

Trabajo Final de Máster Universitario en Abogacía

Curso académico 2016/2017

**PROBLEMÁTICA EN LA CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD
PERMANENTE:**

**LA DIFUSA FRONTERA ENTRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL
Y ABSOLUTA**

Autor/a: Marta Bueno Zorrilla

Tutor/a: Arantzazu Vicente Palacio

Fecha de lectura: 23 de enero de 2017



Resumen: Los conceptos jurídicos indeterminados que integra la incapacidad permanente en su concepto actual junto con el frustrado intento de objetivizar la forma de calificarla en sus diferentes grados, hace que nos sigamos encontrando ante un proceso valorativo, donde tanto los órganos administrativos como los judiciales pueden tomar decisiones muy dispares en casos que pueden llegar a ser extremadamente similares. Esto supone un problema para sus solicitantes, sobre todo si se discute entre conceder una IPT o IPA, cuyas consecuencias resultan muy distintas y el límite entre ambas un interrogante sin clara respuesta.

Palabras clave: Incapacidad permanente, incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta, profesión habitual.

ÍNDICE

I.	Introducción.....	3
II.	Incapacidad Permanente. Concepto y elementos.....	9
III.	El criterio profesional en la Incapacidad permanente.....	12
IV.	Otros conceptos relevantes en la jurisprudencia	
	A) Las interrupciones frecuentes en el puesto de trabajo.....	16
	B) Las actividades livianas o sedentarias y cuasi-sedentarias. El esfuerzo físico.....	21
V.	La Incapacidad permanente en los trabajadores por cuenta propia y ajena	23
VI.	Conclusiones.....	26
VII.	Bibliografía consultada.....	28
VIII.	Jurisprudencia citada.....	28

I. INTRODUCCIÓN

A fecha de septiembre de 2016, la Seguridad Social española dispensa, en los distintos regímenes que integran el Sistema, un total de 940.165 pensiones de incapacidad permanente, de las cuales el 95,19 % corresponden a incapacidad permanente en sus grados de total y absoluta.

REGÍMENES	GRAN		INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL				INCAPACIDAD PERMANENTE ABSOLUTA		INVALIDEZ PARCIAL DE AT		TOTAL	
	INVALIDEZ		No cualificada (55%)		Cualificada (75%)		Núm.	P. media	Núm.	P. media	Núm.	P. media
	Núm.	P. media	Núm.	P. media	Núm.	P. media						
GENERAL	24.880	1.854,62	198.458	580,54	180.718	888,24	292.540	1.181,61			696.596	958,30
TRAB. AUTÓNOMOS	4.609	1.378,15	40.007	461,19	34.309	693,24	45.752	831,79			124.677	694,94
TRAB. DEL MAR	220	1.708,09	2.478	603,77	2.438	832,69	2.606	1.136,80			7.742	886,66
MINERÍA DEL CARBÓN	117	2.820,18	857	990,14	866	1.302,00	1.231	1.873,37			3.071	1.501,85
ACCIDENTES DE TRABAJO	3.138	2.330,07	49.478	831,06	22.558	1.264,23	8.475	1.673,00	9	174,08	83.658	1.089,31
ENFERMEDADES PROF.	14	2.589,80	7.220	807,42	4.155	1.386,53	836	1.975,25			12.225	1.086,15
SOVI											12.196	385,21
TOTAL REGÍMENES	32.978	1.836,03	298.498	612,93	245.044	904,91	351.440	1.151,90	9	174,08	940.165	930,44

Tabla 1. Pensiones de incapacidad permanente en vigor a 1 de septiembre de 2016. Fuente: eSTADISS.

Ahora bien, estos mismos datos estadísticos reflejan de forma indudable que las pensiones de incapacidad permanente total (en adelante, IPT) superan, y en gran número, a las pensiones de incapacidad permanente absoluta (en adelante, IPA), y ello a pesar de que las últimas reportan más beneficios tanto sus beneficiarios.

La pensión de incapacidad permanente, como cauce de protección para compensar la pérdida de rentas del trabajo, en su grado total no supone más que el reconocimiento de una prestación periódica y vitalicia cuya cuantía se sitúa en el 55% de la Base Reguladora (75% en el caso de IPT cualificada), siendo necesario que el solicitante se encuentre en situación de alta o asimilada al alta, estando, además, dicha pensión sometida a tributación en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como rendimientos del trabajo. Sin embargo, los beneficiarios de IPA no sólo tienen reconocido el 100% de la correspondiente Base Reguladora, circunstancia que supone una pensión más elevada que la anterior, y una pensión vitalicia sino que, además, no es necesario que sus solicitantes se encuentren en situación de alta o asimilada al alta cuando deriva de contingencias comunes (debido a la supresión de este requisito mediante la reforma de la Ley General de la Seguridad Social, operada por la Ley 26/1985)

y, para completar este ventajoso cuadro, la letra f) del artículo 7 de la actual Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF) y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, continúa eximiendo a estas pensiones de tributación en dicho impuesto.

No obstante, todas las ventajas que para los beneficiarios conlleva el reconocimiento de la IPA, supone un claro inconveniente, materializado principalmente en un gasto mayor, para el sistema público de pensiones, por lo que no es de extrañar que sea mayor el reconocimiento de pensiones de IPT que de absolutas, dado que parte de las pensiones por IPT revierten en la hacienda pública a través del IRPF. Hay que tener en cuenta que el gasto en pensiones tanto de IPT como de IPA asciende a casi 810 millones de euros (809.524.881,18 euros) en septiembre de 2016, tal y como puede calcularse a través de los datos de la Tabla 1, de los cuales la parte correspondiente a IPT, 404.701.145,18 euros, pasan a ser objeto de IRPF, lo que supone una cantidad importante sometida a tributación.

Tanto es así que, a pesar del transcurso de los años, de la crisis económica existente desde 2007 y del envejecimiento de la población española, las pensiones de IPT se han ido incrementando anualmente desde 2005 (excepto en el año 2013, en el que experimentaron una ligera disminución), a diferencia de las pensiones por IPA, las cuales han ido en continuo descenso desde el año 2010, tal y como se desprende de la siguiente tabla:

	Incapacidad permanente total	Incapacidad permanente absoluta
	Número pensiones	Número pensiones
2005	444.182,50	357.904,75
2006	458.822,08	369.725,58
2007	478.639,08	377.981,50
2008	492.088,25	381.941,42
2009	503.275,92	384.491,92
2010	514.053,67	386.271,00
2011	520.078,75	384.931,83
2012	526.583,33	383.296,67

2013	526.068,67	376.306,17
2014	526.569,08	370.386,33
2015	531.849,92	367.210,17
2016	--	--

Tabla 2. Estadística de series cronológicas de pensiones-Año (dato anual) por grado de incapacidad. Fuente: eSTADISS.

