
Los incesantes desafíos de la discapacidad en el derecho sociolaboral: algunas reflexiones sobre cuestiones actuales

The unrelenting challenges of disability in labor and social law: some reflections on current issues

Palabras clave

Ajustes razonables, compatibilidad de pensiones, derecho sociolaboral, jubilación, justicia relacional.

Keywords

Reasonable adjustments, pension compatibility, labor and social law, retirement, relational justice.

José Antonio Rueda Monroy

<ruedamonroy@uma.es>

Universidad de Málaga. España

1. Introducción a la temática y a la metodología

El mundo avanza hacia la inclusión y la igualdad de las personas con discapacidad, quienes, sin embargo, siguen enfrentando significativas barreras y de muy diversa índole en todos los ámbitos de la vida. Son graves, por notorias, las barreras físicas o de la comunicación (en edificios, calles, transportes o incluso en la tecnología) y son trascendentales, por su imperceptibilidad y, por ende, por la dificultad de erradicación, las culturales (actitudes, prejuicios y, en esencia, falta de conciencia sobre la discapacidad). Pero en esta ecuación no se han de omitir las jurídicas, derivadas de legislaciones insuficientes o inadecuadas en el tratamiento de la discapacidad y también como consecuencia de la propia aplicación normativa, cuando esta no se orienta adecuadamente hacia la justicia. Todas estas barreras son intrínsecas al concepto de discapacidad, que surge de la interacción de las mismas con unas diferencias orgánicas o funcionales de acuerdo con la definición que nos proporciona la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de Naciones Unidas, hecha en Nueva York en el año 2006 (en adelante, la Convención), correspondiendo a los poderes públicos promover las condiciones para su remoción (art. 9.2 de la Constitución Española). En este espacio ofreceremos algunos comentarios, reflexiones y perspectivas sobre barreras jurídicas, focalizando



Para citar:

Rueda Monroy, J. A. (2024). Los incesantes desafíos de la discapacidad en el derecho sociolaboral: algunas reflexiones sobre cuestiones actuales. *Revista Española de Discapacidad*, 12(2), 217-227.

Doi: <<https://doi.org/10.5569/2340-5104.12.02.11>>



sobre algunos temas recientes, controvertidos y de gran interés en el campo de la discapacidad y el derecho sociolaboral. Particularmente nos aproximamos a tres temas concretos: la compatibilidad de la incapacidad permanente en grado de absoluta y gran invalidez con el trabajo, el despido automático por motivo de declaración de incapacidad permanente y la jubilación anticipada por discapacidad. Antes de ello dedicaremos unas líneas a exponer muy sucintamente las principales características del abigarrado marco normativo regulador de tales instituciones y el enfoque desde el que se aborda el presente análisis.

Entre los avances en la inclusión y en la igualdad que se reseñaban en el comienzo de esta entrada, se ha de considerar la esfera institucional o normativa. El marco jurídico de la discapacidad está inmerso en una etapa efusiva, con normas que evolucionan e interpretaciones que mantienen el derecho positivo en constante ebullición y evolución para acomodarlo a las necesidades y a los derechos de las personas con discapacidad. Todo ello en un paradigma consolidado desde ese punto de vista jurídico con la ya citada Convención. Este proceso de cambios, que se impulsa primigeniamente desde el movimiento social, requiere de un tiempo para penetrar las capas sociales e institucionales del país. Insistiendo en lo normativo, la legislación española ha ido paulatinamente adaptándose al enfoque de dicha Convención con sucesivas leyes (por todas, la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*) y continuas reformas sobre legislaciones básicas que apuntan o inciden particularmente en el colectivo. Sobre estas últimas, y en relación con las cuestiones que aquí nos traen, interesa destacar el *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* o el *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*. Así ocurre también en el ámbito de la Unión Europea, institución que suscribió por primera vez un convenio de derechos humanos con la ratificación de la Convención en el año 2010, lo que obliga a entender, en palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ya en el año 2013, en sentencia de 11 de abril, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11), «que sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión» y que la principal norma en el derecho antidiscriminatorio en su ámbito, «la Directiva 2000/78 debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención». Con todo, no podemos obviar para la comprensión de la problemática que abordamos con carácter general, las implicaciones que todo ello tiene con respecto a nuestro derecho interno y que a veces no son tenidas en cuenta. Baste indicar que estas normas de derechos humanos han de servir de canon hermenéutico en lo que se refiere al entendimiento de los derechos fundamentales consagrados en nuestra constitución ex artículo 10.2 de la Constitución Española.

