

## **JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACIDAD**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2017 (Rcud 3950/2015)*

M<sup>a</sup> ILUMINADA ORDÓÑEZ CASADO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** En la sentencia que se comenta se trata de un trabajador que solicita la jubilación anticipada por padecer una discapacidad superior al 45% producida como consecuencia de una de las enfermedades reglamentariamente determinadas y que le es denegada tanto en primera instancia como en el recurso de suplicación ya que el Instituto Nacional de la Seguridad Social considera no acreditado el periodo mínimo de 15 años con dicho grado de discapacidad. El problema se presenta a la hora de determinar la fecha a partir de la cual el actor puede acreditar un porcentaje superior al 45% de discapacidad ya que en su primera valoración el grado reconocido de discapacidad era inferior al ya mencionado. Sin embargo, tras esa primera valoración se produce una actualización del Baremo que no se traduce en una nueva valoración hasta poco tiempo antes de solicitar la jubilación. En las otras sentencias que se referencian y que se relacionan con la que se comenta, el supuesto común se residencia en personas que, por sufrir un determinado grado de discapacidad que les permite el acceso a una serie de derechos como el cobro de una pensión no contributiva, al producirse la modificación del baremo ven revisada su calificación dando como resultado un grado de discapacidad inferior, lo que se traduce por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social en la pérdida de dichos derechos.

**RESUMEN:** En la sentencia<sup>1</sup> que se comenta el Tribunal Supremo mantiene lo repetido en el resto de sentencias respecto a que el mero hecho de un cambio de baremo no es causa para realizar una nueva valoración, pero lo novedoso, ahora, es que llega a la conclusión de que el grado de discapacidad que acredita el actor a la hora de solicitar la jubilación debe retrotraerse hasta la fecha de la primera valoración ya que, al no existir agravamiento ni error de diagnóstico, no ha existido la posibilidad de solicitar una nueva revisión de la valoración tal como recoge el RD 1723/81 en base al cual se le acreditó la discapacidad. Esto es, el

\* Doctoranda y Profesora Sustituta Interina de Derecho del Trabajo.

<sup>1</sup> ECLI: ES:TS:2017:4705. El comentario se centra en la relación de esta Sentencia con otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo, como son las sentencias de 6 de abril de 2004 (Rec. 2597/03), 17 de enero de 2005 (Rec. 6540/03), 30 de septiembre de 2005 (Rec. 335/04), 25 de octubre de 2006 (Rec. 3167/05) y 15 de febrero de 2007 (Rec. 357/06).

solicitante siempre tuvo las mismas patologías desde que contrajo su enfermedad por ese mismo hecho, al no haber existido nunca agravamiento, el nuevo porcentaje determinado debe retrotraerse a la primera evaluación ya que la patología es la misma que entonces.

## ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ENTENDERLA.
  - 1.1. Consideraciones previas.
  - 1.2. Evolución normativa de la jubilación anticipada.
  - 1.3. Jubilación anticipada vs. Anticipación de la Jubilación.
2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA PARA EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.
  - 2.1. Jubilación anticipada para personas con más del 65% de discapacidad.
  - 2.2. Jubilación anticipada para personas con un 45% o más de discapacidad.
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD DEL SOLICITANTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACITADOS.
4. MODIFICACIÓN DEL BAREMO Y PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN: POSIBLES SOLUCIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN: LA EVOLUCIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA Y LAS DIVERSAS FORMAS DE ENTENDERLA

### 1.1. Consideraciones previas

Durante muchos años, en concreto desde 1919 con la instauración del retiro obrero, la edad de jubilación se ha mantenido en 65 años<sup>2</sup>, sin embargo a partir de entonces tenemos que distinguir entre diferentes “edades de jubilación”. Como indicaba Martín Valverde<sup>3</sup>, existen varios conceptos referidos a la edad de jubilación: la edad ordinaria de jubilación (que es la edad mínima de jubilación pensionable con carácter general); la edad de retiro forzoso (que fija un límite cronológico rígido de permanencia en ciertas actividades, profesiones o puestos de trabajo<sup>4</sup>); y, finalmente, la edad de jubilación anticipada en atención a razo-

<sup>2</sup> Esa edad se mantuvo hasta la entrada en vigor de la reforma de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuando se modificó dicha edad para aquellas personas que no tuvieran 38,5 años cotizados a la Seguridad Social, aumentándola hasta la edad de 67 años, aunque estableciendo un periodo transitorio, en el que nos encontramos.

