- no contempla una medida expresamente dedicada a la relación entre incapacidad permanente y jubilación. Sin embargo, algunos de los aspectos abordados en dicho Acuerdo repercutirán necesariamente en dicha interrelación.

Por lo que se refiere a la incapacidad permanente, el Acuerdo prevé que la misma se defina en función de la base reguladora y del período de cotización, considerándose a estos efectos cotizados los años que le resten al interesado desde el hecho causante hasta la fecha de jubilación ordinaria, esto es, hasta los 65 años. La pretensión es que se tengan en cuenta todos los años de cotización para evitar que con carreras cortas de cotización se genere una prestación igual a la de una carrera larga. Puesto que en la actualidad tan sólo se consideran los ocho últimos años cotizados, la cuantía puede verse reducida si, al considerar toda la carrera de seguro del trabajador, los años que se computan para obtener la pensión se alejan de los últimos años cotizados. De ser así, y si tales previsiones se mantienen para la incapacidad permanente y no así para la jubilación, la diferencia cuantitativa actual entre una y

otra tenderá a reducirse por lo que no habrá tanta diferencia entre acceder a la incapacidad o a la jubilación tras cumplir los 65 años de edad.

Se pretende asimismo una reducción del complemento de gran invalidez pues si bien antes consistía en el 50% de la cuantía de la pensión de cada trabajador, ahora se prevé que sea el resultado de sumar al 50% de la base mínima de cotización, el 25% de la base de cotización del trabajador. El complemento de gran invalidez queda así desvinculado de la cuantía de la pensión y se reduce considerablemente si se compara con la percepción actual.

2. En cuanto a la jubilación, la reforma resulta de mayor alcance. En primer lugar, al incrementar el período mínimo de cotización, exigiendo quince años efectivos de cotización para acceder a la pensión de jubilación, lo que hará más difícil el cumplimiento de todos los requisitos para acceder a la misma y, por ende, más fácil el mantenimiento o la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente a quienes cumplan la edad ordinaria de jubilación.

En segundo término, la jubilación anticipada no podrá tener lugar antes de los 61 años. Al margen de otras importantes reflexiones sobre esta materia, la repercusión que la misma tiene para la relación entre incapacidad-jubilación es nula salvo que se modifique la premisa del legislador por la que dicha relación gira en torno a la edad ordinaria de 65 años, sin posibilidad de aplicar coeficiente reductor alguno. Conclusión

extensible a los supuestos de reducción de edad de jubilación para los que el Acuerdo prevé un máximo de reducción de 12 años en el caso de trabajos penosos, peligrosos o tóxicos.

Por lo que se refiere a la jubilación parcial, y en tercer término, la edad de acceso a la misma se cifra en 61 años

EN CUANTO A LA
JUBILACIÓN, LA REFORMA
RESULTA DE MAYOR
ALCANCE, AL INCREMENTAR
EL PERÍODO MÍNIMO DE
COTIZACIÓN, EXIGIENDO
QUINCE AÑOS EFECTIVOS
PARA ACCEDER A LA
PENSIÓN

²⁰ MARTÍN VALVERDE, A., “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social”...*op.cit.*, pág. 57.

²¹ Vid. por todos LÓPEZ-TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C., *El trabajo del inválido permanente absoluto: compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Madrid, Civitas, 1991 y LÓPEZ MOSTEIRO, R., “Compatibilidad entre gran invalidez e incapacidad permanente absoluta y trabajo en las prestaciones contributivas”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm.10, 2006, pp. 675-684.

reales, 30 años de cotización y 6 años de antigüedad en la empresa, homogeneizando los requisitos de la jubilación parcial con los de la jubilación anticipada.

Por último, la reforma, siguiendo la tendencia comunitaria sobre el envejecimiento activo, incentiva la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación. Se prevé el incremento del 2% de la pensión por cada año cotizado después de los 65 años, aumentando el mismo a 3% para los trabajadores con carreras de cotización de 40 años. En el caso de alcanzar la pensión máxima se reconocerá el derecho a percibir anualmente una cantidad a tanto alzado, cuyo importe se determinará en función de los años cotizados.