Precisamente los temas que aquí se presentan son buena muestra de lo que apenas se acaba de señalar. Respecto al primero, la compatibilidad de pensiones con el trabajo, porque se considera –y esto es una opinión personal amparada en la libertad que concede el espacio en el que se inserta este escrito, aunque, eso sí, compartida con buena parte de la doctrina especializada en la cuestión– que el cambio jurisprudencial producido con la reciente sentencia del Tribunal Supremo 544/2024 del pasado 11 de abril no se produce con una exégesis orientada hacia la justicia si se tiene en cuenta todo el contexto institucional. En lo que se refiere al despido automático porque, obviándose también ese contexto institucional, no se ha venido a legislar y a interpretar conforme a los estándares normativos consagrados internacionalmente, tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 18 de enero del presente ejercicio (asunto Ca Na Negreta, C-631/22), habiendo inducido una modificación normativa –sobre la que se dará cuenta a posteriori–. Y, con respecto a la jubilación anticipada, por mantenerse unas excepciones a la edad de jubilación ordinaria –también a juicio de quien suscribe– con déficits importantes en cuanto a su justificación y funcionamiento, infrutilizadas (motivado en gran medida por tales déficits) y que tampoco son del todo acordes con el paradigma que consagra la Convención.

Pero antes de continuar, se ha de hacer referencia a la metodología que sigue el presente trabajo, que no se centra únicamente en lo normativo, sino que pretende destacar todas las dimensiones de la relación jurídica. Lo propio se corresponde con el enfoque tridimensional característico de la propuesta de justicia relacional (Márquez Prieto, 2008). Y ello es así porque el modelo al que tan claramente obedece la Convención es muy cercano a este enfoque (recuérdese, la discapacidad surge de la interacción causal de unas diferencias orgánicas o funcionales con unas barreras sociales) pero también porque la protección de los derechos de las personas con discapacidad hace aflorar claramente dos dimensiones que, según dicho enfoque, han de adaptarse mutuamente para contribuir a la justicia en las relaciones jurídicas: la dimensión institucional-normativa y la de la reciprocidad de comportamientos reales, que constituye el objetivo deseable para cualquier norma. Pero, a lo largo de este escrito, sobre todo a partir de las sentencias que se irán relatando, se descubre también la restante dimensión que completa el enfoque, el contexto social y jurídico-axiológico de las otras dos dimensiones, *id est*, la socialidad o red de relaciones sociales a la que corresponden la cultura y conciencia colectivas. Obsérvese que los juzgadores tendrán que engranar las conductas recíprocas apreciadas con las instituciones jurídicas aplicables, lo que se ha de visualizar en la exposición de razones que determinen el sentido del fallo.

De seguido se presentan cada uno de estos temas en boga desde una visión jurídica, comprensiva y actualizada, pretendiéndose con ello destacar la importancia de seguir avanzando hacia una legislación inclusiva y respetuosa con los estándares actuales de la discapacidad desde los distintos planos identificados.

2. Crónica de una doctrina inesperada: incapacidad permanente en grado de absoluta, gran invalidez y trabajo

El primer asunto que se destaca es el sorpresivo vuelco interpretativo que se produce con la sentencia del Tribunal Supremo 544/2024, de 11 de abril de 2024, sobre la normativa de seguridad social que contempla la compatibilidad de pensiones de incapacidad permanente con el trabajo. Tras dieciséis años de convivencia pacífica y de seguridad jurídica en esta cuestión, consolidada principalmente con la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008 (núm. 480/2007), que permitía una «interpretación amplia y flexible de la compatibilidad entre el trabajo y la percepción» de la prestación (Romero Ródenas, 2019) abandonando un criterio añejo y poco acorde con los principios básicos sobre la materia¹, el Alto Tribunal vuelve a entender que el percibo de la pensión en los grados de incapacidad permanente en grado de absoluta y gran invalidez es incompatible con cualquier trabajo que no sea marginal o de escasa insignificancia (en palabras textuales: «labores de índole accesorio, marginal, ocasional o limitado que, siendo o no lucrativas, no den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social»).