<sup>3</sup> Martín Valverde, A., “El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, ISSN 1137-5868, N<sup>o</sup> 4, 1997, pág. 50.

<sup>4</sup> En la actualidad, y tras las últimas reformas laborales, la única opción a jubilación forzosa es

nes diversas como pueden ser: razones sanitarias, que atienden a la penosidad o morbilidad de ciertos trabajos; razones de política de empleo, como la rotación o rejuvenecimiento de plantillas y el reparto de trabajo; o el propósito del legislador de respetar expectativas generadas por una normativa legal anterior, sin olvidar las razones de protección a diversos colectivos vulnerables.

## 1.2. Evolución normativa de la jubilación anticipada

La jubilación anticipada es por tanto una figura que ha existido desde casi el principio en nuestro ordenamiento legal, ya en la época de la República<sup>5</sup> se planteó un anteproyecto de ley en el que se pretendía reformar el entonces vigente Seguro Social de Retiro Obrero unificando en un solo seguro los riesgos de vejez, invalidez y muerte e introduciendo una modificación respecto a la vejez en la que se permitía la anticipación de la edad para cobrar dicho seguro a 60 años siempre que tuviera las cotizaciones y los años de afiliación necesarios y aplicándole las reducciones correspondientes, sin embargo este anteproyecto no siguió adelante debido al estallido de la Guerra Civil.

Posteriormente, durante la etapa franquista se establece el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) en el que se sigue manteniendo la edad ordinaria de jubilación y se introducen reducciones de edad para el caso de personas a las que se les reconozca una invalidez que no sea causada por accidente laboral o enfermedad profesional indemnizable<sup>6</sup>. Las edades establecidas en este caso son de 50 años para el caso de una invalidez absoluta y permanente y de 30 años para el caso de pérdida de ambas extremidades superiores o inferiores ya sea por mutilación o por pérdida de movilidad análoga a ésta; para la pérdida total de la visión o para el caso de enajenación mental incurable. Ahora bien, esta figura no se puede entender plenamente como de jubilación anticipada sino que tendría más similitud con las actuales pensiones por incapacidad permanente total o absoluta las cuáles se mantienen con ese nombre hasta que el beneficiario alcanza la edad ordinaria de jubilación en la que pasan a convertirse en pensiones de jubilación.

Posteriormente, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social<sup>7</sup> y el Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases la establecida en el empleo público.

<sup>5</sup> Gaceta de Madrid. Núm. 149, de 28 de mayo de 1936.

<sup>6</sup> Tal como se recoge en el Decreto de 18 de abril de 1947 por el que se crea la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez: *Se considerará como invalidez, con derecho a obtener desde el momento en que se declare la misma pensión que se disfrutaría por vejez al cumplimiento de la edad, aquella que produzca en el que la sufra la pérdida de su actividad que le imposibilite ganar en un trabajo adecuado a sus fuerzas, su capacidad, su instrucción y la profesión ejercida, un tercio al menos de lo que gane habitualmente un asalariado de la misma categoría, sano física y mentalmente, de instrucción análoga, en la misma localidad.*

<sup>7</sup> B. O. del E., Núm. 312, de 30 de diciembre de 1963.

de la Seguridad Social<sup>8</sup>, establecían la posibilidad de rebajar la edad mínima de 65 años mediante *Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten el mínimo de actividad que se establezca en la respectiva profesión o trabajo.*

*Con la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>9</sup>, se produce la primera regulación de los coeficientes reductores a aplicar cuando el trabajador se jubila a partir de los 60 años hasta los 64. Como recoge Álvarez Cortés<sup>10</sup>, iba dirigida a reducir la edad de jubilación de quienes tuvieran la condición de mutualistas a primeros de enero de 1967 exigiéndose que los mutualistas tuvieran cumplidos en dicha fecha la edad de 50 años y el coeficiente reductor era de un 8% por cada año de anticipación lo que se traducía en un 40% de reducción en el caso de optar por la jubilación con 60 años.*