Las consecuencias económicas que para el Sistema de Seguridad Social conlleva la declaración de IPA, unidas a la casuística que impera en la calificación en uno u otro grado de una incapacidad permanente, repercuten, en muchas ocasiones, negativamente en los solicitantes, toda vez que se ven obligados a enfrentarse a una evaluación muy subjetiva de su situación, que a veces determina una escasa cobertura de sus necesidades reales y, en otras, una sobreprotección. Pensemos, por ejemplo, en un trabajador con una edad próxima a los cincuenta años, al que se le concede la IPT pero no “cualificada”¹, cuyas posibilidades de encontrar un empleo son prácticamente imposibles debido al estado actual del mercado de trabajo, que tendrá que hacer frente a sus necesidades económicas con una pensión muy baja. Sin embargo, el trabajador con una edad inferior que tenga reconocida una IPT y compatibilice su prestación con un empleo, verá incrementadas sus rentas a resultas de la retribución de ese trabajo o empleo, y ello porque lo que define este grado de incapacidad es la posibilidad de que el trabajador pueda seguir generando rentas por medio del ejercicio de otra profesión distinta de la habitual para la que se le ha reconocido la incapacidad permanente.

Por último, no olvidemos que la IPA es compatible con otras actividades, con el único límite de que las mismas no sean perjudiciales o inadecuadas para su estado², y ello a pesar de que la IPA incapacita, según su propia definición, para el ejercicio de toda profesión u oficio. El amplio margen de compatibilidad

¹ La calificación de IPT cualificada se condiciona a que el trabajador tenga 55 años de edad y no realice actividad por cuenta ajena o propia y determina un incremento de la cuantía de la pensión en un 20% adicional. También puede acceder a este incremento quien es declarado IPT antes de los 55 años, cuando cumple dicha edad, pero siempre que no realice actividad por cuenta ajena o propia.

² MUÑOZ MOLINA, J., *Lecciones de Derecho de la Seguridad Social*, Universidad de Córdoba, 2013, pág. 290.

previsto en el actual art. 198.2 del Real Decreto Legislativo (en adelante, RDL) 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS-2015)³ es el resultado de la evolución en la interpretación judicial del anterior art. 141 del RDL 1/1994 de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS (en adelante, TRLGSS-1994). Dicho precepto fue interpretado hasta fechas recientes referido a trabajos residuales o marginales, no determinantes de alta en la Seguridad Social, pero la intervención de la TGSS exigiendo el alta ha acabado llevando al Tribunal Supremo⁴ a declarar, sobre la base del derecho al trabajo que consagra la Constitución (art. 32 CE), la total compatibilidad de la pensión de IPA con el trabajo en aquellos casos en los que no se ha producido un cambio en el estado del incapaz determinante de abrir el proceso de revisión⁵. No obstante, la pensión de IPA y Gran Invalidez deviene incompatible con el trabajo a partir de la edad de acceso a la jubilación en los mismos términos en los que se contempla la incompatibilidad para la pensión de jubilación (art. 198.3 TRLGSS-2015).

En aras a paliar la mencionada subjetividad existente en la calificación de la incapacidad permanente, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, dio nueva redacción al artículo 137 TRLGSS-1994, modificando la forma de calificar cada proceso en cada uno de los grados de incapacidad permanente.

Estos grados serían calificados en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del afectado, todo ello fijado reglamentariamente junto con la lista de enfermedades y valoración de las mismas a efectos de aquella reducción, lo que a día de hoy no ha tenido lugar. La Ley 24/1997, previendo esto, añadió una Disposición Transitoria quinta bis al TRLGSS-1994, por la cual

³ Art. 198. 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”.

⁴ STS de 30 de enero 2008 (núm. rec. 480/2007), STS de 14 de octubre 2009 (núm. rec. 3429/2008), STS de 1 de diciembre 2009 (núm. rec. 1674/2008), STS de 19-3-2013 (núm. rec. 2022/2012).

⁵ AA.VV (Dir. GARCÍA NINET; GARCÍA VIÑA; VICENTE PALACIO), *Manual básico de Seguridad Social*, Barcelona (Atelier), 201, pág. 244.

“lo dispuesto en el artículo 137 de esta ley únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 137, que deberán dictarse en el plazo máximo de un año. Entretanto, se seguirá aplicando la legislación anterior”.

Dado que la legislación anterior a la que se refiere la reforma de 1997 es el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS y éste fue derogado por el RDL 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS-2015), éste último es el que resulta actualmente de aplicación hasta la redacción de dicho desarrollo reglamentario, tal y como se expone en su Disposición Transitoria vigésimo sexta, donde los grados de incapacidad aparecen reflejados en el apartado 1 de su artículo 194 (precepto que mantiene la redacción del artículo 136 TRLGSS-1994) y son los siguientes, independientemente de la causa determinante:

- a) Incapacidad permanente parcial.
- b) Incapacidad permanente total.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Gran invalidez.

La incapacidad permanente parcial se define en el apartado 3 del artículo 194 TRLGSS-2015 como *“la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”.*

Por otro lado, la IPT se recoge en el apartado 4 del citado artículo como *“la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.*

Con respecto a la IPA, se entiende por ésta *“la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”* (artículo 194.5 TRLGSS-2015).

Finalmente, se define en el último apartado la gran invalidez como *“la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de*

otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que hasta que dicho desarrollo reglamentario tenga lugar, se debe seguir haciendo referencia a la incapacidad permanente parcial y total **para la profesión habitual**, mientras que la IPA se predica **de todo trabajo**, habiendo sido estos conceptos objeto de debate, incluso hoy en día, dado el panorama de inestabilidad laboral, temporalidad de los contratos y de multiplicidad de actividades profesionales que desarrolla el trabajador a lo largo de su vida laboral. Tengamos en cuenta que, actualmente, un trabajador llega a realizar, incluso en cortos periodos de tiempo, profesiones de la más diversa índole sin dedicarse a ninguna profesión de forma estable y prolongada durante un considerable y continuo lapso temporal, situación que hace más que difícil la determinación del concepto de profesión habitual.

Pero los conceptos jurídicos indeterminados que integra la incapacidad permanente en su concepto del actual artículo 193 TRLGSS-2015 y ese intento frustrado de objetivizar los diferentes grados de incapacidad, unidos a la gran variedad de enfermedades, dolencias y sujetos, hacen que actualmente nos sigamos encontrando ante un proceso valorativo donde tanto los órganos administrativos como los judiciales pueden tomar decisiones muy dispares en casos que pueden llegar a ser extremadamente similares, pero nunca idénticos⁶. Esto supone un problema para los solicitantes, sobre todo si se discute entre conceder una IPT o IPA, cuyas consecuencias resultan muy distintas y el límite entre ambas un interrogante sin clara respuesta.

⁶ ROQUETA BUJ, R. Y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid, 2014, págs. 362-363.

II. INCAPACIDAD PERMANENTE. CONCEPTO Y ELEMENTOS.

El actual TRLGSS-2015, que entró en vigor el día 2 de enero de 2016, define la incapacidad permanente en el primer inciso de su artículo 193.1, manteniendo el concepto que ya ofrecía el derogado TRLGSS-1994, aunque con cambios en la terminología, cambios que ya fueron llevados a cabo por la reforma de 1997, además de puntualizar que el Título IV del TRLGSS-2015 se ciñe a la modalidad contributiva.

