

**CLÍNICA LEGAL**

**¿ES POSIBLE COMPATIBILIZAR**

**LA PRESTACIÓN POR**

**INCAPACIDAD LABORAL ABSOLUTA**

**CON UN TRABAJO REMUNERADO?**

U A H

**Eduardo López Ahumada**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social

Universidad de Alcalá

**Miguel Angel Ramiro Avilés**

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

Director de la Cátedra ‘Discapacidad,

Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos’

Universidad de Alcalá

**Paulina Ramírez Carvajal**

Investigadora de la Cátedra ‘Discapacidad,

Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos’

Universidad de Alcalá

**Elsa Calvo Rebollo**

Estudiante del Master de Acceso a la Abogacía

Universidad de Alcalá

**INTRODUCCIÓN**

En este informe preparado por la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, por solicitud de la Coordinadora Estatal de VIH y Sida, CESIDA, y la Coordinadora Trabajando en Positivo, va a analizarse de qué forma está regulado el percibo de una prestación por incapacidad permanente total o absoluta y el desarrollo de un trabajo remunerado, y cómo afecta dicha regulación a las personas con el VIH. Este estudio se ha llevado a cabo mediante el análisis de las normas jurídicas vigentes y de la jurisprudencia, en especial del Tribunal Supremo, y ha tomado como base algunas de las consultas enviadas a la Clínica Legal por personas no solo con el VIH sino también con otras enfermedades crónicas.

Podemos adelantar que aunque esta compatibilidad está contemplada en la legislación sobre Seguridad Social. Concretamente, la referencia a los supuestos de compatibilidad entre la incapacidad laboral y el trabajo se prevé en el art. 198 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Con todo, dicho supuesto reconocido legalmente no encuentra un reconocimiento judicial claro ya que los tribunales han tendido a rechazar esta situación. Esto, como veremos, puede afectar al principio de igualdad de oportunidades y de acceso universal a la protección social ya que aquellas personas con el VIH que han venido percibiendo una prestación por incapacidad laboral permanente, sea total o sea absoluta, pueden ver, por una parte, mermadas sus expectativas de desarrollarse profesionalmente y limitadas sus oportunidades a la hora de acceder al mercado laboral, y, por otra, se arriesgan a perder la prestación por incapacidad laboral por el hecho de desarrollar un puesto de trabajo que, evidentemente, es compatible con el percibo de tal prestación. Estas situaciones son cada vez más factibles, toda vez que las nuevas formas de trabajo flexible, acrecentadas por el uso de las tecnológicas de la información y la comunicación, permiten el desarrollo de la actividad laboral sin que ello afecte al grado de incapacidad laboral previamente reconocido. Esta situación de desprotección social puede agravarse cuando estas personas pierden su trabajo y no les es reconocida, nuevamente, la prestación por incapacidad laboral que habían venido percibiendo con anterioridad.

Es importante señalar que aunque este informe tomará como ejemplo la situación de las personas con el VIH, el análisis recogido es perfectamente aplicable a cualquier otra persona con una enfermedad crónica en la misma situación. Como veremos a continuación, el hecho de que el legislador haya incluido esta previsión de compatibilidad entre prestación y salario ha sido interpretado de forma muy estricta por buena parte de la doctrina judicial. Un claro ejemplo de esto es el caso que ha dado origen al análisis de la cuestión que se aborda, cuyo litigio contra la Administración se ha dilatado hasta nuestros días.

Es el caso de una persona que ejercía su puesto de trabajo como gobernanta de hotel. Debido a una serie de dolencias el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el año 2001, determina que es beneficiaria de una pensión por incapacidad permanente absoluta, con origen en una enfermedad común. Sin embargo, con el correr de los años, esta persona empieza a desarrollar otras habilidades que posibilitaron que, en un momento dado, pudiera desempeñar el puesto de trabajo de profesora de universidad en la modalidad a distancia. El desarrollo de esta actividad, en principio compatible con el percibo de la pensión por incapacidad laboral, originó una serie de acciones por parte del INSS, cuyo único fin era modificar la situación de compatibilidad pensión/trabajo que venía disfrutando. Después de que la Administración instara la revisión de su grado de incapacidad laboral modificándolo de incapacidad permanente absoluta a incapacidad permanente total, y después de que la persona afectada llevara su caso ante la justicia, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el año 2015 (Nº1603/2015, de 17 de julio de 2015), le da la razón al entender que las dolencias que tenía la demandante continúan siendo las mismas que determinaron el reconocimiento como beneficiaria de una pensión por incapacidad permanente absoluta. De hecho, concluye que no existe mejoría alguna que justifique la revisión realizada por el INSS, revisión que tiene como única causa la realización de una actividad laboral, que es de claro contenido intelectual y que resulta compatible con su actual estado de salud. Con todo, lo más importante es que en este caso no se produjo ningún cambio en las circunstancias personales, que justificara la revisión del grado de incapacidad laboral, degradando su situación a la incapacidad permanente total.

Esto es así porque para que el INSS pueda revisar el grado de incapacidad por mejoría del estado de salud del beneficiario, es preciso comparar la situación patológica que determinó la declaración de la incapacidad con la existente en la fecha en que se lleve a cabo la revisión (STS de 22 de diciembre de 2009); con el objetivo de poder constatar si ha variado el cuadro de dolencias y que tal variación tiene trascendencia cualitativa en la capacidad de trabajo del incapacitado que le permite, bien volver a desarrollar su profesión habitual, bien su inscripción en un grado invalidante inferior al que anteriormente tuviera reconocido, de tal forma que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas, el INSS no estaría habilitado para modificar la calificación de incapacidad en su día efectuada.

Esta conclusión la mantiene la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, ocasión en la cual se discute este caso en sede judicial debido a la revisión de oficio instada por el INSS con anterioridad, pues entiende que la misma no se ajusta a Derecho. En efecto, en este supuesto, el Tribunal concluye que no concurren los requisitos que justifiquen la revisión del grado de incapacidad de la demandante pues el cuadro patológico inicial (cirrosis hepática, infección VIH C3, síndrome lipodistrófico, osteopenia, episodios de algias en miembros inferiores, dolores gástricos) no ha variado respecto a la situación invalidante inicial.