2.2. La tímida incidencia de la reforma en los problemas aplicativos existentes en la interrelación incapacidad permanente-jubilación

1. En la reforma que prevé el Gobierno en materia de pensiones para 2007 con base en el Acuerdo social antes reseñado, algunos problemas derivados de la interrelación entre incapacidad permanente y jubilación se mantienen y otros pueden llegar incluso a incrementarse.

Se mantiene la desigualdad que se produce entre quienes, habiendo obtenido una pensión de incapacidad estando en activo ven reconvertida su pensión en una de jubilación pero conservan el régimen de la pensión de incapacidad y quienes, manteniéndose en activo más allá de los 65 años de edad, aun cuando se accidenten o enfermen (salvo que se trate de contingencias profesionales), nunca podrán acceder a una pensión de incapacidad permanente sino que pasarán directamente a obtener una pensión de jubilación con el régimen de esta última. El que la legislación actual permita esta desigualdad desincentiva la pretendida política de la UE sobre prolongación de la vida activa ²². En tales casos, y aun cuando la denominación pudiera ser la de jubilación, el régimen jurídico aplicable debería ser el de la incapacidad permanente toda vez que el trabajador permanece en activo al igual que el resto de los trabajadores siendo la edad aquí un rasgo de entidad menor para generar

EL RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE CON OTRAS PRESTACIONES O CON LA ACTIVIDAD LABORAL SE HA IDO INCREMENTANDO PAULATINAMENTE

tal distinción. Cosa distinta es que quien se encuentra jubilado –y ya siendo pasivo– contraiga una enfermedad o se accidente pues, de ser así, la incapacidad se deriva de una contingencia o riesgo distinto al que se origina estando en activo el trabajador.

Perdura un mejor tratamiento, incluida la perspectiva fiscal,

de la incapacidad permanente sobre la jubilación, si bien se acortan distancias con las modificaciones introducidas en el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente y, por ende, en su cuantía. Sin embargo, el régimen de compatibilidades resulta más beneficioso a priori en la jubilación que en la incapacidad permanente toda vez que aquella prima cualquier modo de permanencia del trabajador en activo mientras que esta última conlleva una nula actividad del trabajador ²³. Y no se despejan tampoco, en este sentido, algunas contradicciones existentes. En efecto. Si la pensión de incapacidad (transformada automáticamente en jubilación) le permitiera al pensionista seguir realizando trabajos lucrativos susceptibles de cotización a la Seguridad Social y como consecuencia de los mismos le correspondiera una pensión de jubilación, esta última deberá acumularse la anterior. Pero el régimen jurídico general aquí queda sustancialmente alterado pues, de tratarse realmente de una pensión de incapacidad permanente, el beneficiario debería optar entre la incapacidad o la jubilación (art. 122.1 LGSS) mientras que, una vez transformada automáticamente en pensión de jubilación, cabe la acumulación, salvo que se resuelva lo contrario. Todo ello salvadas aquellas excepciones en que la incompatibilidad de pensiones pasa a ser tratada como un supuesto de concurrencia. La incompatibilidad supone la prohibición legal de una percepción simultánea entre dos o más pensiones; por el contrario, la concurrencia implica, a partir de una permisividad legal de ambas, el límite a

²² LÓPEZ CUMBRE, L., "Aumento de la tasa de población activa y fomento de la prolongación de la vida activa. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, RMTAS, núm.37, 2002, pp. 231-265 y "Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo. Comentario a la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004, RMTAS, núm. 52. 2004, pp. 189-210.

²³ RON LATAS, R.P., *La incompatibilidad de las pensiones en el sistema español de la Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2000 y LÓPEZ GANDÍA, J., "Compatibilidades e incompatibilidades de la pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social", en AAVV, *Tratado de jubilación...op.cit.*, pp. 407-431.

la cuantía de la percepción total ²⁴. Ocurre en el caso de la incapacidad permanente total del Régimen Especial de la minería del carbón en el que el beneficiario de una pensión de jubilación puede solicitar la incapacidad permanente ²⁵.