En definitiva, la **incapacidad permanente** se define como *“la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”*.

A raíz de este concepto, la jurisprudencia ha venido definiendo tres elementos fundamentales en la incapacidad permanente, los cuales giran en torno a las características que deben tener las reducciones anatómicas o funcionales que sufra el trabajador⁷:

- × **Objetividad.** Se requiere que esas reducciones puedan constatarse médicamente de forma indudable, lo que requiere la calificación de las mismas por un profesional de la medicina, de forma que no sea el trabajador mismo el que manifieste sus dolencias de forma subjetiva.
- × **Irreversibilidad.** Las reducciones deben resultar “previsiblemente definitivas”, esto es, que no pueda constatarse su mejoría, que sean irreversibles o incurables.

La incapacidad resulta permanente cuando la continuación del tratamiento o la instauración de éste no van a producir mejoría alguna en las repercusiones funcionales o anatómicas producidas por las

⁷ Por todas, STSJ La Rioja de 8-7-1991 (núm. rec. 102/1991); STSJ Asturias de 20-9-2012 (núm. rec. 1546/2012 y 1589/2012) y 26-7-2016 (núm. rec. 1422/2016); STSJ Cataluña de 12-12-2013 (núm. rec. 4297/2013).

enfermedades y lesiones, no así cuando tal mejoría sea incierta o a largo plazo.

- × **Gravedad.** Para la jurisprudencia, la gravedad se mide desde un punto de vista numérico, de tal forma que las reducciones deben ocasionar en el trabajador, como mínimo, un 33 % de disminución en su “rendimiento normal” para la “profesión habitual”, límite éste correspondiente a la incapacidad permanente parcial.

A primera vista, puede ser que tales características de las reducciones anatómicas o funcionales del trabajador en su capacidad laboral resulten clara y fácilmente determinables. Sin embargo, pensemos en un paciente diagnosticado de fibromialgia, o con un determinado trastorno mental, donde los signos físicos que evidencian la enfermedad no son detectables médicamente por la inexistencia de pruebas diagnósticas, y no siendo otorgado el diagnóstico sino en función de las declaraciones de los sujetos acerca de sus padecimientos o del comportamiento de los mismos ante una serie de estudios determinados. En este caso, la constatación médica indudable y, por tanto, la objetividad de las dolencias, resultan relativas desde una perspectiva médica real. Sin embargo, este tipo de enfermedades dan lugar a la calificación de IPT e incluso absoluta en los casos considerados “más graves”.

Por otro lado, pensemos en la situación de una trabajadora de cincuenta años de edad que padece, entre otras dolencias, vejiga hiperactiva, de forma que necesita interrumpir su jornada de trabajo frecuentemente para realizar deposiciones cada treinta minutos, siendo la evolución de la dolencia referida de quince años y sin reacción alguna a los diversos tratamientos médicos que el han sido prescritos, pero sin que los informes médicos indiquen que tal dolencia concreta resulta, específicamente, irreversible. En este caso, resultaría lógico desde el sentido común que una persona que lleva la mitad de su vida adulta sin poder desempeñar en adecuadas condiciones su profesión y que, además, no responde a tratamiento alguno, tiene dolencias que deberían ser consideradas irreversibles o, por lo menos, previsiblemente definitivas. Sin embargo, ¿dónde encontramos los límites de esa irreversibilidad? Si el juzgador considera la expresión “años de evolución” en abstracto, se podría estar hablando de

únicamente un par de ellos y no considerar las lesiones como definitivas, pero parece obvio que quince años de evolución de la enfermedad sin respuesta a ningún tratamiento médico en una persona de cincuenta años es algo previsiblemente definitivo, como mínimo.

Finalmente, sostiene nuestra jurisprudencia que las reducciones funcionales y anatómicas deben ser *“graves, desde la perspectiva de su incidencia laboral, hasta el punto que disminuyan o anulen su capacidad laboral en una escala gradual que va desde el mínimo de un 33% de disminución en su rendimiento normal para la profesión habitual-incapacidad permanente parcial-, o la que impide, la realización de todas las fundamentales tareas de la misma-incapacidad permanente total-, hasta la abolición de la capacidad de rendimiento normal para cualquier profesión u oficio que el mercado laboral pudiera ofrecer-incapacidad permanente absoluta-”*⁸. Sin embargo, ¿cómo se lleva a cabo la medición del porcentaje de reducción de la capacidad laboral? Sigamos con nuestro ejemplo de la trabajadora de cincuenta años diagnosticada, junto con otros padecimientos de menor incidencia, de vejiga hiperactiva. Si los informes médicos no recogen específicamente que las dolencias padecidas le imposibilitan su quehacer diario o, por lo menos, su quehacer laboral (dado que hablar de “quehacer diario” es mucho más amplio) o si el juzgador, por el motivo que fuere, lo ignorase, posiblemente no se tendrá en cuenta la incidencia de las mismas en la capacidad laboral, impidiendo el acceso a la solicitante a la prestación de incapacidad permanente.

O pensemos, en un sentido más amplio, en que dos sujetos con una misma dolencia pueden no tener reconocido el mismo grado de incapacidad o, incluso, uno de ellos puede llegar a tener reconocido un cierto grado de incapacidad mientras el otro puede no tener reconocido ninguno. En definitiva, es de sobra conocido que una misma dolencia puede provocar que la misma sea determinante de distintos grados de incapacidad o incluso puede ser que sea calificada como no incapacitante.

⁸ Entre otras, SSTSJ Asturias de 20-9-2012 (núm. rec. 1546/2012 y 1589/2012).

Pero a pesar de la falta de definición jurídica del adjetivo grave y de su medición a efectos de incardinar las lesiones en uno u otro grado de incapacidad permanente, este requisito es fundamental para la calificación de la misma, y ello porque si una dolencia se califica como objetiva e irreversible, no será sino la calificación de grave lo que le haga ser objeto de la misma. Ya el Tribunal Supremo se hacía eco de la importancia de la gravedad de las dolencias hace más de dos décadas al sostener que *“lo decisivo para la determinación de una invalidez permanente y del grado correspondiente no es la mera descripción objetiva de las secuelas, sino el déficit orgánico o funcional que provocan y en definitiva su incidencia en la capacidad laboral del trabajador”*⁹.

Partimos ya, por tanto, de una base compleja, donde las características generales para calificar posteriormente cualquier grado de incapacidad resultan difícilmente determinables.

III. EL CRITERIO PROFESIONAL EN LA INCAPACIDAD PERMANENTE.

Como ya se ha indicado supra (vid. Introducción), los diferentes grados de incapacidad permanente, y hasta tanto se lleve a cabo el correspondiente desarrollo reglamentario al que todavía sigue refiriéndose el TRLGSS-2015, hacen referencia a “la profesión habitual” en el caso de IPP e IPT, y “a todo trabajo” en la IPA.