No obstante, esta historia no termina aquí pues el INSS, en junio de 2016, volvió a revisar el grado de incapacidad y, nuevamente, dictó resolución administrativa que la declaró en situación de incapacidad permanente en grado de total por mejoría. Contra esta resolución la afectada presentó reclamación previa a la vía jurisdiccional laboral, que fue desestimada en agosto de 2016. Esta situación la obligó a llevar su caso a los tribunales por segunda vez. Sin embargo, la sentencia, nuevamente favorable a sus intereses y contraria al criterio de la Administración, vuelve a estimar la compatibilidad entre la pensión por incapacidad permanente absoluta y el trabajo remunerado. Esta Sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Benidorm, de 7 de abril de 2017 (Nº 211/17), vuelve a reiterar que el diagnóstico médico de síntesis de fecha 9 de mayo de 2012 (fecha en la que el INSS insta la primera revisión del grado), es coincidente con el diagnóstico del informe médico de fecha 10 de mayo de 2016. En este último informe médico se recogen expresamente los datos de la incapacidad permanente y los relativos a la situación actual, y tanto el diagnóstico principal, como el diagnóstico y las limitaciones orgánicas y funcionales son sustancialmente coincidentes.

De momento, este asunto se ha resuelto en favor de la persona afectada por la incapacidad permanente. No obstante, si la Administración ha intentado modificar el grado de incapacidad en dos ocasiones, la persona interesada no descarta que vuelva a ocurrir. Este es solo un ejemplo de la inseguridad con la que se encuentran personas que, teniendo reconocido un grado de incapacidad laboral en grado total o absoluto, temen consumar sus expectativas de desarrollar un empleo, incluso cuando no debería perderse de vista que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad laboral en tanto que así lo reconoce el art. 35 CE y la legislación en materia de Seguridad Social. Sin embargo, es una preocupación constante para las personas con incapacidades laborales permanentes reconocidas, como hemos podido comprobar en varias de las consultas recibidas en la Clínica Legal durante los últimos años.

En los siguientes apartados vamos a hacer una breve introducción sobre el concepto de incapacidad laboral y sobre la distinción entre esta incapacidad y la discapacidad. A continuación expondremos cómo se regula en el Derecho español la compatibilidad de la prestación por incapacidad permanente en grado total o absoluta y, asimismo, mostraremos las líneas jurisprudenciales de nuestros tribunales a la hora de aplicar aceptar o rechazar esta compatibilidad. El tercer apartado se dedicará a analizar la posible discriminación en la reinserción social y laboral de las personas con el VIH en esta situación. Por último, terminaremos con una serie de propuestas de reforma legislativa que ayuden a solventar la desprotección laboral y social que en ocasiones se produce cuando no se acepta esta compatibilidad.

**1. LA INCAPACIDAD LABORAL**

**1.1. ¿Qué es la incapacidad laboral?**

Se entiende por incapacidad laboral la imposibilidad que enfrenta una trabajadora o un trabajador para llevar con normalidad las tareas esenciales o accesorias de su profesión u oficio, debido a un accidente de trabajo o una enfermedad. Las incapacidades se pueden manifestar de manera permanente o temporal.

Uno de los grandes beneficios que tradicionalmente han recibido los trabajadores y las trabajadoras a través de la acción protectora de la Seguridad Social ha sido poder acceder a la prestación por incapacidad laboral, ya que para quienes se encuentran imposibilitados para trabajar es una manera de garantizar la subsistencia personal y familiar. Se trata de una protección especial, ya asentada en nuestra legislación, que ya se reconocía durante el período preconstitucional y que ya en ese momento se preveía la posible compatibilidad entre la incapacidad laboral y el trabajo. Con todo, y con el paso del tiempo, se ha producido una expansión en su reconocimiento y una mejora adicional del contenido de tutela durante la etapa de desarrollo de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Durante este informe, nos centraremos en la incapacidad permanente total (aquella que inhabilita al trabajador o a la trabajadora para las tareas esenciales de su profesión habitual, pero no para las de otra distinta), y en la incapacidad permanente absoluta (aquella que inhabilita por completo a la trabajadora o al trabajador para toda profesión u oficio).

La calificación de incapacidad permanente en sus distintos grados ha de realizarse en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, y de la incidencia de dicha reducción en el desarrollo de la profesión ejercida por la persona interesada en el momento del hecho causante o del grupo profesional al que se adscribe dicha profesión. No hay, sin embargo, una definición legal precisa de cada uno de esos grados, aunque sí abundantes pautas jurisprudenciales. En este sentido, es preciso tener en cuenta que el carácter individualizado de la valoración de la invalidez permanente impide generalizar las decisiones a través de criterios genéricos.

La valoración de la incapacidad permanente total se realiza teniendo en cuenta la profesión habitual o el grupo profesional del trabajador o de la trabajadora. Corresponde dicho grado cuando la reducción en su capacidad inhabilita a la trabajadora o al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. En este sentido, debe producirse una pérdida de la capacidad laboral de tal magnitud que imposibilite la realización de las tareas esenciales o fundamentales de la profesión habitual, a diferencia del grado total, en el que las lesiones no afectan a la realización de las tareas básicas o esenciales de la profesión. El factor esencial es que la persona vea afectada su capacidad para llevar a cabo las tareas esenciales, bien por imposibilidad total, o bien porque se vea sometida a una situación de sufrimiento continuo a causa del dolor en su trabajo cotidiano, o porque la realización del mismo implique riesgos adicionales o superpuestos a los normales del oficio [STS 23-7-1986 (RJ 1986, 4289)  y  STS 3-7-1987 (RJ 1987, 5076)].

En el caso de la incapacidad permanente total, el trabajador o la trabajadora debe mantener una capacidad laboral real para dedicarse a otras profesiones distintas de la habitual. Ciertamente, este grado de incapacidad se define por la capacidad laboral restante. Es decir, se tienen en cuenta la posibilidad de seguir generando rentas salariales por otra profesión diferente a la habitual. Expresamente se declara la compatibilidad de la pensión correspondiente a este grado de incapacidad con el salario que pueda percibir la trabajadora o el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total (art. 198.1 LGSS). Por tanto, la calificación de incapacidad permanente total ha de tener en cuenta la merma de rendimiento del interesado, atendiendo al conjunto de actividades que integran su profesión habitual y no sólo a las que corresponden a la eventual situación de segunda actividad [STS 3-5-2012 (RJ 2012, 8955) y 22-5-2012 (RJ 2012, 6687)]. En algunos casos, la concurrencia de determinados factores puede influir en la cuantía de la prestación económica. Concretamente, los trabajadores o las trabajadoras que con 55 o más años se encuentren en circunstancias de especial dificultad para su recolocación. Dichos trabajadores o trabajadoras pueden ver incrementada su pensión, mediante lo que se conoce como incapacidad permanente total cualificada , que no constituye propiamente un grado diferente, pero conlleva esa mejora (art.196.2 LGSS).