Tanto en el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974 como en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, vuelven a recogerse los conceptos anteriores: el de la posibilidad de reducir por Decreto la edad de jubilación de los trabajos penosos, etc. (art. 154.2 y 161.2 respectivamente) y el de la posibilidad de anticipar la jubilación de los mutualistas a los 60 años aplicando los índices correctores que se establecieran reglamentariamente (DT Segunda, 1.6<sup>a</sup> y DT 3<sup>a</sup>). Tres años después se introduce una nueva modalidad de jubilación anticipada al considerar la posibilidad de que el trabajador se jubile a consecuencia de causas no imputables a su voluntad<sup>11</sup> y siempre que acredite cuarenta o más años de cotización, en cuyo caso el porcentaje reductor a aplicar sería del 7% por cada año en lugar del 8% que se aplica cuando sí es por voluntad del trabajador.

Otras normas como la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales o el Real Decreto Ley 16/2001, de 27 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, introdujeron modificaciones con el fin de propiciar las jubilaciones anticipadas. En la primera norma se permite la jubilación anticipada de un trabajador

<sup>8</sup> B. O. del E., Núm. 96, de 22 de abril de 1966.

<sup>9</sup> En la DT 1<sup>a</sup>.9 de dicha orden.

<sup>10</sup> Álvarez Cortés, J.C., “Las jubilaciones anticipadas y su evolución”, en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria*, Dirs. Calvo Gallego, J. y Fernández López, M.F., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 500.

<sup>11</sup> Entendiéndose por libre voluntad “la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que lo impida, decide poner fin a la misma”.

aunque haya cotizado en regímenes que no contemplan esta figura<sup>12</sup> siempre *que al menos, la cuarta parte de las cotizaciones totalizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se hayan efectuado en los Regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada o a los precedentes de dichos Regímenes. La segunda de las normas mencionadas materializó el Acuerdo de Pensiones de 2001<sup>13</sup> en el que se preveían nuevas condiciones de acceso a la jubilación anticipada, manteniendo, claro está, las anteriores: se aumenta la edad a la que poder acceder a la jubilación anticipada a 61 años, se introduce el requisito de estar inscritos como demandantes de empleo en las correspondientes oficinas (del servicio público) durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión de jubilación anticipada, se reduce el periodo de 40 años cotizados a sólo 30 y además se modifican los porcentajes de reducción de tal forma que sólo se aplica el 8% para los que tienen cotizados únicamente 30 años pero va reduciéndose hasta el 6% si acreditan 40 o más años de cotización.*

La Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, por un lado, establece que el porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión será en función de los años completos de cotización acreditados y se elimina el porcentaje del 8% para los que acreditaran 30 años cotizados, dejando sólo la escala de 7,5% para los que acrediten de 31 a 34 años hasta 6% para los que acrediten 40 años o más. Además en su disposición adicional primera se prevé que la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación, establecida en 65 años, podrá ser reducida en el caso de trabajadores minusválidos que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

Con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, surgida a la luz de la renovación del Pacto de Toledo de 2003, se introduce una nueva posibilidad de anticipar la edad de jubilación al colectivo de personas con discapacidad desdoblando en este caso las opciones en función del grado de discapacidad acreditado. Para dar más coherencia al Real Decreto Legislativo 1/1994, se introduce un nuevo artículo el 161 bis que titula de forma genérica “jubilaciones anticipadas” en el que engloba en el apartado uno las opciones de anticipación o reducción de la edad de acceso a la jubilación y en el apartado dos las opciones de la jubilación anticipada con aplicación de coeficientes reductores de la base reguladora.

### **1.3. Jubilación anticipada vs. Anticipación de la Jubilación**

Nos encontramos por tanto con las dos vertientes claramente diferenciadas que puede presentar la figura de la jubilación anticipada.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión, véase extensamente, Panizo Robles, J.A. en “El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto-Ley 5/1998, de 29 de mayo)”, RTMAS nº14, 1999, pp. 55 y ss.

<sup>13</sup> Vid. In extenso, Álvarez Cortés, J.C., en “La protección por jubilación en las previsiones del Acuerdo de Pensiones de 2001”, *Temas Laborales*, nº 61/2001, pp. 373 y ss.