Con la simple lectura de los grados de IP, encontramos en todos ellos el criterio profesional como elemento en común¹⁰, pues *“la capacidad o incapacidad del sujeto afectado de determinadas limitaciones patológicas no puede deducirse exclusivamente de la clase de lesiones o enfermedades que padece, sino que hay que atender fundamentalmente al efecto negativo que éstas producen en su aptitud para un determinado trabajo, pues las incapacidades permanentes que*

⁹ STS 8-4-1989 (RJ 1989/2948).

¹⁰ ROQUETA BUJ, R. Y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, cit. págs. 355-356.

la ley define son esencialmente profesionales”¹¹. De hecho, el artículo 194 hace referencia a la profesión habitual, definiéndola del siguiente modo:

“Se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine”.

Dado que la causa determinante de la incapacidad puede ser la enfermedad común o accidente no laboral y el accidente laboral o la enfermedad profesional, el concepto de profesión habitual en caso de accidente resulta bastante claro, aunque no exento de críticas en cuanto se refiere a su aplicación a un trabajador por cuenta propia u otro por cuenta ajena.

Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, *“interpretando el artículo 137.2 de la LGSS y el artículo 11.2 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, ha establecido que la profesión habitual en caso de accidente, sea o no laboral, habrá de entenderse que es la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo”* y ello porque *“el artículo 137 de la LGSS se está refiriendo a las labores desarrolladas en el momento de sobrevenir el accidente, que son el medio de vida del trabajador”*¹².

No ocurre así cuando hablamos de la determinación de la profesión habitual a efectos de su reconocimiento por enfermedad común o profesional, donde se ha de determinar qué actividad ha de ser tenida en cuenta como profesión habitual a efectos de una eventual declaración de IPT. En estos casos, sentencias como la del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2002 (núm. rec. 1197/2002), establece que *“la profesión habitual es la **ejercida prolongadamente**, y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante”*. Continúa la misma afirmando que *“profesión habitual” a*

¹¹ STSJ Cataluña de 12-12-2013 (núm. rec. 4297/2013).

¹² Entre otras, STS de 8-6-2005 (núm. rec. 1678/2004).

efectos de calificación de invalidez, es la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estadio, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana”.

Pero, ¿cuál es el alcance del término “profesión habitual”? El magistrado Carmona Pozas ha expuesto detalladamente desde el punto de vista del ámbito laboral, los antecedentes de la profesión habitual a partir de la antigua referencia al “obrero” para identificar a todo sujeto trabajador en el Código de Trabajo de 1926¹³. Pero desde una perspectiva jurisprudencial se ha hecho referencia a la profesión habitual y al grupo profesional. En determinadas sentencias del extinto Tribunal Central del Trabajo de 1975, se hacía referencia a la profesión habitual como el conjunto de trabajos que constituían el contenido del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional¹⁴. Sin embargo, posteriormente, se identificó la profesión habitual con la categoría profesional¹⁵, para pasar a ser *“aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional”* conforme al artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores¹⁶.

Realmente, ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido ofrecer un concepto claro e inequívoco de la misma, limitándose, como se puede concluir, a situarla en el tiempo a efectos de poder determinarla de alguna forma a la hora de calificar la IPT. Tal es la dificultad, que la aleatoriedad que encierra el término “profesión habitual” ha determinado su análisis por parte de todos los órganos

¹³ CARMONA POZAS, F., *“Profesión habitual versus grupo profesional”*, Trabajo realizado para el Colegio de Graduados Sociales de Cádiz, 2016. Se puede descargar de <http://www.graduadosocialcadiz.net/blog/wp-content/uploads/2016/03/profesionhabitual-grupoprofesional-23032016.pdf> (Fecha de consulta: 18-12-2016).

¹⁴ STCT de 5-5-1975 (RTCT 1975, 229) y STCT de 24-5-1975 (RTCT 1975, 2648).

¹⁵ SSTCT de 1-3-1977 y 15-4-1977 (RTCT 1977, 1210 y RTCT 1977, 2080) y también STCT de 6-2-1986 (RTCT 1986, 720).

¹⁶ STS de 17-1-1989.

jurisdiccionales de carácter social en aras a alcanzar su concreción, sin que ello haya resultado posible a día de hoy.

Sin embargo, a pesar de los intentos por delimitar y concretar la profesión habitual, la valoración entre las secuelas y la aptitud laboral en relación con la profesión habitual resulta especialmente complicada en tiempos de precariedad laboral, donde los trabajadores no se dedican a una única profesión de forma “prolongada”. Según la STSJ de Cataluña, de 12 de diciembre de 2013 (núm. rec. 4297/2013), “*poder desempeñar una profesión significa la posibilidad de dedicarse a ella con **habitualidad** [...] y conforme a las exigencias mínimas de **continuidad** [...]*”, características, cada vez más, de improbable concurrencia. Esto conlleva un complicado reconocimiento de la IPT para los solicitantes de continuo cambio en puestos de trabajo de distinta naturaleza, y ello porque la situación invalidante total se caracteriza por un doble elemento¹⁷:

- × **Carácter profesional**, lo que supone que hay que valorar, además de la índole y naturaleza de las patologías que presenta el trabajador, la limitación que las mismas suponen, susceptibles de determinación objetiva y suficiente para imposibilitarle de iniciar y consumir las tareas propias de su oficio, puesto que dichas limitaciones funcionales son las determinantes de la mengua de su capacidad de ganancia.
- × **Carácter permanente**, que implica la necesidad de estabilización del estado residual en el sentido de que las patologías o secuelas tengan un carácter previsiblemente definitivo, no obstante a tal calificación las patologías o secuelas de las cuales se diagnostique su mejoría como incierta o a largo plazo.

En lo que a la calificación de IPT o IPA respecta, la cuestión determinante a reflexionar sería si los trabajadores afectados de las mismas estarían capacitados para realizar alguna otra profesión.

¹⁷ Entre otras, STSJ Galicia de 31-10-2016 (núm. rec. 870/2016).

IV. OTROS CONCEPTOS RELEVANTES EN LA JURISPRUDENCIA.

Una vez acreditada la importancia de la profesión habitual y, en definitiva, del criterio profesional en la incapacidad permanente en sus grados de total y absoluta, el estudio jurisprudencia que se ha llevado a cabo en este trabajo no lleva a la conclusión de la importancia que para la calificación de ambas adquieren otros conceptos que no se recogen en la regulación normativa.

Hablamos de expresiones tales como las “interrupciones frecuentes” en la jornada laboral, las “actividades sedentarias o cuasi-sedentarias” y el “esfuerzo físico”. Todas ellas llevan a que, junto con el resto de dolencias que tenga cada trabajador (ya sabemos que la combinación de dolencias concurrentes en cada sujeto son infinitas, aunque pueden llegar a ser muy similares), según la consideración que el juzgador les atribuya, el solicitante podrá ser bien beneficiario de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, bien, en otros casos no tan afortunados, de la incapacidad permanente total para la profesión habitual.

a) Las interrupciones frecuentes en el puesto de trabajo.