Por su parte, la incapacidad permanente absoluta implica que la trabajadora o el trabajador se encuentra inhabilitado para todo tipo de trabajo, y no sólo para las tareas que realizaba con habitualidad o que correspondían a su clasificación profesional (art. 198.2  LGSS). Se califica 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 [STS 14-4-1986 (RJ 1986, 1931) y STS 21-1-1988 (RJ 1988, 33)].

Con todo, es posible compatibilizar la pensión correspondiente con el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido o la inválida y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Se trata de compatibilidad especial, que ha venido entendiéndose jurisprudencialmente de manera estrictamente limitada, pero que el paso del tiempo ha venido detectando nuevas situaciones en las que la compatibilidad entre protección por incapacidad y trabajo son más factibles.

Esta situación se restringe aún más a partir de la edad de jubilación, dado que desde ese momento la pensión se declara expresamente incompatible con trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena que determinen la inclusión del pensionista o la pensionista en algunos de los regímenes de Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva (art. 193.3 LGSS).El acceso a este beneficio del que venimos hablando, en el caso de la incapacidad permanente total, requiere cumplir con una serie de requisitos, establecidos en el artículo 195 de la Ley General de la Seguridad Social:

a) Estar afiliado, en alta en la Seguridad Social o situación asimilada al alta, y, si la incapacidad permanente está motivada por enfermedad común, tener cotizados un tiempo mínimo a la Seguridad Social.

b) Este tiempo mínimo al que la Ley se refiere, varía en función de la edad del sujeto causante, de forma que, si este tiene menos de treinta y un años de edad, tendrá que tener cotizada la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión. Si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. Además, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

c) La prestación económica por incapacidad permanente total consiste en una pensión vitalicia mensual, cuya cuantía es igual al 55 por 100 de la base reguladora, que puede ser sustituida excepcionalmente por una indemnización a tanto alzado, cuando la persona beneficiaria sea menor de 60 años.

d) En cuanto a la incapacidad permanente absoluta, los requisitos serían los mismos que para la anterior. Sin embargo, aquí se contempla el caso en el que la trabajadora o el trabajador no está en alta ni situación asimilada a la de alta, cuyos requisitos serían: cuando la incapacidad permanente derive de enfermedad común o accidente no laboral, tener cotizados quince años, de los cuales, al menos, la quinta parte debe estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante. La prestación consiste en una pensión cuya cuantía es igual al 100 por 100 de la base reguladora, exenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

**1.2. Distinción con la discapacidad**

Si hay dos términos que muchas veces se mezclan y pueden inducir a error por su similitud fonética, éstos son los conceptos de incapacidad y discapacidad. Por este motivo, brevemente, es oportuno mencionar las diferencias entre la discapacidad y la incapacidad laboral dado que son conceptos que pueden tender a confundirse.

Así, mientras que la discapacidad se da en la persona que presenta una deficiencia en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales previsiblemente definitivas, la incapacidad trata sobre la aptitud laboral del trabajador o de la trabajadora, de forma que una persona incapacitada podría no tener ninguna discapacidad, y viceversa, una persona con discapacidad no tendría por qué tener una incapacidad, ya que el tener dicha condición puede no influir en sus aptitudes laborales. La incapacidad tiene, por tanto, un carácter profesional, pues más que fijarse en las lesiones de la trabajadora o del trabajador, lo que prima son las secuelas que las enfermedades o accidentes dejan al mismo e inciden en su capacidad para realizar su trabajo habitual.

**2. INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL E INCAPACIDAD ABSOLUTA Y COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO**

Como ya se ha señalado, este informe trata de analizar la posible compatibilidad de una situación de incapacidad permanente total o de incapacidad absoluta con el desarrollo de un trabajo remunerado.

Avanzamos que, en la regulación de la Ley General de la Seguridad Social (art. 198 LGSS), sí se contempla la posibilidad de dicha compatibilidad, si bien es cierto que la jurisprudencia ha interpretado la Ley de diferentes formas, dándose dos corrientes contradictorias: la que defiende esta compatibilidad, y la que la reduce solo a los llamados “trabajos marginales”, que ahora explicaremos. Tradicionalmente, está ultima corriente restrictiva ha sido mayoritaria, pero recientemente se están produciendo importantes cambios interpretativos, como estamos apuntando en este informe, que permiten atisbar una relectura de los supuestos de compatibilidad entre incapacidad y trabajo según la naturaleza del trabajo a desarrollar y el estado de la persona beneficiaria de la prestación de la Seguridad Social.

Brevemente, cabe aclarar que, acorde a su definición legal, la incapacidad permanente total es aquella que inhabilita al trabajador o a la trabajadora para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, mientras que la incapacidad permanente absoluta es la que inhabilita por completo a la trabajadora o al trabajador para toda profesión u oficio.

**2.1. Regulación**

El artículo 198 (antiguo artículo 141) de la LGSS regula las compatibilidades en el percibo de prestaciones económicas por incapacidad permanente:

*“1. En caso de incapacidad permanente total, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total. De igual forma podrá determinarse la incompatibilidad entre la percepción del incremento previsto en el artículo 196.2, párrafo segundo, y la realización de trabajos, por cuenta propia o ajena, incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.*

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

*3. El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1.*”

Por otra parte, la Orden de 15 de abril de 1969, de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, establece en su artículo 24.3 y 24.4 el régimen de compatibilidades, del mismo modo que el Real Decreto Legislativo 8/2015:

“*3. La pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual prevista en el número 2 del artículo 15, será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta. Cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión; el contrato, en que así se convenga, deberá formalizarse por escrito y se presentará por triplicado ante la Delegación Provincial de Trabajo para su conocimiento y aprobación, con devolución a los interesados de dos ejemplares del contrato.*

*4. Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado de inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.*”.

Por tanto, la legislación parece dejar claro (a pesar de lo que, como veremos, pueda interpretar la jurisprudencia) que tanto la incapacidad total como la absoluta no son un impedimento para el desarrollo de una actividad laboral y la percepción del correspondiente salario. La Ley no realiza ninguna matización, no pone restricciones a esa compatibilidad. Como ahora veremos, han sido los Tribunales quienes, en múltiples ocasiones, han restringido este concepto de la compatibilidad.

Ciertamente, la referencia legal a la compatibilidad entre el trabajo y la protección por incapacidad es una declaración general, que deberá enjuiciarse de forma casuística. No cabe duda de que se trata de una situación limitada en función de las característica del caso concreto, pero ello no permite la exclusión general y automática ante cualquier tipo de caso. Es preciso, pues, evaluar las circunstancias de cada supuesto y ver si el estado de la persona afectada no ha variado y que el trabajo a desarrollar es compatible con la situación incapacitante.