Mucho se ha escrito y debatido en estos meses sobre los hechos y la trascendencia del asunto en distintos foros (véanse, entre otros, los análisis del profesor Beltrán de Heredia Ruiz (2024) en su blog, o del profesor Cavas Martínez (2024), en la Revista de Jurisprudencia Laboral). También se nos ha permitido difundir diez argumentos estrictamente jurídicos contra el criterio que asienta el pleno del Tribunal Supremo en un trabajo

¹ Véase sobre la evolución jurisprudencial *in extenso* en Pérez San Blas, C. J. (2021). La compatibilidad entre pensión de gran invalidez y trabajo. Un recorrido histórico de la doctrina jurisprudencial, *Anales de derecho y discapacidad*, (6), 275-310.

que suscribo junto con el profesor Vigo Serralvo y que ha sido publicado en CERMI diario (Vigo Serralvo y Rueda Monroy, 2024), al que se remite para un análisis centrado en el derecho positivo. En estas líneas se considera necesario trascender de la institucionalidad e ir un poco más allá. Para ello, se ha de empezar cuestionando la actitud de la Administración de Seguridad Social (esfera los comportamientos recíprocos) que, obstaculizando la compatibilidad, origina el conflicto que lleva al litigio. Y ello pese a existir en aquellos momentos –se reitera– una jurisprudencia pacífica que permitía tal compatibilidad. Ciertamente la normativa interna (institucionalidad) que regula esta concreta cuestión es crítica (de ahí los referidos vaivenes jurisprudenciales) y para nada es «palmario», como sostiene ya en vía judicial el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico cuarto, que haga referencia a labores marginales o limitadas. Claramente el régimen jurídico de esta prestación merece una reformulación (estando “previsto” un desarrollo reglamentario con el objeto del «establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez» desde la *Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social*, que otorgaba el plazo de un año para lo propio) pero bajo el paraguas de la actual literalidad se pueden sostener ambas interpretaciones². Eso es lo que se venía manteniendo en los dieciséis años anteriores, pero, a mayor abundamiento, es lo que se desprende de la configuración del derecho del trabajo en la Convención y el criterio que mantiene la doctrina más cualificada en la materia. Respecto a lo primero, basta con señalar que el Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad señaló en su *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo* al interpretar el artículo 27 de la Convención que los Estados han de velar “por que las personas con discapacidad reciban una remuneración no inferior al salario mínimo y no pierdan el beneficio de las prestaciones por discapacidad cuando comiencen a trabajar” (p. 63). Con relación a lo segundo, en el reciente *Libro blanco sobre empleo y discapacidad* (Romero Ródenas, 2023) se propone expresamente la modificación del artículo 198.2 de la Ley General de la Seguridad Social «para adaptarlo a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, según la cual es compatible el cobro de la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el desempeño de un trabajo, descartándose totalmente la idea de que este debe ser necesariamente marginal o de escasa dedicación» (p. 927). Se observa como en el supuesto que analizamos existen evidentes vacíos de justicia tanto en la reciprocidad (relación entre Administración e interesado), en la institucionalidad (normativa interna reguladora), como en la socialidad (con una interpretación y aplicación desacertada de los preceptos jurídicos conectados con el caso).

Como consecuencia de la resolución del Tribunal Supremo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social emitió, en fecha 13 de junio de 2024, el criterio de gestión 11/2024 en el que, asumiendo y acogiendo fugazmente la doctrina que de ella emanada, marca las siguientes directrices a sus órganos en cuanto a la aplicación normativa: (1) la suspensión del pago de la pensión mientras se desempeñen trabajos, su posterior reanudación y su no afectación en lo que se refiere al complemento de asistencia tercera persona del art. 196.4 de la Ley General de la Seguridad Social y (2) el mantenimiento de las situaciones que hasta ahora se venían compatibilizando durante la vigencia de dichos contratos. Muchas consideraciones se pueden hacer sobre este criterio interpretativo y aplicativo que, por cuestiones de espacio, reduciremos a dos. La primera, referida a la premura en cuanto a la actuación del Instituto Nacional de la Seguridad Social que, pese a que estamos ante una materia convulsa sobre la que se están negociando y fraguando notables cambios, y existiendo únicamente un pronunciamiento (si bien de Pleno), ha tardado menos de un mes en ordenar sobre la gestión de este asunto. Esto llama la atención si tenemos en cuenta otros antecedentes de cuestiones

² Quien suscribe es partidario de la completa compatibilidad bajo el régimen actual, puesto que esa es la *voluntas legis* como se ha podido demostrar en el trabajo antes reseñado: Vigo Serralvo y Rueda Monroy, 2024.

