

DL

DISCAPACIDAD Y JUBILACIÓN: EL REAL DECRETO 1851/2009 SOBRE ANTICIPACIÓN DE LA JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES DISCAPACITADOS

Alberto Valdés Alonso*

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DISCAPACIDAD Y TRABAJO.—II. LA JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA.—III. EL REAL DECRETO 1851/2009, DE 4 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DESARROLLA EL ARTÍCULO 161 BIS DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN CUANTO A LA EDAD DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN GRADO IGUAL O SUPERIOR POR CIENTO: a) Consideraciones generales. b) Ámbito de aplicación, patologías discapacitantes y su acreditación. c) Dinámica de la prestación.

RESUMEN

Como ya en su día instaurase el Real Decreto 1539/2003, el Real Decreto 1851/2009 regula ahora un nuevo régimen de jubilación anticipada para las personas discapacitadas, normativa que se justifica en virtud de la especial penosidad que supone la realización del trabajo para este colectivo. Además, se parte del hecho objetivo de la menor esperanza de vida de determinados discapacitado lo cual implica, en orden a la prestación de jubilación, que una buena parte de los trabajadores afectos a estas discapacidades «de riesgo» no alcanzarán la edad ordinaria para la jubilación o, si lo hacen, no percibirán la prestación durante el periodo de tiempo que resulte acorde con las cotizaciones efectuadas. Desde estos presupuestos se aborda la regulación de una jubilación anticipada que, reduciendo el grado de

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

discapacidad exigido en Real Decreto 1539/2003, es tan sólo de aplicación a quien se encuentre afecto a determinadas enfermedades que, por su gravedad, hacen acreedores a quien las padecen de un trato de favor por parte de Sistema.

I. INTRODUCCIÓN: DISCAPACIDAD Y TRABAJO

Tras la II Guerra Mundial, y como consecuencia de las desastrosas consecuencias que se generaron en la sociedad tanto en el orden sanitario rehabilitador como en el orden relativo a la vulneración de los derechos humanos, se comienza una —hasta ahora— incesante labor en materia de atención a las personas con discapacidad. Es entonces, en los albores del Estado del Bienestar, cuando se instaura un primer modelo de discapacidad de naturaleza básicamente médico-legal, que, como no podía ser de otra manera, trataba de afrontar una inmensa necesidad reparadora médico-sanitaria y que debía asentarse, si quería prosperar, en unos criterios de valoración objetiva. De esta manera, se construyen modelos médico-reparadores en la línea conceptual que estructura los aún incipientes sistemas de Seguridad Social de la época, haciéndose partícipe al Estado en el ámbito asistencial de este colectivo y rompiendo con la tradicional tendencia histórica de confiar al ámbito familiar o a la beneficencia la protección de este colectivo¹. Es, si lo queremos definir de una manera plástica, la «época de la minusvalía», donde se pone el acento sobre la objetivación del rendimiento funcional y la actividad del individuo tomado de forma aislada. En este sentido, la aplicación de beneficios, acciones, programas, etc., recae sobre aquellos sujetos que el ordenamiento jurídico califica objetivamente como minusválidos, de acuerdo a los criterios de reducción o limitación anatómico-funcional puestos en relación con la realización de una actividad². Se analiza al sujeto en abstracto sin tomar en consideración la necesaria interrelación con su entorno social, de ahí «*que la concepción de discapacidad queda asociada a la situación de la persona, de cada persona, a la que se considera, al menos en la fase de detección de la minusvalía, como objeto de*

¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 372.

² Tradicionalmente problemática, ya desde sus orígenes, es la intrínseca asociación de la incapacidad con la realización de un trabajo. Sobre el particular, véase ALONSO OLEA, M./TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de la Seguridad Social*, 18.^a Edición, CIVITAS, Madrid, 2002, págs. 293-294.

control clínico o de tratamiento terapéutico»³. Es, por tanto, una discapacidad directamente relacionada con la posibilidad o no de realización de una actividad.