Tal como indica Álvarez Cortés<sup>14</sup>, en el apartado 2 del nuevo artículo 161 bis LGSS se regula la que él denomina “genuina” jubilación anticipada ya que representa un derecho de opción del trabajador para anticipar su jubilación respecto de la edad ordinaria establecida en la norma, siempre que cumpla los requisitos establecidos legalmente y aplicándosele los coeficientes que reducen la cuantía de la pensión respecto de la que recibiría en el caso de jubilarse a la edad ordinaria. Se basa en la idea de “compensar” el mayor periodo de disfrute de la pensión de jubilación con una reducción de la cuantía a recibir y no como opinan diversos autores<sup>15</sup> en la idea de “penalización”.

Por otra parte, en el apartado 1 del mismo artículo 161 bis LGSS se recogen las opciones de anticipación de la edad ordinaria de jubilación, en estos casos esa reducción de la edad es una medida ofrecida por el legislador a determinados colectivos que bien por la actividad a realizar o por la situación personal del trabajador presentan una esperanza de vida inferior al resto de los trabajadores y en estos casos no existe reducción de la cuantía de la pensión. No se puede considerar por tanto como una verdadera jubilación anticipada sino que se trata de un establecimiento de diferentes edades inferiores a la ordinaria para poder tener acceso a la jubilación<sup>16</sup>.

## 2. LA REGULACIÓN DE LA JUBILACIÓN ANTICIPADA PARA EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social la redacción correspondiente a las personas con discapacidad establece a su vez una diferencia respecto al grado de discapacidad que presente el trabajador, existiendo dos límites que se regulan en dos textos diferentes y para los que se establecen requisitos distintos.

Sí se incide en que tanto para las personas con discapacidad como para aquellas actividades que sean consideradas penosas o insalubres, *la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años. Y además dichos coeficientes no serán tenidos en cuenta en ningún caso, a efectos de acreditar la exigida*

<sup>14</sup> Álvarez Cortés, J.C., “Acuerdo novatorio de prejubilación y jubilación anticipada”, en *Temas Laborales*, Núm. 127/2014, pág. 293.

<sup>15</sup> Como por ejemplo Monereo Pérez, J.L., “EREs, prolongación de la vida activa y edad de jubilación”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N<sup>o</sup> Extra1, 2010, pág. 67; López Cumbre, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998, pág. 73; Jiménez-Martín, S., “Propuestas para la reforma de la jubilación anticipada en España”, *Apuntes FEDEA, Bienestar*, 08, 2012, en la que al hacer referencia a los porcentajes reductores los denomina como “penalizaciones”.

<sup>16</sup> En ese sentido López Cumbre, L. en *La prejubilación*, op.cit., págs. 69-70, indica que aunque el trabajador se jubile a una edad inferior a la edad ordinaria “no anticipa en ningún momento su jubilación ya que es esa la edad fijada como edad ordinaria para el colectivo al que pertenece”.

*para acceder a la jubilación parcial, a los beneficios establecidos para las personas que continúen en activo más allá de los 65 años, ni para el caso de los mutualistas (recogidos en la DT 3<sup>a</sup>), ni para acceder a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.*

### **2.1. Jubilación anticipada para personas con más del 65% de discapacidad**

Se regula con el 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, desarrollando lo establecido en la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

Se recoge el requisito de acreditación del referido porcentaje mediante certificación del organismo competente a nivel estatal o autonómico y se establecen dos coeficientes reductores que, aplicados al tiempo efectivamente trabajado darán el tiempo a restar a los 65 años de la edad ordinaria, dichos coeficientes van en función de la necesidad o no de concurso de tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria, en el caso afirmativo el coeficiente será del 0,50 y en el caso de no necesitar ayuda será del 0,25.

Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado no se descontarán las faltas al trabajo excepto las que sean por baja médica por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo; las que sean por la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo o las que estén autorizadas en las correspondientes disposiciones laborales con derecho a retribución.

### **2.2. Jubilación anticipada para personas con un 45% o más de discapacidad**

Esta posibilidad fue introducida a través de la Ley 40/2007 y va dirigida a aquellas personas que puedan acreditar un grado de discapacidad superior al 45% 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.