resueltas por el Tribunal Supremo en perjuicio de los intereses del Instituto Nacional de la Seguridad Social en los que, no sólo no se ha decidido criterio alguno, sino que se ha seguido resolviendo sistemáticamente en contra del/la ciudadano/a (complemento del artículo 60 de la Ley General de la Seguridad Social, por ejemplo). Por otro lado, tampoco resulta desdeñable los agravios comparativos entre actuales pensionistas que compaginan su prestación con el trabajo con otros/as que aún no lo hacen (por conveniencia o porque no la tienen aún reconocida) o con los/as que, compaginándola, aspiran a un cambio de trabajo (por conveniencia o por pérdida de la vigencia del contrato). En definitiva, se termina poniendo de nuevo de relieve nuevas brechas en la reciprocidad, con una actuación de la Administración centrada, más que en la justicia, en la protección de unos intereses económicos mediante la adopción interesada de una determinada doctrina y la interpretación a medida de la ley, que regla esa relación y que ha de tener la virtualidad de orientar o canalizar las conductas de los distintos sujetos hacia la justicia.

3. Relato con final anticipado: extinción contractual automática tras declaración de incapacidad permanente

La siguiente de las cuestiones que se comenta es la suscitada a partir de otra resolución judicial, pero ahora procedente de un órgano supranacional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se hace referencia a la ya mentada sentencia de 18 de enero de 2024 (asunto Ca Na Negreta, C-631/22) que también ha sido solventemente comentada por destacada doctrina (véase, en este sentido, entre muchos otros, los comentarios de la profesora Rivas Vallejo (2024) en la Revista de Jurisprudencia Laboral o del profesor Gutiérrez Colominas (2024) en la colección de *briefs* de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social). En este caso, el Tribunal de Luxemburgo resuelve sobre una posible falta de acomodo de la legislación española (art. 49.1.e del Estatuto de los Trabajadores) al derecho de la Unión (art. 5 de la Directiva 2000/78), al posibilitar nuestra normativa interna la extinción del contrato de forma automática tras la declaración de una gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador/a y sin prever la obligación empresarial de realizar ajustes razonables. Sobre esta obligación cabe mencionar su reconocimiento e importancia en la Convención, en lo que nos ocupa en los artículos 2 y 27 y que, en virtud del primer precepto, su omisión se considera un acto discriminatorio. Las mismas están previstas para situaciones particulares en orden de garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad a través de modificaciones y adaptaciones que sean necesarias, encontrando también acomodo en la normativa interna (véanse los arts. 2, 40 y 63 del Real Decreto Legislativo 1/2013, y arts. 4 y 6 de la Ley 15/2022). De toda esta normativa sobre discapacidad se deduce que «sin inviabilidad de ajuste razonable (esto es, sin intentar aplicar antes dicha medida), la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente constituye discriminación» (Rivas Vallejo, 2024)³. Y así lo entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia que se ha mencionado y que reitera su doctrina previa ya contenida en la sentencia de 10 de febrero de 2022 (asunto HR Rail, C-485/20), en la que fija que el concepto de ajustes razonables «implica que un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto

³ En el mismo sentido, pronunciándose sobre las consecuencias en la calificación del despido, Sempere Navarro (2024): «Aplicar la causa extintiva sin superar la fase de ajustes razonables aboca a la discriminación por discapacidad, esto es, a la nulidad del despido».

para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario»⁴. Antes de continuar hay que señalar que esta cuestión que ahora se aborda en sede judicial ya había sido atisbada desde antaño por parte de la doctrina laboralista⁵, sin que hubiese suscitado el interés de los poderes públicos hasta la fecha.

La citada resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ocasionado un aluvión de consecuencias en el panorama político-legislativo en nuestro país. La sentencia produjo como primer efecto el acuerdo⁶ entre el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi) y el Ministerio de Trabajo para la eliminación de esta causa de extinción contractual, a lo que sucedió la propuesta de anteproyecto de reforma en materia de despido sobre la que tuvo oportunidad de pronunciarse el Consejo Económico y Social en el dictamen 6/2024 (CES, 2024). En esencia, la propuesta del Ministerio contempla la eliminación de las incapacidades del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores, que quedaría circunscrito a la extinción por muerte, y una nueva letra para el mismo precepto, la n), que condiciona la extinción a la voluntad de la persona trabajadora, que puede solicitar la realización de los ajustes razonables en su puesto o un cambio de puesto si no resultan posibles los ajustes porque constituyan una carga excesiva⁷. Pues bien, la propuesta fue informada desfavorablemente por el órgano consultivo en el dictamen antes señalado por aspectos que son compartidos por quien suscribe. Relacionado con lo que nos ocupa, fundamentalmente, por la falta de encaje normativo que tiene el trasladar a la persona trabajadora la solicitud de la adaptación. Esta nueva regulación se opondría al ajuste como obligación automática (sin necesidad de que medie solicitud) en concordancia con lo previsto en la propia Convención y que ha sido expresamente reconocido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 51/2021 de 15 marzo⁸. Con todo, finalmente el Consejo de Ministros ha aprobado la reforma.