Con posterioridad y quizá con más tardanza de la debida —finales de la década de los setenta— se repara en que ese modelo, si parcialmente válido y necesario, debe ser complementado mediante la aplicación de otros parámetros para la reinserción del sujeto discapaz. Ya no basta el subsidio económico y/o la adaptación médico-reparadora de cara a la realización de un trabajo, sino que se precisa evolucionar hacia la integración total en todos los entornos de la sociedad. Además, la «urgencia» de los desastres de la guerra ya había pasado y se debía atender, además, a todo un colectivo de personas discapacitadas que, de siempre, habían existido y que requerían igualmente de medidas reparadoras en todos los órdenes de la vida. Se trata, por tanto, de remover las barreras que impiden la total integración de la persona afecta de una discapacidad con independencia de la naturaleza u origen de ésta y, sobre todo, desvinculada teleológicamente de la realización de un trabajo. El punto de inflexión en este nuevo concepto de discapacidad debemos situarlo en la Resolución 31/123, de la Asamblea General de Naciones Unidas⁴ donde, bajo el lema, «*la participación e igualdad plena de las personas con discapacidad*» se declara el Año Internacional de los Impedidos señalando como objetivo prioritario la integración social de las personas con discapacidad con un carácter global e integral «*y no como, en etapas anteriores, dirigidas a proteger a los heridos de guerra o a las víctimas de los accidentes de trabajo*»⁵. Este modelo social de discapacidad, por tanto, se basa en el reconocimiento del derecho de este colectivo a disfrutar de las mismas condiciones de vida que el resto de los ciudadanos, así como de disponer de igualdad de oportunidades respecto del acceso a cuantas mejoras se generen como consecuencia del progreso económico y social. Consiste, por tanto, en una igualdad de oportunidades de acceso a las estructuras sociales estableciéndose una inversión en la tradicional concepción del sistema o mecanismo de interacción del discapacitado en la sociedad: la regla social imperante exigirá la acomodación de la norma estandarizada a la diferencia y no a la inversa, situación esta última que termina generando una exclusión sutil cuando no evidente⁶.

³ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, ob. cit., pág. 371.

⁴ A/RES/31/123. Año Internacional de los Impedidos. 102.^a Sesión Plenaria, 16 de diciembre de 1976.

⁵ BLANCO EGIDO, E./SÁNCHEZ SALCEDO, A. M., «El enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales», en *RMTAS*, Asuntos Sociales, núm. 65, 2006, pág. 40.

⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», en *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, ob. cit., pág. 373. En este sentido, citado por el autor, véase QUINN, G./DENEGER, T. H., *Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades de los instrumentos de derechos humanos de las*

Finalmente, en la actualidad nos encontramos con un tercer modelo que, con independencia de la necesaria pervivencia de los modelos médicos y sociales en determinados aspectos, parte del principio de orientar el concepto de discapacidad hacia la consecución de aquellas medidas que aseguren el pleno disfrute de los derechos y libertades básicos que impregnan todo ordenamiento jurídico democrático⁷. Se trata, por tanto, de asegurar la igualdad de las personas con discapacidad, empleando como instrumento el reconocimiento y ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos⁸. Es por tanto un concepto amplio de discapacidad, que implica un rediseño del ordenamiento jurídico que les permita el ejercicio de sus derechos en las tres dimensiones básicas que conforma la ciudadanía: la dimensión civil, la dimensión política y la dimensión social⁹. Este modelo se basa no tanto en la generación de un nuevo marco legislativo que confiera nuevos derechos a las personas con discapacidad, sino en el proporcionar los dispositivos que aseguren el efectivo disfrute de derechos que, en múltiples ocasiones, ya están reconocidos en convenciones normativas anteriores. Es por tanto una cuestión no sólo de índole sustantiva, sino también de eficacia. En muchas ocasiones la adopción de este modelo pasará simplemente por la relectura de los preceptos ya existentes conectándolos con la realidad que objetiva y subjetivamente configura la discapacidad.

Con independencia de la solidez con que se ha asentado este último modelo de discapacidad denominado como «de ciudadanía», lo cierto es que, como hemos señalado, aún persiste como dotado de validez general el modelo de discapacidad de naturaleza medico-legal que se encuentra fuertemente vinculado a las restricciones que sufre el sujeto en lo que respecta a su capacidad para el desarrollo de una actividad remunerada y que, al menos parcialmente, es tributario de la noción de invalidez o incapacidad propias de los actuales sistemas de Seguridad Social. De esta manera, en nuestra legislación ordinaria, junto con la normativa que aborda específicamente el tratamiento autónomo de la discapacidad —señaladamente las Leyes 13/1982¹⁰ y 51/2003¹¹ y, más recientemente, de forma parcial, la Ley

Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, Nueva York-Ginebra, Naciones Unidas, 2002, págs. 20-21.