El acceso a internet resulta hoy en día asequible para la gran mayoría de las personas y, si cualquiera de nosotros intenta localizar el término “interrupciones frecuentes” en cualquier buscador, rápidamente encontrará numerosas referencias a las mismas en el ámbito laboral.

Si bien en muchas páginas de internet las interrupciones frecuentes siempre se ponen en relación con las llamadas telefónicas recibidas por el trabajador, la atención y visitas de clientes y proveedores o los diferentes avisos de notificaciones de correos electrónicos durante el desarrollo de una tarea o actividad, lo cierto es que en todos los casos esas interrupciones forman parte, como concepto fundamental, de la gestión del tiempo.

La consecuencia que para los trabajadores supone la interrupción durante la jornada laboral es siempre idéntica y para nada positiva. De hecho, las interrupciones que una persona puede llegar a tener en el trabajo se definen como **uno de los principales problemas en la gestión del tiempo**, y es que un trabajador que interrumpa frecuentemente sus tareas acaba desarrollando

una gran desconcentración, llegando a ser una causa de estrés y, en todos los casos, una **causa de la baja productividad** tanto del trabajador como de la empresa.

Cuando ponemos esto en relación con las reducciones funcionales o anatómicas a las que hace referencia la incapacidad permanente, las interrupciones no pueden ser aplazadas por el trabajador a un momento posterior, más adecuado y que pueda atender como si de un tema de organización se tratara, dado que una necesidad biológica determinada resulta una necesidad urgente que atender. Así, el trabajador no tiene opción en estos casos, no podrá posponer esa necesidad y, por tanto, no podrá realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual con los mínimos exigidos de continuidad, dedicación, eficacia y profesionalidad que tanto predica la jurisprudencia.

En lo que a la salud del trabajador respecta, **las interrupciones frecuentes en el trabajo pueden tener numerosas causas**, desde padecer de vejiga hiperactiva o incontinencia urinaria hasta la imposibilidad de bipedestación o deambulación prolongada, por citar algunos de los ejemplos más relevantes y observados al estudiar nuestra jurisprudencia.

En el primero de los casos, la **vejiga hiperactiva** es un síndrome caracterizado por diversos síntomas, entre ellos, urgencia urinaria, la cual puede ir acompañada o no de incontinencia urinaria, mayor frecuencia en la micción durante el día e incluso necesidad de levantarse por la noche para orinar varias veces, lo que determina la continua interrupción del sueño y del descanso. En numerosas sentencias podemos encontrar referencias a vejiga hiperactiva y a la incontinencia urinaria incluso de forma indistinta, si bien la primera puede llegar a resultar más gravosa por cuanto conlleva unas mayores pérdidas de orina, no siendo necesario que la persona realice esfuerzo físico alguno (concepto del que se hablará más adelante) para que dichas pérdidas tengan lugar.

La **bipedestación** y la **deambulación prolongada** también resultan conceptos distintos aunque el juzgador haga referencia a ambos de forma complementaria en numerosas ocasiones. Según la Real Academia de la Lengua (en adelante, RAE), la bipedestación es la posición de pie, mientras que la deambulación es la acción de andar, de caminar sin dirección determinada.

Pues bien, puede parecer obvio, y en muchos casos así sucede, que el trabajador que no puede pasar mucho tiempo caminando (deambulaci3n prolongada) debido a sus dolencias tampoco podr3, por tanto, estar de pie durante un largo periodo de tiempo.

En cualquier caso, la **consecuencia** de que una persona padezca de vejiga hiperactiva, incontinencia urinaria o que, debido a sus dolencias, tenga imposibilidad de bipedestaci3n o deambulaci3n prolongadas es siempre la misma: **tener que interrumpir su trabajo en numerosas ocasiones a lo largo de su jornada laboral**. Pero esta consecuencia no siempre es entendida o asimilada por la jurisprudencia en el mismo sentido, pues en algunos supuestos se llegan a calificar estas dolencias como merecedoras de incapacidad permanente absoluta y otras, de incapacidad permanente total, siendo las consecuencias de la calificaci3n de una u otra muy diferentes para los beneficiarios, como ya se ha indicado con anterioridad.

De este modo, la **STSJ de Asturias 1409/2013** de 28 de junio (n3m. rec. 1028/2013) considera acertada la IPA concedida en primera instancia a un conductor mec3nico que se ve3a obligado a realizar entre diez y doce deposiciones diarias, ya que *“la juzgadora a quo, [...] considera que **las frecuentes interrupciones laborales ocasionadas por las habituales deposiciones que diariamente debe realizar el actor le impiden realizar cualquier quehacer laboral [...]**”*.

En el mismo sentido, la **STSJ del Pa3s Vasco 919/2014 de 13 de mayo** (n3m. rec. 767/2014), desestima el recurso de suplicaci3n interpuesto por la representaci3n letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) al considerar correcta la IPT concedida a un ayudante de realizaci3n de televisi3n que se ve3a obligado a unas dieciocho deposiciones diarias, estableciendo que *“siendo evidente que **dicha necesidad (disposici3n de un sanitario cercano) estar3 presente cualquiera que sea la actividad laboral que realice, por liviana o sedentaria que 3sta sea, las frecuentes interrupciones en el trabajo provocadas por las deposiciones determinan que, aunque el realizado no est3 condicionado por el “directo” propio de aquella, su desarrollo y gesti3n adecuada en t3rminos de rentabilidad empresarial quede***

impedida, [...] puesto que todo trabajo exige, por liviano que sea, un mínimo de atención, capacidad productiva y de gestión, orden, relación interpersonal y sometimiento a un ámbito organizativo”.

Con la lectura de ambos fragmentos de estas sentencias se puede observar que las dos definen una situación de IPA aunque no en idénticos términos y, sin embargo, sólo al primero se le concede dicha condición, no así al segundo, cuyas dolencias se califican como merecedoras de IPT, con los efectos jurídicos que ello conlleva: el conductor mecánico tiene acceso a una pensión vitalicia cuya cuantía es el 100% de su Base Reguladora y está exenta en el IRPF, mientras que el ayudante de realización de televisión, tendrá una pensión cuya cuantía será el 55% de su Base Reguladora (en el mejor de los casos, si alcanza el grado de cualificada, se le aplicará un porcentaje adicional del 20% si no realiza actividad profesional), que estará sujeta a tributación en el IRPF.

Finalmente, en la **STSJ de Castilla y León 384/2012 (núm. rec. 324/2012)** se declaró la IPA por incontinencia urinaria y anal de la demandante, considerando la Sala este único padecimiento como suficiente para conceder dicha incapacidad.