Obsérvese como en este caso los vacíos de justicia en la reciprocidad (en la relación entre un empleador que despide a un trabajador por su declaración de incapacidad permanente pese a que ya había acometido ajustes razonables) y en la institucionalidad (con una normativa que no es acorde a los estándares de la Convención) se solventan con una interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que responde desde una perspectiva más amplia y de derechos humanos, aprovechando la ocasión para dar un toque de atención al legislador interno (que ha servido de acicate para el cambio normativo). Pero en este punto, aun celebrando el resultado final, se hace preciso repensar en aquellas situaciones discriminatorias que se han podido suceder a lo largo de estos más de quince años desde la entrada en vigor de la Convención, pese a la existencia de doctrina científica que apuntaba a ellos. Pero, además, resulta necesario destacar que el resultado normativo final que se pretende aprobar puede que tampoco sea del todo pacífico. En síntesis, los distintos poderes del Estado deberían haber tenido en cuenta desde hace mucho la operatividad del conjunto contextualizado de nuestro ordenamiento, siendo especialmente relevante en este caso los principios que se derivan de la Convención y las finalidades que se desprenden de la misma.

⁴ No obstante, respecto al caso que nos ocupa el Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en sentencia de 19 de marzo de 2024, ha declarado finalmente el despido como improcedente puesto que no fue invocada por la recurrente la nulidad y puesto que —a juicio del tribunal— no estamos ante un supuesto de nulidad objetiva (cuestión de orden público procesal) de los previstos en el artículo 108.2, 2º párrafo de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* en relación con el 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

⁵ Véase, entre otros, Rodríguez Sanz de Galdeano (2014).

⁶ <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/trabajo14/Paginas/2024/030424-derogado-despido-incapacidad-permanente.aspx>.

⁷ No se entra a valorar en estas líneas las alusiones o concreciones sobre la determinación de la carga excesiva en la medida en que entendemos que nada nuevo aporta a nuestro vigente régimen jurídico, puesto que se encuentran previsiones análogas en otras normas internas que aluden a los ajustes razonables.

⁸ Se puede leer en la misma que «la obligación de realizar dichos ajustes no se limita únicamente a aquellos casos en que se soliciten expresa y formalmente por el afectado; alcanza también a los supuestos en los que [...] quien deba garantizar su derecho a no ser discriminado tenga conocimiento de dicha discapacidad».

4. A vueltas con un marco jurídico de jubilación ineficaz e ¿injustificado?

Por último, se ha querido aludir a la jubilación anticipada por motivos de discapacidad recogida en el artículo 206bis de la Ley General de la Seguridad Social en atención a las recientes reformas que se propugnan sobre la misma. La más actual es el *Proyecto de Orden ISM/XXX por el que se regula el procedimiento de inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad en el anexo del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento*, pero no se debe obviar que esta misma institución en esa misma vertiente (la de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento) sufrió una reforma el pasado año con el *Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento*, si bien, se puede decir que esta última vino a colmar las enormes lagunas existentes en la regulación de la figura de acuerdo con lo que venían expresando los jueces y tribunales en la aplicación e interpretación de la misma⁹.