⁷ QUINTANILLA NAVARRO, B., «Igualdad de trato y no discriminación en función de la discapacidad», en *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, *ob. cit.*, pág. 207.

⁸ BLANCO EGIDO, E./SÁNCHEZ SALCEDO, A. M., «El enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales», *ob. cit.*, pág. 43.

⁹ LÓPEZ PELÁEZ, A., «Democracia, discapacidad y dependencia: ¿qué papel juega la noción de ciudadanía en las declaraciones y recomendaciones internacionales?», en *RMTAS*, Asuntos Sociales, núm. 65, 2006, págs. 14-15.

¹⁰ Ley 13/1982, de 7 de abril, de *Integración Social de los Minusválidos* (B.O.E. núm. 103, de 30 de abril).

¹¹ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* (B.O.E. núm. 289, de 3 de diciembre).

39/2006¹²—, aún subsisten y se generan determinadas disposiciones en Seguridad Social que abordan la interrelación entre la situación discapacitante y la realización del trabajo. En este entorno es donde debemos situar el Real Decreto 1851/2009¹³ —que analizamos en este estudio—, así como su antecedente inmediato, el Real Decreto 1539/2003¹⁴, normas ambas que configuran el régimen jurídico que establece la vinculación entre determinadas situaciones discapacitantes con la posibilidad de anticipar la edad de jubilación.

II. LA JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA

Tanto el Real Decreto 1539/2003 como el Real Decreto 1851/2009 justifican la instauración de un régimen de jubilación anticipada para las personas discapacitadas en virtud de la penosidad que supone la realización del trabajo para este colectivo. Efectivamente, el Real Decreto 1539/2003, en su Exposición de Motivos ya señalaba que esta previsión normativa *«tiene como fundamento el mayor esfuerzo y penosidad que ocasiona para un trabajador minusválido la realización de una actividad profesional»*. En similar sentido se pronuncia la Exposición de Motivos del Real Decreto 1851/2009, añadiendo además, como factor concurrente, la evidente reducción de la esperanza de vida de un importante segmento de los discapacitados.

En lo que respecta a la mayor penosidad del trabajo para quien sufre discapacidad se asume, ahora desde la contingencia de la jubilación, los postulados que han justificado la existencia de la incapacidad permanente parcial en nuestro ordenamiento de Seguridad Social. Efectivamente, el artículo 137.3 TRLGSS define la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual como aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. No siendo, por tanto, un grado de incapacidad que inhabilite al sujeto para la realización del trabajo, la jurisprudencia ha venido realizando diversas precisiones respecto de la configuración y alcance de este grado de incapacidad¹⁵ señalando —a los efectos que ahora nos impor-

¹² Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (B.O.E. núm. 299, de 15 de diciembre).

¹³ Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 161 bis de la Ley General de Seguridad Social en cuanto a la edad de jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior por ciento (B.O.E. núm. 307, de 22 de diciembre).

¹⁴ Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de trabajadores que acrediten un grado importante de minusvalía (B.O.E. núm. 304, de 20 de diciembre).

¹⁵ Sobre el particular, véase ALONSO OLEA, M./TORTUERO PLAZA, J. L., «Instituciones de Seguridad Social», *ob. cit.*, págs. 100-101, así como la importante masa jurisprudencial allí citada.

tan— que esta reducción de la capacidad de trabajo no se identifica tan sólo con la efectiva disminución del rendimiento debido o habitual, sino también con el esfuerzo o sobreesfuerzo necesario para alcanzar el mismo. O, dicho en otras palabras, se valora la penosidad del trabajo realizado padeciendo la incapacidad de referencia, trabajo que no necesariamente debe ser inferior cuantitativa o cualitativamente al debido en virtud del contrato o costumbre. No se valora por tanto y de forma aséptica el rendimiento normal, sino el esfuerzo normal para obtenerlo¹⁶.

En lo que respecta al segundo factor que justifica esta anticipación de la jubilación, esto es, la menor esperanza de vida, resulta evidente que aun cuando en la actualidad se ha incrementado el número de discapacitados debido al aumento de la esperanza de vida en términos generales, lo cierto es que determinadas patologías discapacitantes entrañan serios riesgos para la salud y supervivencia de quien las padecen. Ello implica, en orden a la prestación de jubilación, que una buena parte de los trabajadores afectos a estas discapacidades «de riesgo» no alcanzarán la edad ordinaria para la jubilación o, si lo hacen, no percibirán la prestación durante el periodo de tiempo que resulte acorde con las cotizaciones efectuadas.