En la citada Sentencia se observa cómo la demandante ostentó varios trabajos, desde algunos con más movilidad (visitadora médica) a otros más sedentarios y con posibilidades de poder ausentarse y acudir al baño sin ningún tipo de impedimento (auxiliar administrativo). A pesar de haber realizado profesiones con distinta movilidad y del resto de dolencias de la demandante, la Sala consideró que ***“la incontinencia urinaria y anal que padece ya la actora es suficiente para integrar la IPA solicitada, a todos los efectos del artículo 137.5 LGSS, ya que la misma le impide una mínima permanencia, concentración y calidad para la realización de cualquier tipo de trabajo, con la consiguiente pérdida o cuestionamiento de la estima personal de quien la padece”.***

En lo que a la limitación para la deambulación prolongada o bipedestación se refiere, la reciente **STSJ de Castilla la Mancha 1198/2016**, de 23 de septiembre (núm. rec. 1578/2015), estima el recurso de suplicación y declara afecta de IPT derivada de enfermedad común a una empleada de hogar con

limitación para la bipedestación prolongada junto con otras dolencias de índole similar, al considerar que su *“realización claramente afectarían a su salud al quedar necesariamente comprometidas en su ejecución las facultades de las que adolece, impidiéndole su realización con las mínimas exigencias y garantías que aquellas demandan, a no ser exigiendo de la misma un sacrificio desproporcionado, nunca incluido en el desempeño de una ocupación de carácter laboral”*.

Por otro lado, la **STSJ de Asturias 2193/2016**, de 25 de octubre, (núm. rec. 1882/2016), desestima el recurso de suplicación de una psicóloga autónoma y ello a pesar de reconocer que *“el resto de patologías osteoarticulares pueden provocar limitación funcional para actividades de esfuerzo o que exijan deambulación o bipedestación prolongada”*, no declarando la IPT ni la IPA, y ello por considerar que la profesión habitual de psicóloga es una actividad sedentaria, expresión ésta de la que hablaremos más adelante.

Por su parte, la **STSJ de Galicia de 25 de octubre de 2016** (núm. rec. 914/2016) desestima el recurso de suplicación presentado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando afecta de IPA a una auxiliar de geriatría por cuenta ajena cuyas dolencias la limitarían *“para tareas de moderados requerimientos físicos, deambulación, subir y bajar escaleras o de destreza fina con las manos”*, y ello porque, según la Sala, *“la prestación de un trabajo, por liviano que sea, incluso sedentario, sólo puede realizarse mediante la asistencia al lugar de empleo, permanencia en él durante la jornada laboral y estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención y una moderada actividad física [...]”*.

Finalmente, la **STSJ de Andalucía 3546/2002, de 8 de octubre**, (núm. rec. 1123/2002), considera afecta de IPT a una empleada de hogar con limitaciones para la deambulación prolongada y que para ello *“no está capacitada, a no ser sobreponiéndose al sufrimiento de ello derivado, o contando con una gran tolerancia del empleador, que le permitiera frecuentes interrupciones en su labor para descansar y recuperarse [...], espíritu de sacrificio y tolerancia que no es exigible a aquella ni a éste”*. En este caso, el hecho de tener que realizar la trabajadora frecuentes paradas para recuperarse,

se considera que comporta un sacrificio excesivo que no se puede exigir, incluyendo esto al empleador.

Con esta pequeña muestra de ejemplos en la doctrina jurisprudencial, se puede concluir cómo unas mismas consecuencias para cualquier profesión (interrupciones en el trabajo por incontinencia o limitación para la deambulaci3n o bipedestaci3n prolongadas) dan lugar a la calificaci3n de IPT en unas ocasiones y de IPA en otras, y parece que todo queda al arbitrio del juzgador conoedor del caso en ese momento concreto, sin posibilidad de acudir a una valoraci3n de car3cter m3s objetivo.

b) Las actividades livianas o sedentarias y cuasi-sedentarias. El esfuerzo f3sico.

“El juzgador de instancia rechaza la petici3n sobre reconocimiento de una IPA sobre la base de considerar la posibilidad de realizar trabajos de corte sedentario”¹⁸.

Esta cita hace referencia a un presunto l3mite claro entre IPT e IPA: el trabajador que pueda realizar actividades sedentarias ser3 mercedor de IPT para su profesi3n habitual mientras que el trabajador que no pueda realizar ni tan siquiera aqu3llas, podr3 tener reconocida la IPA para todo trabajo.

Parece que la jurisprudencia incurre reiteradamente en la denegaci3n de la IPA cuando considera que el trabajador ostenta una *“capacidad laboral residual para realizar actividades livianas o sedentarias”*, haciendo tambi3n referencia en otras ocasiones a *“actividades que no requieran esfuerzos”¹⁹.*

Por tanto, parece que esta capacidad laboral residual debe serlo para realizar actividades que no conlleven **esfuerzo en el sentido m3s f3sico**, dado que el adjetivo “sedentario”, seg3n la RAE y dicho de un oficio o un modo de vida, significa “de poca agitaci3n o movimiento”. Muchas gu3as orientativas para la prevenci3n de riesgos laborales equiparan el esfuerzo a la carga f3sica, siendo tales un conjunto de requerimientos f3sicos (din3micos o est3ticos) a los que el

¹⁸ STSJ Navarra, de 27-10-2016 (n3m. rec. 412/2016).

¹⁹ STSJ Murcia, de 13-12-2004 (n3m. rec. 1322/2004).

trabajador se ve sometido a lo largo de su jornada laboral, estableciendo parámetros numéricos con edades, peso e incluso aumento máximo de la frecuencia cardíaca del trabajador durante la realización del esfuerzo. Pero todo esto no se tiene en cuenta por los empresarios a la hora de contratar a un trabajador y mucho menos lo tiene en cuenta la jurisprudencia, quien simplemente lleva a cabo un juicio subjetivo de valor de las circunstancias del trabajador que puedan quedar acreditadas. Menos aún se tiene en consideración la carga mental que conllevan determinadas profesiones.

Sin embargo, en personas con profesiones como las de psicólogo, auxiliar administrativo, secretario, conserje, recepcionista, etc. ¿Se podría llegar a reconocer que sus dolencias les permiten realizar actividades livianas y, por tanto, calificar sus dolencias como IPT? Podría decirse que estas profesiones ya son consideradas de corte sedentario por lo que, en caso de conceder la IPT, no se podría hacer esa apreciación de la capacidad laboral residual para hacer frente a esas actividades para las que ya han sido declarados incapaces. De hecho, ésta se caracteriza por la imposibilidad del trabajador de realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual y, siendo éstas de corte sedentario, debería establecerse entonces que las dolencias de dichos trabajadores son merecedores de IPA.

Otra reflexión sería la siguiente: las personas afectadas de dolencias ocasionadas por una vida excesivamente sedentaria, muchas veces de naturaleza cardíaca o derivadas de una obesidad o de tabaquismo que limitan su capacidad laboral, ¿podrían ser beneficiarias de IPT para su profesión habitual (caracterizada por ser principalmente liviana) y no estar incapacitadas para un empleo de corte menos sedentario? Y es que el estilo de vida actual aconseja en numerosas ocasiones llevar a cabo una profesión de más actividad física compaginada con otro tipo de actividades de ocio. Incluso el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo tiene publicada en su web una “Valoración socio-económica de un Programa de Actividad Física para los Trabajadores de una Empresa”²⁰, citando como conclusiones, entre otras, menos

20

<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca/?vgnextoi>

bajas médicas de aquéllos, el incremento del rendimiento laboral y de la productividad o su incidencia positiva en la salud. Esto sin mencionar otro gran número de beneficios considerados para el conjunto de la empresa.