**2.2. Alcance de la referencia legal a la compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad laboral previamente reconocida**

En relación al régimen de compatibilidades, conviene señalar que la compatibilidad o incompatibilidad de las prestaciones o pensiones por incapacidad permanente depende del grado de incapacidad de que se trate (art. 198 LGSS). En los casos en los que la incapacidad sea la enfermedad profesional no importa el grado. El art. 43   de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 permite compatibilizar la prestación con cualquier trabajo, siempre que se obtenga la pertinente y previa autorización de la entidad gestora.

La pensión vitalicia por incapacidad permanente total resulta compatible con el salario que pueda percibir la trabajadora o el trabajador, en la misma empresa o en otra distinta, pero siempre que las funciones desempeñadas por el incapacitado no coincidan con las que dieron lugar a la incapacidad (art. 198.1 LGSS). Finalmente, y como regla general, las pensiones vitalicias por incapacidad permanente absoluta y gran invalidez no impiden el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión (art. 198.2 LGSS), incluso si provocan el deber de alta y cotización en algún régimen de Seguridad Social.

En el caso de la incapacidad permanente total la capacidad laboral restante permite la posibilidad de seguir generando rentas salariales por otra profesión diferente a la habitual. Expresamente se declara la compatibilidad de la pensión correspondiente a este grado de incapacidad con el salario que pueda percibir la trabajadora o el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total (art. 198.1 LGSS). Esta regla de compatibilidad con otro trabajo en la misma empresa plantea a veces el problema de calificación de la situación del trabajador o la trabajadora con ocasión de los actos de revisión de la incapacidad permanente total previamente reconocida, especialmente en aquellos ámbitos en los que se establece un nivel de “segunda actividad” con menores exigencias profesionales.

Por su parte, la calificación de incapacidad permanente total ha de tener en cuenta la merma de rendimiento de la persona interesada atendiendo al conjunto de actividades que integran su profesión habitual y no sólo a las que corresponden a la eventual situación de “segunda actividad” (STS 3-5-2012 [RJ 2012, 8955] y 22-5-2012 [RJ 2012, 6687]). Ciertamente, es posible legalmente compatibilizar el percibo de la pensión correspondiente con “el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión” (art. 198.2 LGSS). Esta singular compatibilidad, que en buena lógica debe entenderse limitada, pero no puede entenderse excluida de forma general y acusada, sin dejar margen alguno en la práctica por un criterio jurisdiccional restrictivo, que viene incluso a contradecir los propios términos del art. 198 LGSS.

En este sentido, la jurisprudencia ha flexibilizado el concepto de incapacidad absoluta desde el punto de vista de las posibilidades de trabajo del inválido o la inválida. Ha calificado 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 (STS 14-4-1986 [RJ 1986, 1931]; STS 21-1-1988 [RJ 1988, 33]). Es calificable, asimismo, como de incapacidad permanente absoluta la situación del afectado cuando éste no pueda realizar la mayor parte de las profesiones u oficios, si el trabajador o trabajadora no puede soportar unos mínimos de dedicación, diligencia y atención, que son 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 puede conllevar la declaración de incapacidad permanente absoluta, ya que, como el Tribunal Supremo ha señalado, “la prestación de un trabajo, por liviano que sea, incluso sedentario, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él durante toda la jornada, estar en condiciones de consumar una tarea, siquiera sea leve, que ha de demandar un cierto grado de atención, una relación con otras personas y una moderada actividad física; sin que sea posible pensar que, en el amplio campo de las actividades laborales, existe alguna en la que no sean exigibles salvo que se den un verdadero espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario” (STS 3-2-1986  [RJ 1986, 698]).

Como en la incapacidad permanente absoluta, en la gran invalidez es legalmente posible compatibilizar el percibo de la pensión correspondiente con “el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativa, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión” ( art. 198.2 LGSS). Esta singular compatibilidad, que en buena lógica debe entenderse aún más limitada que en el caso anterior, también se acota legalmente a partir de la edad de jubilación, dado que desde ese momento la pensión se declara expresamente incompatible con trabajos por cuenta propia o por cuenta ajena que determinen la inclusión del pensionista en algunos de los regímenes de seguridad social, “en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva” (art. 198.3 LGSS). Con todo, es posible compatibilizar la pensión correspondiente con el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

**2.3. Jurisprudencia**

Adentrándonos en la línea jurisprudencial establecida por los Tribunales en España, encontramos dos posiciones opuestas, las cuales vamos a analizar separadamente.

2.3.1. *Jurisprudencia en contra de la compatibilidad*

En virtud de esta primera interpretación, cabría entender que los únicos trabajos que son "compatibles" resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de ordinaria contratación en el mercado de trabajo, como acaece con los trabajos de limitada jornada y retribución. En ese sentido, se argumenta que en una lectura sistemática de la normativa aplicable, las "*actividades compatibles con el estado del incapacitado" a que alude el artículo 141.2 de la LGSS* (actual artículo 198.2) *bien pudieran identificarse con las que refiere el artículo 7.6* (actual artículo 7.5) *de la LGSS [para excluirlas del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social] y que el precepto define como aquellas que "en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida*".

En esta línea jurisprudencial se ha afirmado que la actividad compatible a la que alude el antiguo artículo 141.2 de la LGSS no comprende "*el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea, pues a todos afecta tal grado de invalidez*" (Sentencias del TS 19 de diciembre de 1988 y 26 de diciembre de 1988), sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (STS 7 de julio de 1986, 19 de diciembre de 1988 y 26 de diciembre de 1988), pues "*no deben manifestar un cambio en su capacidad de trabajo, ya que, de producirse éste, operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes*" (STS 26 de enero de 1989). Por lo tanto, la disminución en la capacidad de trabajo debe seguir estando latente y no debe haberse producido modificaciones en su estado. No obstante, dicha situación puede permitir de forma paralela el desarrollo de determinadas actividades, que deberán ser compatibles con la situación de incapacidad laboral. En efecto, se trata de situaciones muy específicas, pero que ciertamente pueden producirse en la realidad, siendo, pues, criticable la negación automática de protección para este tipo de supuesto de hecho.