En primer término, se ha de expresar que la jubilación anticipada por discapacidad estaba contemplada en nuestro ordenamiento con anterioridad a la Convención y que su regulación presenta, a nuestro juicio, algunas contradicciones a la luz de esta, no habiéndose adaptado a la misma. En nuestro país se configuran dos mecanismos con distinto funcionamiento y fundamento, que reducen –ambos– la edad de jubilación pero sin aplicación de coeficiente reductor alguno, o lo que es lo mismo, sin pérdida económica del pensionista, lo que hace que estemos ante una medida de anticipación de la edad de jubilación (Gala Durán, 2020, p. 56): el primero de ellos (desarrollado en el Real Decreto 1539/2003), el “general”, reduce la edad hasta el límite de 52 años aplicando unos coeficientes a los años trabajados con discapacidad igual o superior al 65 % dependiendo de la concurrencia o no de necesidad de una tercera persona; el segundo (desarrollado en el Real Decreto 1851/2009), que podemos nombrar como “especial”, reduce la edad de jubilación a los 56 años automáticamente si se ha trabajado durante 15 años con una discapacidad de las contempladas en la normativa de desarrollo y con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 45 %. Esta segunda posibilidad, desde su entrada en vigor el 1 de enero de 2010, ha experimentado –además de la que se encuentra en ciernes– tres reformas (Real Decreto 1148/2011, Ley 27/2011 y Real Decreto 370/2023) tendentes a flexibilizar los requisitos de acceso a la prestación «con el consiguiente incremento potencial del número de personas beneficiarias» (Areta Martínez, 2024). Y es que no se puede desentender que estamos ante una medida totalmente ineficiente si atendemos a las personas con discapacidad que se acogen a ella (Maldonado Molina, 2022, p. 184).

Pero los inconvenientes de esta regulación van más allá y alcanzan al fondo. Comenzando por el mecanismo en sí, se ha de aclarar que para las personas que opten por el “sistema general”, por tener un grado reconocido de discapacidad igual o superior al 65 %, se les multiplica los años trabajados con discapacidad por un 0,50 o 0,25 dependiendo de la necesidad –o no, respectivamente– del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida y el resultado será los años a reducir a la edad ordinaria de jubilación, con el límite de los 52 años. Ocurre que es matemáticamente imposible reducir la edad a los 52

⁹ Un repaso a esta jurisprudencia y a los problemas planteados previos a la reforma se efectuó en Rueda Monroy (2022).

años aplicando el coeficiente del 0,25 (se requerían 60 años trabajados para reducir 15 la edad de jubilación) y tremendamente difícil alcanzarla con el coeficiente del 0,5 (30 años trabajados, lo que implicaría que la persona con discapacidad tuviera reconocido aquel grado a los 22 años y que desde entonces acumulase ininterrumpidamente periodos de cotización). Esta regla no parece del todo proporcionada entre sí (motivándose la diferencia únicamente en la necesidad de tercera persona) pero, es más, las dificultades en cuanto a su cumplimiento harán que la persona con discapacidad opte cuando sea posible por la “vía especial” (disposición adicional 1ª Real Decreto 1851/2009). En la “modalidad especial” la reducción de la edad es automática a los 56 años, pero se ha de acreditar mediante informe médico estar afecto de una patología de las listadas en el anexo reglamentario y que al menos durante cinco años el grado de discapacidad haya sido del 45 %. Este último aspecto ha sido aclarado por la reforma del año 2023, lo que es desdeñable y beneficioso para la seguridad jurídica.

En lo referente a la causa de justificación de la media de acción positiva se observa cómo mientras que en el Real Decreto 1539/2003 se alude «al mayor esfuerzo o penosidad» de las personas con discapacidad en el desempeño de la actividad laboral, en el supuesto del Real Decreto 1851/2009 se adiciona, en relación con las patologías listadas, evidencias de reducción de la esperanza de vida de la persona trabajadora con discapacidad. Una vez comprendido su funcionamiento conviene reflexionar sobre varios aspectos. En relación con la primera vía, si merecen el mismo tratamiento todas las personas con grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 % sin atender a factores contextuales o del entorno de la prestación de los servicios. Dicho en otras palabras, la mayor penosidad o esfuerzo vendrá en este supuesto en su mayoría determinada por ese ambiente laboral, y no tanto por el específico grado de discapacidad reconocido (que se fija discrecionalmente por la norma en el 65, sin mayor explicación) o, a mayor abundamiento, relacionado con el mecanismo en sí, de la necesidad de que concurra una tercera persona. Respecto a la segunda, si las patologías listadas en el anexo (*numerus clausus*) afectan por igual a la esperanza de vida, precisándose a este respecto alguna aclaración en lo referente a en qué medida esto es así. Como lo más razonable es que no sea así (sin que –se insiste– se haga alusión alguna en la norma a ello), es decir, que cada una de estas patologías reduzcan la esperanza de vida en un índice determinado –menor o mayor–, se ha de admitir que la medida tiene distinta potencialidad dependiendo del tipo de discapacidad que tenga la persona trabajadora.