Pero esto es algo de lo que aún nuestra jurisprudencia parece no hacerse eco, limitándose a establecer una capacidad laboral residual sedentaria, pudiendo el trabajador hacer frente a actividades siempre más livianas, y no en sentido opuesto.

V. LA INCAPACIDAD PERMANENTE EN LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA Y AJENA.

A finales del tercer trimestre del año 2016, en España se encontraban en alta en la Seguridad Social como autónomos un total de 1.974.881 personas físicas, considerándose como tales aquellas no integradas en ninguna sociedad mercantil. Esto supone que un considerable número de trabajadores ejercen su profesión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social que integran trabajadores por cuenta propia, como se puede observar en la siguiente tabla:

TRABAJADORES AUTÓNOMOS, PERSONAS FÍSICAS, EN LA SEGURIDAD SOCIAL, SEGÚN RÉGIMEN, POR SITUACIÓN PROFESIONAL			
30/09/2016			
	TOTAL	RETA	MAR
Autónomos Personas Físicas	1.974.881	1.962.869	12.012
Nº Autónomos sin asalariados	1.543.272	1.533.556	9.716
Nº Autónomos con asalariados (1)	431.609	429.313	2.296
Nº Autónomos con 1 trabajador	226.716	225.259	1.457
Nº Autónomos con 2 trabajadores	92.004	91.504	500
Nº Autónomos con 3 trabajadores	45.269	45.110	159
Nº Autónomos con 4 trabajadores	24.983	24.911	72
Nº Autónomos con 5 y más trabajadores	42.637	42.529	108
(1) Número de Asalariados	871.955	868.135	3.820
Nº Autónomos sin pluriactividad	1.879.450	1.867.860	11.590
Nº Autónomos con pluriactividad	95.431	95.009	422
Colaboración Familiar	197.483	196.761	722

[d=f97f36035b6ce310VgnVCM1000008130110aRCRD&vgnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD](https://www.mtas.es/seguridad-social/estadisticas/indicadores/indicador-1000008130110aRCRD&vgnextchannel=25d44a7f8a651110VgnVCM100000dc0ca8c0RCRD) (consulta noviembre 2016).

Tabla 3. Trabajadores autónomos, personas físicas, en la Seguridad Social, según régimen, por situación profesional²¹.

De este total, el 78,14 % de los autónomos trabaja sin asalariados (1.543.272), por lo que puede presuponerse que los trabajadores por cuenta propia, por regla general, no tiene personas a su cargo, lo que implica que, en caso de que aquél se vea afectado por determinadas dolencias que le impidan realizar su trabajo, ya sea en un momento puntual (una gripe, por ejemplo) o un periodo de tiempo considerable (una fractura ósea o enfermedad permanente), nadie podrá hacer el trabajo por él.

Sin embargo, existen determinadas sentencias, como la del **TS del 17 de febrero de 2016 (núm. rec. 2391/2014)**, que presuponen justamente lo contrario: si el trabajador autónomo no puede realizar su trabajo, otras personas lo pueden hacer por cuenta del mismo.

En primer lugar, como hemos visto que reflejan las estadísticas, la mayoría de los autónomos no cuentan con asalariados a su cargo y, en segundo lugar, que los tengan no quiere decir que los mismos puedan llevar a cabo las tareas para las que el autónomo está cualificado.

La referida sentencia analiza el supuesto de concurrencia o no de IPT de un conductor de camiones dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con lesiones que afectan a la realización de las tareas fundamentales de su profesión en momentos puntuales y que pueden incluso suponer peligro. Además, debido a ello, a dicho autónomo no le renuevan las licencias correspondientes, de modo que está inhabilitado administrativamente para conducir camiones.

Dicho esto, la sentencia contrasta esta situación con la STS de 12 de febrero de 2003 (RJ 3311/2003) donde un conductor de camiones, también inhabilitado para conducirlos, trabaja por cuenta ajena. Esta segunda sentencia considera al mismo merecedor de IPT para su profesión habitual, no estando

²¹Fuente: [www. empleo.gob.es](http://www.empleo.gob.es)(http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/autonomos/estadistica/)

capacitado para conducir camiones, aunque sí vehículos inferiores. Sin embargo, a la hora de analizar la situación del trabajador por cuenta propia, nuestro Alto Tribunal considera que la reducción de la capacidad laboral viene determinada por el hecho de ser autónomo y tener trabajadores a su cargo y no por su situación real en lo que a sus dolencias en relación con su profesión respecta, la cual es que está incapacitado para conducir camiones debido a las dolencias que padece y su consiguiente inhabilitación administrativa²².

Por tanto, puede aquí deducirse que en dos situaciones de extrema similitud, tanto por la profesión habitual de los solicitantes como por las consecuencias de sus dolencias, se concede la IPT al trabajador por cuenta ajena denegándosele al trabajador autónomo por lo que probablemente nos encontremos ante otra dificultad en la calificación de la misma: el régimen contributivo al que pertenezca el trabajador, con posibles implicaciones constitucionales por eventual discriminación.

Esto no siempre ocurre así, dado que los tribunales realizan, aun tratándose de autónomos, una valoración de las dolencias para dilucidar si resulta posible la continuidad del mismo en su profesión, incluso valoran que éste tenga o no trabajadores a su cargo, lo que sucede en menores ocasiones, pero aceptando la IPT cuando no puede llevarse a cabo el negocio con habitualidad y, en definitiva, cuando no puede llevarse a cabo la dirección de la explotación²³. Ahora bien, sí es cierto que se parte del presupuesto de que el autónomo puede organizar su trabajo como considere más conveniente por no estar sujeto a horarios ni a disciplina empresarial²⁴, pudiendo auxiliarse de otras personas, presupuesto que no siempre resulta correcto debido a la existencia de una gran cantidad de pequeños negocios con una actividad muy reducida y que no permite al autónomo contratar a personas y tenerlas como asalariadas.

²² ALBERT EMBUENA, V., <<Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo Recurso 2931/2014 de 17 de febrero de 2016 (RJ 2016, 792): La dificultad de contradicción entre sentencias de incapacidad permanente y el tratamiento de la profesión habitual>>. Revista de información laboral, ISSN 0214-6045, N.º. 7, 2016, págs. 165-170.

²³ STSJ Canarias de 26-1-2001 (núm. rec. 570/1999).

²⁴ ROQUETA BUJ, R. Y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, cit. pág. 367.

Por último, y como ya hemos señalado, el hecho de que el autónomo tenga trabajadores a su cargo, no quiere decir que los mismos puedan realizar las labores hasta el momento desempeñadas por aquél; sin embargo, esta situación desemboca en una denegación de la incapacidad permanente para el trabajador por cuenta propia.