Esta conclusión, de que la actividad laboral compatible con las situaciones de incapacidad absoluta o gran invalidez, por necesidad, ha de ser de escasa significación, se dice que es una consecuencia de que la interpretación del antiguo artículo 141.2 de la LGSS ha de llevarse a cabo en función de los principios que inspiran la legislación de Seguridad Social, debiendo rechazarse una conclusión que contradice plenamente el sistema y el concepto de incapacidad absoluta. Así, en palabras de la STS 20 de diciembre de 1985, reiteradas por la de 13 de mayo de 1986, *"... el legislador se refiere única y exclusivamente a aquellos trabajos de tipo marginal e intrascendente, en el sentido de ser de mínima significación y relieve, porque otro entendimiento del precepto rompería de manera frontal con todo el sistema y con la doctrina de la Sala que 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 en la interpretación del precepto citado, el resultado sería, de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo*". En este sentido, vemos cómo este criterio supone una interpretación sumamente restrictiva para las personas con incapacidad, que impide su desarrollo personal mediante el trabajo y el acceso al mismo en condiciones de igualdad.

2.3.2. *Jurisprudencia a favor de la compatibilidad*

Esta línea jurisprudencial es más respetuosa con el tenor literal del art. 198 LGSS y se abre camino debido a los avances en el ámbito científico y por la aplicación de nuevas fórmulas de trabajo flexible. Dicho criterio interpretativo de los tribunales permite llegar a una conclusión opuesta, admitiendo la compatibilidad de esas prestaciones con el trabajo ordinario y a jornada completa (aunque también debería tenerse en consideración la naturaleza del trabajo), ya que el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (Sentencias del TS de 6 de octubre de 1997, 3 de noviembre de 1997, 23 de noviembre de 1987, 26 de enero de 1989, 20 de febrero de 1989, de 30 de enero de 2008).

Esta línea seguida por el Tribunal Supremo ya aparece en la STS 2 de marzo de 1979 cuando se mantiene que "*el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo dispuesto en el artículo 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, sin que en ningún extremo de la disposición legal se afirme que sólo puede desempeñar actividades "superfluas, accidentales o esporádicas*". Por todo ello, más allá del tipo de contrato (temporal o fijo) o de la modalidad de jornada (completa o parcial) lo importante será la naturaleza del trabajo a desarrollar, que deberá ser compatible con la situación incapacitante del beneficiario en aplicación del art. 198 LGSS. Esta línea jurisprudencial mantiene como argumentos que la literalidad del precepto (artículo 141.2 LGSS) apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión ("*las pensiones... no impedirán... aquellas actividades... compatibles*"), al no establecer límite alguno a la simultaneidad referida, que resulta exigible ex artículo 35 de la CE, siendo de destacar que la remisión al desarrollo reglamentario se hace exclusivamente en el apartado primero del precepto, para la incapacidad permanente total.

Ciertamente, debido a la configuración legal de la incapacidad permanente total, su situación permite al beneficiario una mejor situación de cara al desarrollo del trabajo. Los trabajadores o trabajadoras declarados en incapacidad permanente total se consideran legalmente aptos para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido. Esta situación es distinta a la de la persona incapaz declarada en incapacidad absoluta o gran invalidez, a la que se le negaría toda actividad e ingresos, salvo los propios de la naturaleza del trabajo compatible y que conllevaría, por tanto, a que exista una falta de igualdad de oportunidades. Por tanto, si su situación personal se mantiene no cabría el paso a la situación de incapacidad permanente total por imposibilidad material. Sin embargo, ello no impide que el incapacitado en grado absoluto pueda desarrollar cierto tipo de trabajos compatibles, como prevé el propio art. 198 LGSS. Si se negara este derecho al trabajo, ello supondría un ataque directo a la dignidad de la persona, que intenta desarrollarse personalmente a través del trabajo, así como una restricción de una facultad reconocida legalmente que podría dar lugar a situaciones discriminatorias.

Esto es así porque de declararse la incompatibilidad automática, esa interpretación tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Con todo, la incapacidad en grado absoluto y la gran invalidez son situaciones distintas, siendo más complicado y más limitada la proyección de la compatibilidad entre trabajo e incapacidad en el caso de la gran invalidez.

La segunda línea jurisprudencial cobra pleno vigor si se atiende a las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo, pero no solo éstas), que consienten pluralidad de actividades laborales -a jornada completa- a quienes se encuentran en situaciones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, de manera que la compatibilidad defendida supone, en este marco, una importancia considerable para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida.

Por este motivo, en la STS de 30 de enero de 2008 se propone la inaplicación del artículo 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996, que permite al INSS suspender el abono de la pensión de la persona que tenga reconocido un grado de invalidez absoluto o de gran invalidez que se colocase por cuenta propia o ajena, todo ello por ser contrario ese precepto al artículo 141.2 de la LGSS.

La STS de 14 de octubre de 2009 abunda en esta segunda interpretación, reforzando, por consiguiente, la tesis de que el cobro de una pensión es compatible con la realización de un trabajo. En cualquier caso, no se debe olvidar que la Seguridad Social puede decidir, en un primer momento, suspender la pensión por considerarla incompatible con la actividad desarrollada, por lo que habría que acudir a los tribunales, con base en estas Sentencias del Tribunal Supremo, para solicitar que se declare la compatibilidad.

Además de toda esta jurisprudencia genérica, cabe hacer referencia a los casos de trabajadores o trabajadoras con VIH relativos a la compatibilidad de la pensión por incapacidad y el desarrollo de un trabajo. En estos casos, lo que puede plantear un problema es la valoración del estado clínico del trabajador o de la trabajadora y el reconocimiento del grado de incapacidad, declarándose muchas veces un grado que no corresponde con la realidad.

En la práctica, en ocasiones, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, establece un grado mayor de incapacidad, lo que perjudica a la persona que quiere seguir trabajando. Sin ir más lejos, pensemos en el caso de una persona con VIH a la que le reconoce la incapacidad permanente absoluta. Esta persona se puede encontrar con más obstáculos (tal y como hemos visto en la jurisprudencia que niega la compatibilidad) que si le hubieran reconocido una incapacidad permanente total (que, según su caso, es la que podría corresponderle realmente). También, por supuesto, puede suceder lo contrario, esto es, que se desee un grado mayor y, por una valoración incorrecta, se otorgue otro menor.

Estos problemas en la valoración se dan porque la misma es, muchas veces, difícil de adecuar a la realidad por los diferentes síntomas y/o evolución que puede tener el VIH en cada persona, por lo que hay que estar al caso particular de cada una, no dando una valoración estándar para todas las personas que tienen esta enfermedad.