Con todo, cabe anotar que el régimen de compatibilidad de la incapacidad permanente con otras prestaciones o con la actividad laboral se ha ido incrementando paulatinamente. No otra lectura pueden tener algunas reformas llevadas a cabo a lo largo del año 2005 como la de la Ley 8/05, 6 jun., BOE 7 jun., que permite la compatibilidad de la invalidez no contributiva con el trabajo remunerado o la de la Ley 4/05, 22 abr., BOE 23, que establece los efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las CCAA. Y cabe apuntar asimismo algunas decisiones judiciales de interés que consideran inaplicables las reglas de incompatibilidad cuando en la obtención de una determinada pensión (por ejemplo, aquella que proviene de riesgos profesionales), no se tiene en cuenta cotización alguna. Así, la S.TS 10 may.06, Ar. 7889 trata de determinar la incidencia que en la regla general de incompatibilidad de las pensiones posee la circunstancia de que en una de ellas, la que se reconoce a cargo de la Seguridad Social, no se precise cotización alguna como elemento constitutivo, como ocurre con las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales ex art. 124 LGSS. En su opinión, *“la misma naturaleza contributiva determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente pero al propio tiempo se establece que las mismas puedan ser aprovechadas para el caso de pluriactividad... En todo momento se configura un paisaje prescricional vinculado a la presencia de cotización con independencia de su origen, siendo lo relevante su uso con el matiz temporal de su carácter sucesivo a la hora de construir una carrera de seguro, de suerte que de una sola no surja un haz de prestaciones coincidentes en el objeto de cobertura. Pero es necesario, para que la objeción actúe que sea la carrera de seguro la relevante en el reconocimiento de la prestación por sí o en unión de otros requisitos. Nada de esto sucede en casos como el que nos ocupa, en el que la historia de aseguramiento con que cuenta el interesado carece de toda influencia en la prestación que se reconoce”* (FJ 2).

Persiste, asimismo, la “penalización” para quien no cumple los requisitos y no puede acceder a la pensión de jubilación, pese a tener la edad cumplida, y, sin embargo, tiene derecho a la incapacidad permanente. En tal caso, la regulación seguirá reconociendo, de acuerdo con el art. 11 RD 1132/02, que la cuantía de la pensión sea equivalente al resultado de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponde al período mínimo de cotización establecido en cada momento para el acceso a la pensión de jubilación. Y si bien es cierto que esta regulación persigue un objetivo básico como es el de no establecer ventajas económicas entre quienes cumplen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación y quienes no los cumplen, no resulta del todo justificable si se tiene en cuenta que, por el contrario, quienes sí cumplen los requisitos para acceder a la incapacidad permanente antes de llegar a los 65 años de edad van a poder seguir conservando las ventajas de dicha pensión, aun cuando la misma se reconvierta nominativamente.

Se mantiene, en fin, el diferente trato fiscal entre incapacidad permanente (exenta) y jubilación (gravada). De ser así, y aceptando con coherencia el matiz del legislador, en caso de alteración únicamente nominativa de la pensión las consecuencias fiscales deberían ser las previstas para la pensión de incapacidad (exención) y no las consideradas para la pensión de jubilación (gravamen) ²⁶. Solución que, de seguir la legislación en los términos actuales, deberá plantearse tan sólo para el supuesto de conversión automática de la pensión de incapacidad a la de jubilación con el régimen de la anterior, no así a los supuestos en que, por cumplir la edad de jubilación, no procede ab initio la pensión de incapacidad.