En el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre<sup>17</sup>, se desarrolla el artículo 161 bis de la LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores

<sup>17</sup> BOE, núm. 307, de 22/12/2009. Un comentario a esta norma puede verse en Rubio de Medina, MD, “La anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad igual o superior al 45%”, en [http://www.lexnova.es/pub\\_in/documentos/documento\\_1756.htm](http://www.lexnova.es/pub_in/documentos/documento_1756.htm), consultado a principios de abril de 2018, también, Valdés Alonso, A., en “Discapacidad y jubilación: el RD 1851/2009/2009 sobre anticipación de la jubilación de los trabajadores discapacitados”, Actualidad Laboral, 2010.

con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento y tal como se explica en su Preámbulo esa necesidad de concurrencia de evidencias que impliquen una reducción de la esperanza de vida hace que, en lugar de fijar coeficientes reductores como veremos para el caso de superar el 65%, se fije una edad mínima a partir de la cual se puede acceder a la pensión de jubilación. En un momento inicial esa edad fue fijada en 58 años aunque en virtud de la disposición adicional 18 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto dicha edad se bajó a 56 años.

Además del requisito del grado de discapacidad que debe ser acreditado mediante certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél, debe cumplirse que dicha discapacidad se deba a sufrir algunas de las enfermedades relacionadas, las cuáles también han sufrido modificaciones ya que se han añadido las secuelas de polio junto al ya existente síndrome postpolio.

Otros requisitos que se deben cumplir son: encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en el momento de producirse el hecho causante y acreditar que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación<sup>18</sup>, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo siguiente<sup>19</sup> y que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento. Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado se seguirá la misma regla que para el caso anterior de los que acreditan más del 65%.

Pero ha de recordarse que el RD 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 también podría aplicarse a estos solicitantes, por lo que, como propone Rubio de Medina, es que a los mismos se les garantizara “la posibilidad de optar por las disposiciones que resulten más favorable a su caso concreto”, en coherencia con la DA primera del RD 1851/2009, de 4 de diciembre, que desarrolla el artículo 161 bis de la LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En la actualidad ese periodo mínimo es de 15 años efectivos, es decir, sin tener en cuenta los días cuota o, como se denomina por la norma, la parte proporcional de las pagas extras.

<sup>19</sup> El art 2 del RD 1851/2009, de 4 de diciembre: a) Discapacidad intelectual (antes retraso mental); b) Parálisis cerebral; c) Anomalías genéticas: Síndrome de Down, Síndrome de Prader Willi, Síndrome X frágil, Osteogénesis imperfecta, Acondroplasia, Fibrosis Quística, Enfermedad de Wilson; d) Trastornos del espectro autista; e) Anomalías congénitas secundarias a Talidomida; f) Síndrome Postpolio; g) Daño cerebral (adquirido): Traumatismo craneoencefálico, Secuelas de tumores del SNC, infecciones o intoxicaciones; h) Enfermedad mental: Esquizofrenia, Trastorno bipolar; i) Enfermedad neurológica: Esclerosis Lateral Amiotrófica, Esclerosis múltiple, Leucodistrofias, Síndrome de Tourette, Lesión medular traumática.

<sup>20</sup> Nuevamente, op. cit.

### 3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD DEL SOLICITANTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACITADOS

En el caso de la sentencia que nos ocupa el Tribunal Supremo da como hechos probados que el actor padece una de las enfermedades recogidas en la lista facilitada en la norma, tenía una edad superior a 56 años en el momento de solicitar la jubilación, se encontraba en situación de alta, tenía cotizado un tiempo equivalente, al menos, al periodo mínimo de cotización que se exige para el acceso a la jubilación y acreditaba una discapacidad superior al 45%.

Este último punto es el que entra en litigio en la sentencia analizada ya que el INSS sólo le reconocía 94 días con más del 45% siendo necesario que dicho porcentaje se hubiera mantenido durante, al menos, todo el periodo mínimo de cotización.