En cuanto a la clasificación y criterios de valoración para el VIH, podemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), núm. 1090/1996, de 7 de noviembre, que dice, en su fundamento jurídico segundo, que: “*Se considera enfermedad común según el art. 117.2 Ley General de la Seguridad Social  (RCL 1994, 1825) «las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo, ni enfermedades profesionales conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2, e), f) y g) del artículo 115 y en el artículo 116». Respecto de los trabajadores portadores de VIH y enfermos de SIDA como enfermedad común, hay que destacar la Resolución de la Dirección General del INSERSO de 5 octubre 1992 (Nota Circular del Ministerio de Asuntos Sociales, núm. 8/II/1992, de 9 de octubre de 1992) (estudio amplio, en SIDA y Toxicomanías: un análisis jurídico laboral y de la Seguridad Social, editorial Ibidem, Madrid, 1995) por la que se establecen instrucciones provisionales de valoración para enfermos infectados por VIH en función de su probable irreversibilidad, y en ciertas situaciones en las que las características clínicas interfieran, aunque sólo sea provisionalmente, la integración laboral, educativa o social, distinguiendo dos grandes grupos: El primero, constituido por personas seropositivas asintomáticas, susceptibles de unas medidas sanitarias que eviten la eclosión de la enfermedad y, por consiguiente, en ellas no son aplicables otras medidas que las sanitarias, valorándose las secuelas funcionales y orgánicas en función de los órganos afectados con abstracción de la etiología, sin valorar la infección del VIH «per se» (se trata en definitiva de trabajadores con riesgo de contraer a lo largo del tiempo el SIDA, pero hasta entonces, sus aptitudes ante el trabajo y la vida son absolutamente normales). El segundo lo constituyen aquellos afectados cuyas mediatizaciones clínicas respecto a la capacidad psicofísica y connotaciones de cronicidad y/o irreversibilidad les pueden originar, previsiblemente, una incapacidad genérica de trabajo. Este pronóstico sería incompatible con una expectativa de trabajo, siendo objeto de protección a través de prestaciones económicas, recuperadoras y sociales. Dentro de este grupo, cuyo núcleo fundamental es que se ha desarrollado la enfermedad, se han considerado cuatro subgrupos en función de una graduación de la misma, donde la diferencia radica en el plazo de revisión que oscile entre uno a tres años, a tenor de una posible expectativa de reversibilidad”.*

En relación a los criterios de valoración del acceso a la incapacidad permanente absoluta en relación al SIDA es necesario consultar las sentencias STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2002 (núm. 4914/2002) (AS 2003, 262), STSJ de Navarra de 15 de abril de 2005 (JUR 2005, 135586), STSJ Islas Canarias de 28 de noviembre de 2000 (núm. 898/2000) (JUR 2001, 119789) y STSJ País Vasco de 9 de febrero de 1999 (núm. 2242/1998) (AS 1999, 2043). Asimismo, en relación al concepto de situación protegida y a los factores que determinan la protección, así como a su alcance, podemos destacar que lo importante es el presupuesto general de no poder desarrollar ninguna clase de trabajo en un estado avanzado de VIH, valorándose especialmente la afectación por astenia. Véanse, en este sentido, la sentencia STSJ Cataluña de 6 de junio de 2003 (núm. 3599/2003) (AS 2003, 2515), y a efectos de desestimación véase la sentencia STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2005 (núm. 1991/2005) (JUR 2005, 116661). Finalmente, y en relación con la gran invalidez, es especialmente importante a efectos de valoración de la situación patológica la sentencia STSJ Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 1996 (núm. 1090/1996) (AS 1996, 3937).

Esta diversidad de situaciones es más palpable en la actualidad pues los grandes avances terapéuticos han logrado, si nos atenemos a los últimos datos epidemiológicos, que el subgrupo de personas sintomáticas, con carga viral detectable, o que llegue a desarrollar los estadíos más virulentos de la infección, se ha reducido considerablemente. A la inversa, el subgrupo de personas asintomáticas, con carga viral indetectable, que puede desarrollar una actividad laboral plena, ha aumentado considerablemente. No obstante, las distintas edades del VIH, las diferentes etapas por las que ha pasado, las diversas generaciones de personas afectadas, demandan un cambio en el criterio de interpretación jurisdiccional, acomodándolo a los nuevos tiempos. La normativa es clara y el efecto de la compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad laboral está previsto legalmente. Por tanto, se debe avanzar en la aplicación de este criterio interpretativo a las situaciones atípicas que estamos apuntando en el presente informe. Por tanto, la clave para que el grado o tipo de incapacidad laboral que se otorgue sea el representativo de la realidad, será importante que desde el INSS se hagan correctamente las valoraciones.

**3. DISCRIMINACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL Y LABORAL**

Como decíamos en el anterior apartado, el decantarse por la interpretación restrictiva daría como resultado negar el derecho a compatibilizar el trabajo con la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez en los casos legalmente justificados. Es decir, se impediría a la persona incapacitada la posibilidad de desarrollar cierto tipo de trabajos compatibles, como prevé el propio art. 198 LGSS. A la persona a la que se hubiese reconocido una incapacidad absoluta o una gran invalidez, pues se le negaría toda actividad e ingresos, salvo los propios de la marginalidad. Teniendo en cuenta esta situación de desventaja en la que se encontrarían aquellas personas que tienen una incapacidad permanente absoluta, es importante detenernos a analizar esa posible discriminación que se presenta a la hora de ver limitado su acceso a un puesto de trabajo.

El artículo 35 de la Constitución Española reconoce el derecho al trabajo cuando establece 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, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*. Negar este derecho a quienes se encuentran en cualquiera de las situaciones de incapacidad expuestas, sería contrario a lo establecido en el texto constitucional, limitando o vulnerando no solo el derecho al trabajo en sí mismo, sino también, el derecho a la dignidad personal (artículo 10 CE) y a la igualdad y al principio de no discriminación en el trabajo (artículo 14 CE).Adoptando la interpretación jurisprudencial restrictiva, el trabajador o la trabajadora en situación de incapacidad permanente absoluta encontraría un importante obstáculo a la hora de pretender compatibilizar el trabajo con su situación incapacitante, en esos casos atípicos en los que es de aplicación el art. 198 LGSS. Ello supondría negar la proyección del derecho al trabajo y a la libre elección del mismo, que se reconoce constitucionalmente para todos los españoles y españolas. Ciertamente, el hecho de negar el ejercicio de un empleo compatible con la situación del trabajador o la trabajadora genera una desigualdad arbitraria, puesto que no parece haber justificación alguna, máxime aun cuando la ley lo permite sin grandes restricciones (art. 198 LGSS).