VI. CONCLUSIONES

La forma de encuadrar el juzgador las dolencias de un trabajador en uno u otro grado de incapacidad permanente a efectos de determinar su influencia en su capacidad laboral, pasa por analizar en la correspondiente sentencia los siguientes puntos²⁵:

- Descripción de las dolencias definitivas. Para ello el juzgador se ayuda de los informes médicos existentes junto con el resto de pruebas que hayan podido quedar acreditadas acerca de dichas dolencias, enumerando cada una de ellas.

- Incidencia funcional del cuadro de dolencias, descritas también en función de las limitaciones que en cada caso concreto establezcan los informes médicos.

Una vez desarrollados estos dos guiones, el juzgador conocedor del caso en cuestión pasa directamente a concluir el grado de incapacidad permanente o la no concurrencia del mismo, sin más explicación que procediendo a la subsunción de la situación descrita en los puntos anteriores en uno u otro grado de incapacidad, en su caso.

Esto supone que el paso intermedio para poder llegar a una u otra conclusión se encuentra caracterizado por una valoración puramente subjetiva del juzgador, y ello debido a la falta de determinación numérica de reducción de cada una de las enfermedades y dolencias en relación con cada una de las profesiones existentes que den lugar a un concreto porcentaje de reducción de

²⁵ Entre otras, STSJ Castilla la Mancha de 17-3-2015 (núm. rec. 1089/2014).

la capacidad laboral del trabajador, determinación que prometía el esperado, desde hace ya casi diez años, desarrollo reglamentario. Siendo esto así, a día de hoy resulta inviable una total seguridad jurídica en lo que a la calificación de la incapacidad permanente se refiere, y es que recordemos que los profesionales del derecho no lo son en cuestiones médicas, salvo que tengan realizados los estudios correspondientes y, aunque así fuese, el hecho de que una misma situación sea valorada por dos sujetos diferentes, ya conllevaría conclusiones de los más variados extremos.

Según la reciente STSJ de Galicia de 20 de junio de 2016 (núm. rec. 3160/2015), *“en sede de incapacidad contributiva, la valoración es discrecional, sin aplicación de baremo alguno, sobre la base de las limitaciones funcionales y/u orgánicas que de las dolencias padecidas se derivan [...]”*.

Esta discrecionalidad en lo que a la calificación de IPT o IPA se refiere, cuya frontera resulta tan difusa, hace que la misma quede en manos del órgano conecedor del asunto en cada momento, ya sea administrativo o judicial. Aunque nos encontremos ante dos trabajadores con unas mismas dolencias o a pesar de que éstas tengan unas mismas consecuencias para el trabajador, en la mayoría de los casos tendrá resultados distintos, si bien, atendiendo al sentido común, podemos decir que sí se aprecian incapacidades semejantes en el día a día de nuestros Juzgados.

Con una pequeña muestra de nuestra jurisprudencia hemos podido comprobar que, efectivamente, casos de trabajadores con enfermedades y dolencias similares, dan lugar a IPT en unos casos y a IPA, en otros. Incluso resultaría criticable, como hemos podido ver en el último apartado, desde un punto de vista discriminatorio, que a un trabajador por cuenta ajena se le pueda conceder una incapacidad permanente, mientras que se le deniegue a un autónomo por la injustificada presunción de que puede tener trabajadores a su cargo, cuando es notoria la dificultad de muchos autónomos en nuestro país para poder salir adelante.

Tenemos ante nuestros ojos una situación extremadamente compleja desde hace décadas, la cual incluso parece que se va complicando con la aparición de nuevas situaciones laborales, personales y sociales, teniendo

obligación los operadores jurídicos de hacer posible la igualdad de los ciudadanos ante la ley y, con las herramientas disponibles, llevar a cabo el oportuno trabajo de la forma más clara y concreta posible, todo ello en aras a garantizar el principal derecho de todo ciudadano a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AA.VV (Dir. GARCÍA NINET; GARCÍA VIÑA; VICENTE PALACIO), *Manual básico de Seguridad Social*, Barcelona (Atelier), 2016.

AA.VV (Dir. RIVAS VALLEJO), *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Pamplona (Aranzadi), 2006.

ALBERT EMBUENA, V., <<Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo Recurso 2931/2014 de 17 de febrero de 2016 (RJ 2016, 792): La dificultad de contradicción entre sentencias de incapacidad permanente y el tratamiento de la profesión habitual>>, *Revista de información laboral*, ISSN 0214-6045, Nº. 7, 2016.

MUÑOZ MOLINA, J., *Lecciones de Derecho de la Seguridad Social*, Universidad de Córdoba, 2013.

ROQUETA BUJ, R. Y FERNÁNDEZ PRATS, C., *La incapacidad para trabajar*, Madrid, 2014.

PÉREZ PINEDA, B., *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Granada (Comares), 2000.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA

1) TRIBUNAL SUPREMO

STS de 17-1-1989.

STS 8-4-1989 (RJ 1989/2948).

STS de 12-2-2003 (RJ 3311/2003).

STS de 8-6-2005 (núm. rec. 1678/2004).

STS de 30-1-2008 (núm. rec. 480/2007).

STS de 14-10-2009 (núm. rec. 3429/2008).

STS de 1-12-2009 (núm. rec. 1674/2008).

STS de 19-3-2013 (núm. rec. 2022/2012).

STS de 17-2-2016 (núm. rec. 2391/2014).

2) TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ La Rioja de 8-7-1991 (núm. rec. 102/1991).

STSJ Canarias de 26-1-2001 (núm. rec. 570/1999).

STSJ de Andalucía 8-10-2002 (núm. rec. 1123/2002)

STSJ Murcia, de 13-12-2004 (núm. rec. 1322/2004).

STSJ de Castilla y León de 24-5-2012 (núm. rec. 324/2012).

STSJ Asturias de 20-9-2012 (núm. rec. 1546/2012 y 1589/2012).

STSJ de Asturias 28-6-2013 (núm. rec. 1028/2013).

STSJ Cataluña de 12-12-2013 (núm. rec. 4297/2013).

STSJ del País Vasco 919/2014 de 13-5-2014 (núm. rec. 767/2014).

STSJ Castilla la Mancha de 17-3-2015 (núm. rec. 1089/2014).

STSJ de Galicia de 20-6-2016 (núm. rec. 3160/2015).

STSJ Asturias de 26-7-2016 (núm. rec. 1422/2016).

STSJ de Castilla la Mancha 23-9-2016 (núm. rec. 1578/2015).

STSJ de Asturias 25-10-2016 (núm. rec. 1882/2016).

STSJ de Galicia de 25-10-2016 (núm. rec. 914/2016).

STSJ Navarra, de 27-10-2016 (núm. rec. 412/2016)

STSJ Galicia de 31-10-2016 (núm. rec. 870/2016).

3) TRIBUNAL CENTRAL DEL TRABAJO (EXTINTO)

STCT de 5-5-1975 (RTCT 1975, 229) y STCT de 24-5-1975 (RTCT 1975, 2648).

SSTCT de 1-3-1977 y 15-4-1977 (RTCT 1977, 1210 y RTCT 1977, 2080).

STCT de 6-2-1986 (RTCT 1986, 720).