La diferencia de criterio en cuanto al cómputo del tiempo acreditado con dicha discapacidad, está ocasionada por el hecho de que en la primera evaluación que se le realiza al actor se le concede un grado de discapacidad del 40% según el baremo establecido en el RD 1723/81, vigente en aquellos momentos, baremo que fue modificado por el RD 1971/1999 sin que dicha modificación ocasionara una revisión de la valoración inicial ya que como se recoge en la Disposición Transitoria única de esta norma: *“Quienes, con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto, hubieran sido declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33 por 100 con arreglo al procedimiento establecido en el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, y disposiciones de desarrollo, incluidos los supuestos de reconocimiento de grado por homologación de las situaciones de invalidez declarados por la Seguridad Social, no precisarán de un nuevo reconocimiento. Ello sin perjuicio de las posibles revisiones que, de oficio o a instancia de parte, sea procedente realizar posteriormente.*

Para el recurso la parte actora presenta una sentencia de contraste en la que, a pesar de no coincidir en la misma enfermedad, sí es coincidente en los hechos fundamentales como son cambio de baremo después de la primera evaluación y aumento del grado de discapacidad en la evaluación realizada en función de éste y no de un agravamiento y, habiendo sido denegada su petición de jubilación por discapacidad en primera instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña le da la razón indicando que el nuevo grado de discapacidad debía entenderse desde la fecha de la primera evaluación por no haber existido agravamiento y tener la misma patología que la relacionada en la inicial.

En ambos casos el hecho de no haber actualizado el grado de discapacidad se debió a que no se había producido un agravamiento en su situación y estar correcto el diagnóstico por lo que, según lo estipulado en la propia norma, no podía solicitarse revisión. Y por parte de la Administración tampoco se realizó ninguna nueva valoración ya que tampoco se apreciaba mejoría y por la doctrina del Tribunal Supremo de no reevaluar por el mero hecho de un cambio de baremo.

Esta falta de valoración a instancia de la Administración debido al cambio de baremo está basada en la doctrina del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en las sentencias de 6 de abril de 2004 (Rec. 2597/03), 17 de enero de 2005 (Rec. 6540/03), 30 de septiembre de 2005 (Rec. 335/04), 25 de octubre de 2006 (Rec. 3167/05) y 15 de febrero de 2007 (Rec. 357/06), en las que, en todos los casos, los actores tenían acreditado un determinado grado de minusvalía basado en el baremo anterior que les hacía beneficiarios de una pensión no contributiva y que al ser revisado y dar un resultado inferior al inicial implicaba la pérdida de la misma. En estas sentencias ... el Tribunal sigue lo estipulado en la propia norma y se dejaba patente que no había existido mejoría respecto de la valoración realizada inicialmente, en alguno de los casos incluso se habría producido un agravamiento, por lo que siguiendo el criterio recogido en el art. 11 del propio Real Decreto al no preverse una mejoría, el simple hecho del cambio de baremo no autoriza a la Administración a realizar una nueva evaluación de oficio que puede concluir con la pérdida de derechos ya adquiridos de los administrados.

En la sentencia que nos ocupa, el razonamiento seguido por el Tribunal, es que la nueva valoración no es en sí una revisión sino una actualización aplicando la nueva normativa ya que la discapacidad reconocida como hecho probado y aceptado por la parte demandada es la de una patología congénita cuyas limitaciones funcionales no han variado desde el nacimiento por lo que el periodo total cotizado por el trabajador debe entenderse con el grado de discapacidad otorgado por el nuevo baremo aun cuando no se hubiera actualizado en su momento, lo que sí le da derecho a solicitar la pensión de jubilación por discapacidad.

Con esta sentencia no se ha eliminado, como en muchos medios de comunicación se llegó a decir, el requisito de haber cotizado, al menos, el periodo mínimo para el acceso a la jubilación acreditando un grado de discapacidad superior al 45% pero sí se abre la puerta a que aquellos trabajadores con discapacidad producida por algunas de la enfermedades relacionadas en el RD y que no hayan sufrido agravamiento de la misma puedan solicitar una actualización de su valoración según el nuevo baremo para comprobar si superan el límite del 45% y poder así tener acceso a la pensión de jubilación. Otra cuestión es el caso de aquellos trabajadores que sí hayan sufrido algún agravamiento y hayan solicitado revisión posteriormente ya que entonces no es posible determinar si la valoración inicial revisada con el nuevo baremo hubiera o no superado el 45% por lo que a ellos les contaría el periodo desde la evaluación realizada por el agravamiento.

#### **4. MODIFICACIÓN DEL BAREMO Y PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN: POSIBLE SOLUCIÓN**

Ya hemos visto que la modificación de la norma en la que se establece el baremo para la determinación del grado de discapacidad puede ocasionar tanto la

disminución del grado inicial reconocido a una persona como por el contrario un aumento de dicho grado.