Estas situaciones discriminatorias generarían también aspectos y situaciones contrarios a la reinserción social y laboral de quien se halla en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Es importante mencionar que, hoy en día, no puede sostenerse que no haya medios para mantener la compatibilidad del trabajo y la incapacidad absoluta o gran invalidez. Actualmente, en la era de la tecnología y con las nuevas formas flexible de organización de la actividad laboral contamos con múltiples recursos que permiten a una persona desarrollar óptimamente un empleo. En este sentido, podemos pensar, por ejemplo, en las tecnologías informáticas y, particularmente, en el teletrabajo, así como en la posibilidad de organizar el trabajo mediante turnos adaptados a la persona, horarios flexibles de interés personal y, en definitiva, la oportuna adaptación del trabajo a la persona.

Imaginemos la situación de una persona con incapacidad absoluta o gran invalidez que, por los motivos que sean, tiene una movilidad reducida que no le permite salir de su casa. Por otro lado, pensemos en puestos de trabajo como podrían ser, según las empresas, tele-operador, administrativo, contable, comercial, asesor, etc. Estos puestos de trabajo son, quizá, los más habituales en los que pensamos cuando hablamos de estas modalidades de trabajo, pero en prácticamente cualquier ocupación, podrían igualmente desarrollarse así para según qué funciones. Del mismo modo, el uso de la informática es solo una de las tecnologías que podrían fomentar la compatibilidad del puesto de trabajo con la incapacidad absoluta o gran invalidez, existiendo múltiples métodos para ello, según las empresas y los puestos de trabajo.

Si una persona con una invalidez absoluta puede desarrollar las actividades propias de esos puestos desde casa, con un ordenador o cualquier otro soporte, ¿por qué habría que impedir que ocupase ese empleo y negarle un salario que tendría derecho a percibir en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores, siempre y cuando cumpla sus funciones? Por otro lado, ¿qué incentivo tendría una persona con una incapacidad absoluta a reinsertarse en el mercado laboral, dada la inestabilidad que rodea a este, si no tiene la garantía de mantener o poder recuperar la prestación que está cobrando?

**4. CONCLUSIONES**

1. La prestación por incapacidad laboral, que puede percibirla quien cumpla los requisitos que establece la LGSS, ha sido uno de los grandes beneficios que han recibido los trabajadores y las trabajadoras a través de la tradicional acción protectora del Sistema Público de Seguridad Social, ya que para quienes se encuentran imposibilitados para trabajar es una manera de garantizar la subsistencia personal y familiar.

2. Se debe diferenciar la incapacidad laboral y la discapacidad. Ésta última se da en la persona que presenta una deficiencia en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales previsiblemente definitivas. La incapacidad se refiere a la aptitud laboral del trabajador o de la trabajadora, de forma que una persona incapacitada podría no tener ninguna discapacidad, y viceversa, una persona con discapacidad no tendría por qué tener una incapacidad, ya que el tener dicha condición puede no influir en sus aptitudes laborales.

3. La incapacidad laboral es la imposibilidad que enfrenta una trabajadora o un trabajador para llevar con normalidad las tareas esenciales o accesorias de su profesión u oficio, debido a un accidente de trabajo o una enfermedad. Ésta se puede manifestar de manera permanente o temporal.

4. La incapacidad permanente total es aquella que inhabilita al trabajador o a la trabajadora para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta, mientras que la incapacidad permanente absoluta es la que inhabilita por completo a la trabajadora o al trabajador para toda profesión u oficio.

5. La compatibilidad de una situación de incapacidad permanente total o de incapacidad absoluta con el desarrollo de un trabajo remunerado es una posibilidad recogida principalmente en el art. 198 LGSS, pues tanto la incapacidad total como la absoluta no son un impedimento para el desarrollo de una actividad laboral y el percibo de su correspondiente salario. Sin embargo, los Tribunales han restringido este concepto de compatibilidad al interpretar la Ley de forma restrictiva, pues da alcance a esta compatibilidad solo en el caso de “trabajos marginales”.

6. Otra línea jurisprudencial admite la compatibilidad de esas prestaciones con el trabajo ordinario y a jornada completa, ya que el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

7. En cualquier caso, es la Seguridad Social quien puede decidir, en un primer momento, suspender la pensión por considerarla incompatible con la actividad desarrollada, por lo que habría que acudir a los tribunales para, con base en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, solicitar que se declare la compatibilidad.

8. En los casos de trabajadores o trabajadoras con VIH relativos a la compatibilidad de la pensión por incapacidad y el desarrollo de un trabajo, lo que puede plantear un problema es la valoración del estado clínico del trabajador o de la trabajadora y la consiguiente declaración del grado de incapacidad, declarándose muchas veces un grado que no corresponde con la realidad. Estos problemas en la valoración se dan porque la misma es, muchas veces, difícil de adecuar a la realidad por los diferentes síntomas y/o evolución que puede tener el VIH en cada persona, por lo que hay que estar al caso particular de cada una, no dando una valoración estándar para todas las personas que tienen esta enfermedad.

9. La referencia legal a la compatibilidad entre el trabajo y la protección por incapacidad es una declaración general, que deberá enjuiciarse de forma casuística. Ciertamente, se trata de una situación limitada en función de las características del caso concreto, pero ello no permite la exclusión general y automática ante cualquier tipo de caso. Es preciso, pues, evaluar las circunstancias de cada supuesto y ver si el estado de la persona afectada no ha variado y si el trabajo a desarrollar es compatible con la situación incapacitante. Este es un ejemplo de la inseguridad con la que se encuentran las personas que, teniendo reconocido un grado de incapacidad laboral en grado total o absoluto, temen consumar sus expectativas de desarrollar un empleo.

10. A la persona incapaz declarada en incapacidad absoluta o gran invalidez se le niega en la práctica el desarrollo de cualquier actividad, salvo los propios de la marginalidad y que conllevaría, por tanto, a que exista una falta de igualdad de oportunidades. Por tanto, si su situación patológica se mantiene, no cabría el paso a la situación de incapacidad permanente total por imposibilidad material. Sin embargo, ello no impide que incapacitado en grado absoluto pueda desarrollar cierto tipo de trabajos compatibles, como prevé el propio art. 198 LGSS. Si se negara este derecho al trabajo, ello supondría un ataque directo a la dignidad de la persona, que intenta desarrollarse personalmente a través del trabajo, así como una restricción de una facultad reconocida legalmente que podría dar lugar a situaciones discriminatorias.