Todas estas cuestiones puestas de manifiesto son identificables con vacíos de justicias en la esfera de la institucionalidad y, sin lugar a dudas, inciden en el fracaso de estas medidas. Desde el punto de vista legislativo, se hace necesaria la consideración de un proyecto de reforma integral que no se limite al procedimiento de inclusión de nuevas patologías. Con todo, este último impulso, cuyo plazo para presentar propuestas finalizó el pasado 24 de julio, incluye avances importantes y alguna otra cuestión a considerar (véase Germi, 2024) también desde la perspectiva de género, sin que se haya tenido en consideración –ni antes ni ahora– que la esperanza de vida de hombres y mujeres no es la misma y que hay patologías discapacitantes cuya prevalencia es muy superior en un género que en otro (Areta Martínez, 2024). En cualquier caso, es de celebrar que por fin se abra la vía para la incorporación de nuevas patologías de las que se ha evidenciado una reducción en la esperanza de vida de quienes la sufren (artritis reumatoide, espina bífida, fibromialgia, esclerosis sistémica...) y para ello se tenga en cuenta, con la participación y formando parte de la comisión técnica encargada de emitir informe sobre las inclusiones de patologías, a las personas con discapacidad representadas por asociaciones y organizaciones que defienden sus intereses.

Referencias bibliográficas

- Areta Martínez, A. (2024). La jubilación de las personas trabajadoras con patologías discapacitantes en grado igual o superior al 45 %: un apunte sobre el Proyecto de Orden ISM que regula el procedimiento de inclusión de nuevas patologías en el Real Decreto 1851/2009. *Briefs AEDTSS*, (68). <https://www.aedtss.com/la-jubilacion-de-las-personas-trabajadoras-con-patologias-discapacitantes-en-grado-igual-o-superior-al-45-un-apunte-sobre-el-proyecto-de-orden-ism-que-regula-el-procedimiento-de-inclusion-de-nuevas-pa/>.
- Beltrán de Heredia Ruiz, I. (13 de mayo de 2024). La prestación de incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez no es compatible con el trabajo, salvo si es marginal o esporádico (STS\Pleno 11/4/24), *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2024/05/13/la-prestacion-de-incapacidad-permanente-absoluta-y-la-gran-invalidez-no-es-compatible-con-el-trabajo-salvo-si-es-marginal-o-esporadico-sts-pleno-11-4-24/>.
- Cavas Martínez, F. (2024). Incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo, salvo que sea esporádico o marginal: nuevo revés jurisprudencial para los grandes inválidos. *Revista de jurisprudencia laboral*, (5). https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002690.
- Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (2024). *Informe de alegaciones del Cermi al Proyecto de Orden ISM/XXX por la que se regula el procedimiento de inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad en el anexo del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento*. Cermi.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2017). *Observación general núm. 8 (2022) sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo, CRPD/C/GC/8 (9 de septiembre de 2022)*. Organización de las Naciones Unidas.
- Consejo Económico y Social (2024). *Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en materia de extinción del contrato de trabajo*. Dictamen 6/2024. CES. <https://www.ces.es/documents/10180/5295981/Dic062024.pdf>.
- España. Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de julio de 1997, núm. 169, pp. 21781-21787.
- España. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de agosto de 2011, núm. 184, pp. 87478-87494.
- España. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado*, 2 de agosto de 2011, núm. 184, pp. 87495-87544.
- España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de diciembre de 2011, núm. 245, pp. 106584-106725.
- España. Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. *Boletín Oficial del Estado*, 13 de julio de 2022, núm. 167, pp. 98071-98109.