III. EL REAL DECRETO 1851/2009, DE 4 DE DICIEMBRE, POR EL QUE SE DESARROLLA EL ARTÍCULO 161 BIS DE LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN CUANTO A LA EDAD DE JUBILACIÓN DE LOS TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD EN GRADO IGUAL O SUPERIOR POR CIENTO

a) Consideraciones generales

El apartado 1 del artículo 161 *bis* del TRLGSS, incorporado por la Ley 40/2007 establece que la edad mínima de jubilación vigente en nuestro Sistema de Seguridad Social, «*podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas*». De esta manera, la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada para los discapacitados con un grado igual o superior al 65 por 100 —ya instaurada en nuestro ordenamiento jurídico mediante el art. 161.2, segundo párrafo del TRLGSS, en la re-

¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

dación dada por la Ley 35/2002 y desarrollado mediante el Real Decreto 1539/2003—, se ve ampliada, ahora, también a aquellos supuestos en que el sujeto padezca una discapacidad de un 45 por 100, siempre y cuando el origen de la misma sea debido a alguno de los padecimientos contenidos en el Real Decreto 1851/2009. Esta ampliación se justifica, como anteriormente hemos referido, desde el entendimiento que determinadas enfermedades discapacitantes, por su entidad, son susceptibles de acortar la vida de quien las padece lo cual es un factor añadido a la penosidad generalizada que cualifica el trabajo de los discapacitados.

b) Ámbito de aplicación, patologías discapacitantes y su acreditación

Respecto de su ámbito de aplicación, el artículo 1 del Real Decreto 1851/2009 dispone su extensión a todos los regímenes de Seguridad Social, debiendo acreditar el periodo mínimo de cotización exigido para la jubilación ordinaria y cumpliendo los requisitos anteriormente señalados de padecer un 45 por 100 de discapacidad originado para alguna de las enfermedades listadas en el subsiguiente artículo 2. En este sentido es preciso recordar que la aplicación de la jubilación anticipada a los discapacitados tan sólo se extendía originariamente a los sujetos que, afectos al grado de minusvalía requerido, se encontrasen incluidos en los Regímenes General y Especial Agrario, de Trabajadores del Mar y de la Minería del Carbón (art. 1 del Real Decreto 1539/2993). Dicho ámbito de aplicación fue posteriormente ampliado a todos los regímenes de la Seguridad Social en virtud de la Disposición Adicional Octava del TRLGSS en la redacción dada por la Ley 40/2007.

Las enfermedades a que hace referencia la norma en su artículo 2 se subdividen en nueve grupos que comprenden la discapacidad intelectual (retraso mental), la parálisis cerebral, las anomalías genéticas, los trastornos del espectro autista, las anomalías congénitas secundarias a la Talidomida, el síndrome postpolio, el daño cerebral, la enfermedad mental y la enfermedad neurológica. Parece obvio que de la lectura detallada de este conjunto de dolencias, nos encontramos ante enfermedades no sólo altamente discapacitantes sino, en la mayor parte de las veces, invalidantes para trabajos medianamente cualificados y que, de seguro, cumplen con creces el requisito de generar un 45 por 100 del grado de discapacidad. De ahí que entendamos que lo que el legislador ha pretendido no es tanto el rebajar el grado de discapacidad para el acceso a la jubilación anticipada, sino otorgar de forma cuasi-automática ésta a quien padezca determinadas dolencias cuya gravedad justifica que se les depare un trato de favor. Repárese en que, de acuerdo con los datos de que dispone la Seguridad Social esta medida puede afectar a 20.583 personas con un grado de discapacidad entre 45 por 100 y 64 por 100, a los que debemos añadir las 10.389 personas con una discapacidad del 65

por 100 o más¹⁷, cifras relativamente bajas que concuerdan con la reducida tasa de empleo de la población discapacitada y que se encuentra aproximadamente en torno a un 15 por 100 del colectivo.