En el primero de los casos la disminución del grado podría ocasionar la pérdida de derechos como pueden ser la percepción de una pensión no contributiva y debido a que se produjeron esas situaciones el asunto llegó a conocimiento del Tribunal Supremo el cuál aplicando la Disposición Transitoria única del Real Decreto, estableció que el mero hecho de cambio de baremo no implicaba la necesidad de realizar una nueva evaluación y debía mantenerse el grado que ya tenían concedido desde el inicio y por tanto mantener los derechos que tuvieran reconocidos.

En este caso, evidentemente, la decisión tomada en el Tribunal supone una protección de la persona que sufre una discapacidad que es la parte más débil y que puede verse desprotegida si pierde los derechos concedidos.

En el segundo de los casos el aumento del grado de discapacidad por el hecho de cambiar el baremo, podría concluir con la posibilidad de que la persona con discapacidad tuviera acceso a una serie de derechos económicos, fiscales o sociales que hasta entonces no tenía reconocidos, como en el caso de la sentencia que nos ocupa el posible acceso a una jubilación anticipada.

Si nos fijamos en la Disposición Transitoria Única se indica la exención de nuevo reconocimiento para los declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33 por 100. Sin embargo, en la parte final específica: “Ello sin perjuicio de las posibles revisiones que, de oficio o a instancia de parte, sea procedente realizar posteriormente.”, con lo cual parece dejar un espacio abierto para que se realicen nuevas valoraciones sin especificar que estas deban ser por agravamiento o mejoría.

El Tribunal Supremo resuelve el problema que se plantea en esta Sentencia, entendiendo que, como no ha habido agravamiento en la patología del actor entre una y otra valoración debe retrotraerse el resultado de la segunda hasta la fecha de solicitud de la primera con lo que se consigue completar los quince años necesarios para el acceso a la pensión de jubilación. Y ello, aunque no se realizara de oficio la segunda evaluación al cambio de baremo lo que ha ocasionado que esta persona no haya tenido acceso desde la entrada en vigor del nuevo baremo (año 2000) a otro tipo de beneficios a los que podría haber accedido si le hubieran acreditado el 75% que se le concede con el mismo.

Otro problema con el que podríamos encontrarnos es el que se refiere a las personas con una discapacidad perteneciente al grupo de patologías incluido en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, que, por haber sufrido algún agravamiento, solicitaron una nueva revisión y ésta les fue concedida con el nuevo baremo: tal situación les impediría saber cuál hubiera sido la valoración real que hubieran tenido con el nuevo baremo respecto de la situación que tenían con el anterior. Y en coherencia con ello se impediría aplicar el criterio del Tribunal de retrotraer

el porcentaje hasta la fecha de solicitud de la primera evaluación ya que el INSS puede entonces argumentar que el aumento del grado de discapacidad no se debe al cambio de baremo sino al agravamiento y por tanto el cómputo del tiempo efectivo trabajado con un porcentaje superior al 45% se iniciaría en el momento de solicitud de la segunda valoración y no trasladándolo a la fecha de la primera. Esto puede significar que exista un periodo de un mínimo de dos años en los que el trabajador quizás sí tendría el grado de discapacidad necesario pero, al desconocerse por no haberse revisado en su momento, esos años no se tienen en cuenta para el cómputo de los 15 años necesarios. Desde luego una situación para la que debería darse una solución normativa.

En mi opinión, se podría haber solventado la situación modificando el redactado de la Disposición Transitoria de tal forma que se permitiera la revisión del grado de discapacidad acreditado por el baremo anterior y en caso de que se produjera una disminución del mismo que hiciera posible la pérdida de derechos adquiridos se le mantuviera el que tenía concedido con el fin de que no decayeran los derechos; y en el caso de que la nueva valoración diera como resultado un porcentaje superior al que tuviera acreditado se le certificase el aumento del mismo para que pudiera optar a los beneficios a los que tuviera derecho con el nuevo porcentaje acreditado. De esta forma, el colectivo de personas discapacitadas y dentro del mismo los que poseen grados más elevados estarían realmente protegidos ante la posibilidad de pérdidas de derechos o de la imposibilidad de acceder a los mismos. Desafortunadamente, no es de esperar que el legislador actúe de forma inmediata para solucionar este problema.