- España. Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía. *Boletín Oficial del Estado*, 20 de diciembre de 2003, núm. 304, pp. 45343-45345.
- España. Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento. *Boletín Oficial del Estado*, 22 de diciembre de 2009, núm. 307, pp. 108161-108163.
- España. Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de julio de 2011, núm. 182, pp. 86801-86813.
- España. Real Decreto 370/2023, de 16 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161.bis de la Ley General de la Seguridad Social en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento. *Boletín Oficial del Estado*, 17 de mayo de 2023, núm. 117, pp. 68237-68242.
- España. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. *Boletín Oficial del Estado*, 3 de diciembre de 2013, núm. 289, pp. 95635-95673.
- España. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de octubre de 2015, núm. 255, pp. 100224-100308.
- España. 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. *Boletín Oficial del Estado*, 31 de octubre de 2015, núm. 261, pp. 103291-103519.
- España. Sentencia 51/2021 del *Tribunal Constitucional* (Sala Primera), de 15 de marzo de 2021. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-6597.
- España. Sentencia 480/2007 del *Tribunal Supremo* (Sala de lo Social), de 30 de enero de 2008. <https://vlex.es/vid/inss-rd-23-omil-om-18-1gss-39002235>.
- España. Sentencia 544/2024 del *Tribunal Supremo* (Sala de lo Social), de 11 de abril de 2024. <https://normacef.es/buscaResult/shDocumento.aspx?id=NSJ066417&tkId=28b7cac2-2054-4c80-9d97-5360a7cbd6b0&op=rtss>.
- Gala Durán, C. (2020). La jubilación anticipada de las personas con discapacidad. *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, (7).
- Gutiérrez Colominas, D. (2024). Extinción del contrato de trabajo e incapacidad permanente total: anotaciones a la ST-JUE de 18/01/2024, Ca Na Negreta, C-631/22. *Briefs AEDTSS*, (8). <https://www.aedtss.com/extincion-del-contrato-de-trabajo-e-incapacidad-permanente-total-anotaciones-a-la-stjue-de-18-01-2024-ca-na-negreta-c-631-22/>.
- Islas Baleares. Sentencia 147/2024 del *Tribunal Superior de Justicia* (Sala de lo Social), de 19 de marzo de 2024. <https://normacef.es/buscaResult/shDocumento.aspx?id=NSJ066558&tkId=d559dbad-8071-4e81-8e8d-b8f-bb17f445f&op=rtss>.
- Maldonado Molina, J. A. (2022). Las jubilaciones anticipadas y por edad reducida en la ley 21/2021, de 28 de diciembre. *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (467).
- Márquez Prieto, A. (2008). *Repensar la justicia social. Enfoque relacional. Teoría de juegos y relaciones laborales en la empresa*. Thomson-Aranzadi.
- Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (2024). *Proyecto de Orden ISM/xxx por la que se regula el procedimiento de inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad en el anexo del Real Decreto*

- 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento. https://expinterweb.inclusion.gob.es/participacion/downloadFile?blob=OM_nuevas_patologias_para_AIP.pdf&norma=2024015.
- Organización de las Naciones Unidas (2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. ONU. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>.
- Pérez San Blas, C. J. (2021). La compatibilidad entre pensión de gran invalidez y trabajo. Un recorrido histórico de la doctrina jurisprudencial. *Anales de derecho y discapacidad*, (6), 275-310.
- Rivas Vallejo, P. (2024). La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato. *Revista de jurisprudencia laboral*, (1), p. 1-9. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002594.
- Rodríguez Sanz de Galdeano, B. (2014). La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad. *Temas laborales*, (127), pp. 85-120.
- Romero Ródenas, M. J. (2019). Compatibilidad de la incapacidad permanente con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, al no ser perjudicial o inadecuado al estado del trabajador. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, (4), p. 1-8. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000455.
- Romero Ródenas, M. J. (Dir.) (2023). *Libro blanco sobre empleo y discapacidad*. Real Patronato sobre Discapacidad. <https://www.sis.net/documentos/ficha/586922.pdf>.
- Rueda Monroy, J. A. (2022). Puntos críticos en la regulación de la jubilación anticipada por discapacidad: una medida necesitada de reforma. En *La encrucijada de las pensiones del sistema español de seguridad social: el nuevo pacto de Toledo y su desarrollo legislativo*, 2, 837-856.
- Sempere Navarro, A. V. (2024). El caso 'Na Negreta' conmociona la IPT (STJUE 18 enero 2024). *Actualidad jurídica Aranzadi*, (1004). <https://www.legaltoday.com/revista-aja/1004/>.
- Unión Europea. Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2 de diciembre de 2000, núm. L 303, pp. 16-22.
- Unión Europea. Sentencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (Sala Segunda), de 11 de abril de 2013. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0335>.
- Unión Europea. Sentencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (Sala Tercera), de 10 de febrero de 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020CJ0485>.
- Unión Europea. Sentencia del *Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (Sala Primera), de 18 de enero de 2024. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CJ0631>.
- Vigo Serralvo, F. y Rueda Monroy, J. A. (20 de julio de 2024). Diez argumentos jurídicos en favor de la compatibilidad de la prestación por IPA/GI con el trabajo. A propósito de la STS, sala 4, núm. 544/2024 de 11 de abril. *CERMI.es diario*. <https://diario.cermi.es/opinion/diez-argumentos-juridicos-en-favor-de-la-compatibilidad-de-la-prestacion-por-ipagi-con-el-trabajo-a-proposito-de-la-sts-sala-4-num-5442024-de-11-de-abril>.