Respecto de la acreditación de la discapacidad, tanto en lo referente a la naturaleza de la patología como a su grado, el artículo 5 dispone que se considerarán como certificados válidos los expedidos por el IMSERSO o por los órganos correspondientes de las comunidades autónomas a las que les hayan sido transferidos las funciones y servicios de aquel. En este sentido hemos de señalar que, en relación con lo dispuesto en el precedente Real Decreto 1539/2003, se observa una cierta restricción o limitación de los organismos competentes para efectuar la acreditación de referencia. Efectivamente, en el artículo 2 del citado Real Decreto 1539/2003 se extendía dicha posibilidad de acreditar la discapacidad, además del IMSERSO y comunidades autónomas, a los organismos que tuviesen tales atribuciones con anterioridad a la asunción de competencias por éstos, señalándose además, como válido, «*cualquier otro medio de prueba que se considere suficiente por la entidad gestora de la Seguridad Social*». La supresión expresa de estas dos posibilidades y, en especial, de la segunda de ellas, quizá traiga su causa de la necesidad de eliminar, *ex ante*, las situaciones conflictivas que tradicionalmente se ha suscitado al tratar de interrelacionar forzosamente los conceptos de discapacidad con los de invalidez, tomando como base el TRLGSS, así como la compleja interpretación de la Ley 13/1982 puesta en relación con la Ley 51/2003¹⁸. En este sentido, con carácter general, hemos de señalar que la interconexión entre la normativa de la Seguridad Social en lo referente a la invalidez permanente y el ámbito referido a la minusvalía son espacios diversos de la protección social o asistencial que, teleológicamente, no comparten el mismo fin. Uno se conecta directamente con la realidad del trabajo con el que se encuentra íntimamente vinculada en cuanto mecanismo de sustitución de rentas, mientras que la minusvalía se asocia con otros aspectos más generales del desarrollo e integración de la persona en su entorno. Son dos caras de una situación previa de discapacidad cuyos ámbitos objetivos no son necesariamente coincidentes y a los que el ordenamiento jurídico depara diferentes niveles de protección. Como señala con claridad la STS de 21 de marzo de 2007¹⁹, con independencia de la existencia de espacios de coincidencia entre ambas normativas, «*hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios deben ser determinados, en*

¹⁷ Véase el Informe del Consejo de Ministros, de 4 de diciembre de 2009.

¹⁸ Sobre el particular, véase VALDÉS ALONSO, A., «Minusvalía e incapacidad: sobre la automaticidad del reconocimiento de la minusvalía al incapacitado permanente total», en *RR.LL.*, vol. 1, 2008, págs. 543-547.

¹⁹ En similar sentido, véanse, entre otras, las SSTS de 19 de julio de 2007 (Rec. U.D. 3080/2006), 18 de octubre de 2007 (Rec. U.D. 3911/2006), 30 de octubre de 2007 (Rec. U.D. 4764/2006).

principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social».

c) Dinámica de la prestación

Acreditado un tiempo de trabajo efectivo equivalente, al menos, al periodo mínimo de cotización que se exige para acceder a la pensión de jubilación, procederá la jubilación a una edad excepcional de cincuenta y ocho años años (art. 3). De esta manera, la actual regulación se aparta de su predecesora, que establecía un sistema de reducción de la edad ordinaria de jubilación que tomaba como referente la aplicación de unos coeficientes reductores al tiempo efectivamente trabajado en situación de minusvalía²⁰.

De conformidad con el artículo 4, para el cómputo del trabajo efectivamente realizado se descontarán todas las ausencias al trabajo con excepción de: *a)* Las que tengan por motivo la baja médica por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo; *b)* Las que tengan por motivo la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia naturales; y *c)* cualesquiera otras ausencias del trabajo con derecho a retribución. Resulta indispensable para acceder esta modalidad de jubilación anticipada, estar en alta o situación de alta a la fecha del hecho causante (art. 6).

En lo que respecta al cálculo de la pensión de jubilación, el periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación se computará como cotizado, al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable a la correspondiente base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación. De esta manera se establece un trato de favor respecto de otras modalidades de jubilación anticipada en los que se aplica una tabla de reducciones de la pensión que se establece en función de los años efectivamente cotizados.

Por último señalar que la Disposición Adicional Primera de la norma establece un derecho de opción al beneficiario, el cual puede elegir entre la aplicación de la actual regulación o la contenida en el Real Decreto 1539/2003 en función de cuál de ellas le resulte más beneficiosa.

²⁰ De conformidad con el artículo 3 del Real Decreto 1539/2003, estos coeficientes son de un 0,25 por 100 en los casos en que el trabajador tuviera acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 y un coeficiente de 0,50 por 100 en los casos en que, acreditado el anterior grado de minusvalía, se necesitase el concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.