11. No creemos que el problema se resuelva mediante un simple cambio normativo. Se trata de un tema ciertamente casuístico y el concepto es estable desde hace muchos años, por lo que no creemos que vaya a cambiar. Con este informe pretendemos influir en el cambio de criterio de interpretación jurisdiccional, acomodándolo a los nuevos tiempos. La normativa es clara y el efecto de la compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad laboral está previsto legalmente, siendo, pues, necesaria su aplicación a las situaciones atípicas que estamos apuntando en el presente informe.

**5. RECOMENDACIONES**

1. La regulación del derecho a compatibilizar el trabajo con la protección por incapacidad permanente absoluta se garantiza legalmente, siempre que se cumplan las condiciones previstas legalmente. Se trata de un derecho que tendrá una proyección ciertamente limitada, ya que no se aplicará a todas las situaciones de incapacidad permanente absoluta, pero ello no puede impedir la automática y continua negativa por parte del INSS en su actividad de revisión de oficio, que supone la transformación de la incapacidad permanente absoluta en total. Igualmente, esta interpretación restrictiva no puede ser el criterio jurisprudencial dominante. Ya existen importantes resoluciones judiciales que permiten el derecho a la compatibilidad entre trabajo y la incapacidad laboral.

2. El problema no es tanto el cambio normativo, ya que la regla es ciertamente tuitiva y su interpretación debería ajustarse a su tenor literal. La normativa es clara y el efecto de la compatibilidad entre el trabajo y la incapacidad laboral está previsto legalmente, siendo, pues, necesaria su aplicación a las situaciones atípicas que estamos apuntando en el presente informe. Hemos realizado una análisis sobre una regulación ya tradicional, que ha previsto el margen de compatibilidad entre trabajo e incapacidad desde hace muchos años. Dicha regulación está asentada y buscar un mayor grado de especialidad es muy difícil, ante la diversidad de supuestos de hecho que se pueden presentar.

3. Entendemos que el objetivo es buscar un cambio impulsado socialmente, tendente a influir en un nuevo criterio de interpretación de la Seguridad y, muy especialmente, de los jueces y tribunales de justicia, cuya perspectiva y objeto de análisis debería acomodarse a los nuevos tiempos. Entendemos que el presente enfoque debería difundirse adecuadamente a los y las profesionales de la abogacía y la judicatura, así como a los gestores y las gestoras, a los funcionarios y las funcionarias, y a las entidades, organizaciones públicas y privadas, que se encargan de la gestión de la incapacidad laboral.

4. El presente informe ha tomado como base la situación de las personas con VIH. Sin embargo, la problemática tiene un efecto transversal y sus reflexiones pueden aplicarse igualmente a otro tipo de enfermedades crónicas, siempre que se trate de situaciones concretas en las que se pueda compatibilizar la situación de incapacidad permanente absoluta con la actividad laboral.

5. En el caso de las personas trabajadoras con VIH, los problemas de compatibilidad entre la pensión de incapacidad y el desarrollo de un trabajo se presenta en relación a la valoración del estado clínico y sus posibles efectos de revisión del grado de incapacidad permanente. Se trata de revisiones practicadas de oficio por el INSS, que ante el trabajo desarrollado declaran un grado de protección menor, que no se corresponde con la realidad del estado de salud de la persona afectada.

6. La revisión y rebaja de una situación de incapacidad permanente absoluta a total supone una gran merma en la protección. Ello se debe a que el contenido de la protección es mucho mayor en la situación de incapacidad permanente absoluta. El INSS debería prestar especial atención a este tipo de situaciones, especialmente en los supuestos en los que se inste la revisión del grado de incapacidad ante un supuesto de trabajo por parte de la persona incapacitada. La modificación de la incapacidad peramente absoluta a total no se podría producir, a pesar del desarrollo del trabajo, cuando las dolencias de la persona afectada continúan siendo las mismas y su situación patológica no ha variado. Ello es un claro desincentivo de la prestación de determinados servicios durante la incapacidad, ya que la persona afectada se arriesgaría a perder la pensión por el hecho de desarrollar un trabajo que legalmente es compatible con el percibo de tal prestación.

7. La compatibilidad entre trabajo e incapacidad permanente absoluta no es ilimitada. Con carácter general, es preciso que siga presente la disminución en la capacidad de trabajo, que debe seguir estando latente y no debe haberse producido modificaciones en el estado de salud de la persona incapacitada. Con todo, dicha situación puede permitir de forma paralela el desarrollo de determinadas actividades, que deberán ser compatibles con la situación de incapacidad laboral. En efecto, se trata de situaciones muy específicas, pero que ciertamente pueden producirse en la realidad, siendo, pues, criticable la negación automática de la protección para este tipo de supuestos de hecho.

8. La clave es que se seguirá manteniendo el grado o tipo de incapacidad laboral siempre que la realidad de origen no haya cambiado, siendo este un aspecto que deberá tener presente el INSS a la hora de practicar correctamente las correspondientes valoraciones. Actualmente, en la era de la tecnología y con las nuevas formas flexibles de organización de la actividad laboral, contamos con múltiples recursos que permiten a una persona desarrollar óptimamente un empleo. En los casos justificados, en los que se niegue el derecho a compatibilizar el trabajo con la incapacidad absoluta o gran invalidez, se impediría al incapacitado desarrollar cierto tipo de trabajos compatibles, como prevé el propio art. 198 LGSS.

9. Las nuevas formas de trabajo permiten, en ciertas circunstancias, el desarrollo de una actividad profesional, siempre que no se haya producido una modificación o mejoría de la situación originaria que permite el acceso a la protección. El trabajo intelectual y las posibilidades de trabajo a distancia permiten nuevas vías de desarrollo de las situaciones de compatibilidad. Estas situaciones no deberían conllevar automáticamente la revisión o extinción de la protección, puesto que en muchas ocasiones únicamente se desarrollan trabajos temporales o a tiempo parcial y la situación patológica del beneficiario de la prestación no se ve afectada.

10. En resumen, la situación descrita demanda un cambio en la tradicional corriente jurisprudencial restrictiva. Recientemente se están produciendo importantes cambios interpretativos, que permiten atisbar una nueva lectura de los supuestos de compatibilidad entre incapacidad y actividad laboral, según la naturaleza del trabajo a desarrollar y el estado de la persona beneficiaria de la prestación de la Seguridad Social. La jurisprudencia restrictiva impide a las personas incapacitadas su desarrollo personal mediante el trabajo y el acceso al mismo en condiciones de igualdad. Ello demanda un cambio hacia una línea jurisprudencial más respetuosa con el tenor literal del art. 198 LGSS. Un nuevo canon interpretativo que se abre ciertamente camino debido a los avances en el ámbito científico y por la aplicación de las nuevas fórmulas de trabajo flexible.