2. Algunos aspectos no dejan de ser, para concluir con estas notas, cuestionables. Así, y siguiendo la tesis de la permanencia en activo recogida por la DA 26ª LGSS, de seguir en activo, el trabajador no debería cotizar por la contingencia de incapacidad permanente si, como se deduce de lo expuesto hasta ahora y de las previsiones de la reforma, no va a poder obtener dicha prestación más allá de los 65 años de edad salvo que se derive de riesgos profesionales. Objeción que abarca tanto el supuesto de un trabajador potencialmente jubilable como el de un trabajador ya jubilado cuya pensión ha sido suspendida para realizar una actividad.

²⁴ GETE CASTRILLO, P., *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 1997.

²⁵ BARRIOS BAUDOR, G.L., *“Limitaciones en el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente respecto de quienes son o pueden llegar a ser pensionistas de jubilación”...op.cit., pág. 797.*

²⁶ GÁRATE CASTRO, J., *“Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e incapacidad permanente”*, *Tribuna Social*, núm.78, 1997, pág. 19.

De idéntica forma, la aplicación de las normas examinadas no puede ser homogénea en todos los supuestos en los que el trabajador no ha cumplido 65 años de edad. Aun cuando el art. 10.1 RD 1132/02 señale que para la determinación de dicha edad “no se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan”, los supuestos que se enmarcan en esta excepción son bien distintos. Como ha venido exponiéndose desde hace tiempo ²⁷, la anticipación de la edad de jubilación permite diferenciar, al menos, dos colectivos. El primero reúne a quienes acceden a la jubilación a una edad inferior a la ordinaria de 65 años, operando aquella como edad ordinaria. Este colectivo tiene como rasgos definidores la generalización de la medida, la inalterabilidad de la cuantía y la ficción en la cotización [colectivos con coeficientes reductores sobre la edad ordinaria, colectivos con una edad fija de jubilación inferior a la ordinaria, jubilación flexible, gradual, parcial, especial, etc]. El segundo representa a aquellos trabajadores que tienen derecho a una jubilación anticipada, esto es, a quienes, además de poder acceder a la jubilación a una edad ordinaria pueden hacerlo a otra edad más reducida, rigiendo ambas para el trabajador o colectivo de trabajadores. En este último caso, será el trabajador quien decida optar entre jubilarse a una edad ordinaria o a una edad anticipada. De elegir esta última opción se le aplicarán coeficientes reductores no ya sobre la edad sino sobre la cuantía de la pensión. Pues bien, en cuanto a la relación entre incapacidad

SE MANTIENE
EL DIFERENTE TRATO FISCAL
ENTRE INCAPACIDAD
PERMANENTE (EXENTA)
Y JUBILACIÓN
(GRAVADA)

permanente y jubilación que nos ocupa, su aplicación debería extenderse –en idénticos términos a como se efectúa para quienes cumplen 65 años–, al primer colectivo descrito, esto es, a quienes disfrutan –como edad ordinaria– de una edad reducida. En definitiva, para estos trabajadores lo único que

se produce es una “sustitución” del elemento edad, que opera igual que la de 65 años. Algo que no se puede afirmar en referencia al segundo colectivo, caracterizado por una pluralidad de supuestos que impide la aplicación de regla general alguna.

Una crítica que no cabe extender a los supuestos de jubilación parcial, flexible, especial o retrasada que desde la reforma introducida por la Ley 35/02 tienen un régimen jurídico propio y respecto de los cuales el legislador –y también, como ha podido comprobarse, la jurisprudencia– ha establecido con claridad que no cabe aplicar a estos supuestos ni la regla de la conversión ni las normas de inaccesibilidad a la pensión de incapacidad permanente ●

²⁷ LÓPEZ CUMBRE, L., “Anticipación de la edad de jubilación. El confuso tratamiento jurídico de las jubilaciones anticipadas”, en AAVV, *La reforma de la pensión de jubilación (I y II)*, Tribuna Social, núm.94, 1998, pp. 16-35 y, más recientemente, “La jubilación. Entre el derecho y la obligación”, en AAVV, *Tratado de jubilación...op.cit.*, pp. 39-106.