

LA PROFESIÓN HABITUAL DE ALCALDE A EFECTOS DE DETERMINAR LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 2696/2012,
Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2012*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*
NIEVES RICO BUENO*

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de determinar qué actividad ha de ser tenida en cuenta como profesión habitual a efectos de una declaración de incapacidad permanente total, cuando dicha actividad más prolongada en el tiempo es de naturaleza política o política - representativa.

RESUMEN: Se trata de un trabajador peón que, durante un periodo de cinco años de su vida laboral, ejerció el cargo de teniente alcalde y alcalde, respectivamente, encuadrándose en la Seguridad Social en el grupo de cotización como jefe administrativo. Tras un período de incapacidad temporal, solicitó la prestación de incapacidad permanente, en el momento que desempeñaba la labor de oficial de primera en la construcción. El Instituto Nacional de Seguridad Social le denegó prestación por “no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución para ser constitutivas de una incapacidad permanente”, pues consideró que su profesión habitual a efectos de determinar la incapacidad es la de Alcalde o Teniente de Alcalde que llevaba practicando más de 5 años, y no la de oficial de primera a que se venía dedicando desde hacía escasos días.

* Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga
* Doctoranda de la Universidad de Málaga.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN: LA INCLUSIÓN DE LOS REPRESENTANTES LOCALES EN LA SEGURIDAD SOCIAL
2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA PROFESIÓN HABITUAL
 - 2.1. La incapacidad permanente y su graduación
 - 2.2. La profesión habitual como elemento determinante del grado total de la incapacidad permanente
3. LAS FUNCIONES DEL ALCALDE COMO REFERENCIA A LA PROFESIÓN HABITUAL RESPECTO DE LA QUE SE SOLICITA LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

1. INTRODUCCIÓN: LA INCLUSIÓN DE LOS REPRESENTANTES LOCALES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La sentencia del Tribunal Supremo, sala IV, de 22 de marzo de 2012, decide sobre cuál es la “profesión habitual” que ha de tenerse en cuenta a los efectos de una prestación de incapacidad permanente total.

Aún sin ser una sentencia ejemplar, sí nos da pie para analizar algunas cuestiones interesantes ya que en ella se conjugan, de un lado, lo que ha de entenderse por “profesión habitual” en un momento donde la reforma del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ex art. 8, ha modificado el art. 22 del Estatuto de los Trabajadores eliminando las categorías profesionales dejando el sistema de clasificación profesional exclusivamente a través de grupos profesionales, lo cual, a priori, podría dificultar la calificación de los trabajadores como incapaces permanentes totales “para su profesión habitual”. Y, de otro lado, nos encontramos a un trabajador que, aunque su último trabajo fue el de peón de una carpintería metálica, su actividad habitual había sido la de ejercer un cargo representativo como era el de Alcalde.

Es esta segunda cuestión a la que brevemente vamos a referirnos en este momento.

Como es conocido, la organización territorial del Estado establecida en el art 137 de la CE lleva consigo la convivencia, junto con el llamado “Estado Central” o “Administración General del Estado”, a los municipios y provincias y a la Comunidades Autónomas.

Al frente de cada una de estas instituciones se encuentran representantes del pueblo elegidos democráticamente en las urnas.

Los sistemas de Seguridad Social de origen contributivo, como el nuestro, han sido diseñados para proteger a personas que ejerzan su actividad laboral o profesional, bien como trabajadores por cuenta ajena o propia, socios de cooperativas, estudiantes, funcionarios, de conformidad con el art. 7 de la LGSS, y un largo etcétera de asimilados a ellos a lo largo del tiempo.

Desde luego, nuestras leyes de Seguridad Social, ni la de 1966, ni la de 1974 que estuvo vigente más de tres lustros, pensaron e incluir a los repre-

representantes del pueblo elegidos libremente como incluidos dentro del campo de aplicación de las mismas, lo cual era coherente con el sistema político autoritario ya que el régimen franquista no tenía entre sus opciones la libre elección de los representantes políticos.

Una vez instaurada la democracia, y con la Constitución en vigor, la participación en los asuntos públicos, a la que se refiere el art. 23 de la CE, se hace a través de los representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, pero como ello no supone una actividad profesional sino representativa, los mismos seguían quedando excluidos del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social ya que tampoco se modificó de forma directa la Ley General de Seguridad Social para incluirlos.

Dedicarse a la actividad política suponía para muchas personas abandonar sus carreras profesionales y con ello sus carreras de seguro por lo cual podrían poner en peligro sus prestaciones futuras. Por lo que parecía lógico que se estableciera alguna fórmula para la protección social de los mismos.

Excluyendo a los cargos políticos contratados en funciones de confianza o asesoramiento especial, como personal eventual, que se encuentran incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social (en la actualidad, ex 12.5 EBEP¹), el resto de “profesionales” de la política quedaban excluidos del campo de aplicación del sistema. Una de las cosas más importantes que ha venido a demostrarnos la “clase política” española posconstitucional es lo bien que se han cuidado de ellos mismos. Una parte importante de éstos, especialmente los de los partidos más representativos, más que políticos y “servidores públicos con carácter circunstancial o temporal”, se han convertido en verdaderos “profesionales” de la política y que hacen de dicha representación un oficio “atípico”. Y aprovechando tal coyuntura y el poder normativo que lleva aparejado en su cargo han establecido para ellos mismos condiciones de “bienestar” excelentes, tanto en el establecimiento de unas remuneraciones muy superiores a los salarios medios de los trabajadores, como beneficios sociales importantes y, en muchos casos, beneficios fiscales. Lo que unido a una importante compensación de gastos exentos de impuestos, ha supuesto el que, por todos los medios, dichos representantes intenten perpetuarse en los cargos que ocupan.

Entre los beneficios sociales, por supuesto, se encuentra la inclusión en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social pero ello se ha realizado a través de distintos mecanismos.

Así, a nivel nacional, desde la Orden de 7 de marzo de 1978, se estableció la regulación de un Convenio Especial de la Seguridad Social para formalizar

¹ Desde el inicio, con el art. 105 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

la inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social de los diputados y senadores².

A nivel autonómico, hizo lo propio la Orden de 7 de diciembre de 1981 respecto de los parlamentarios y miembros de Gobierno de las Comunidades Autónomas³, situaciones particulares que has sido respetadas (y excluidas) por las Órdenes reguladoras de los Convenios Especiales, tanto de 1991 como la vigente de 2003⁴.

Respecto de los representantes en las Administraciones Locales, que son los que aquí nos interesan, y con cierto retraso respecto de la regulación de los otros poderes territoriales, la inclusión no se hizo mediante la figura de Convenio Especial. La Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de Bases del Régimen Local (LBRL) inicialmente entendió que los miembros de las Corporaciones Locales con dedicación exclusiva tendrían derecho a percibir retribuciones por el ejercicio de sus cargos⁵, lo que además daba lugar a su inclusión directa en el Régimen General de la Seguridad Social. Como se ha dicho, la fórmula era novedosa en comparación con los cargos electos a nivel nacional o autonómico ya que la inclusión no se hacía de forma asimilada y a través de convenio especial, sino directa con alta en dicho Régimen.

Así pues, con la LBRL, en su artículo 75⁶, se otorgó el derecho a los Alcaldes a percibir la retribución por el desempeño de su cargo⁷, extinguiéndose, de este modo, el modo anterior de retribución a través de gastos de representación que contemplaba el Real Decreto 1531/1979, de 22 de junio, por el que

² Norma modificada posteriormente por la Orden de 29 de julio de 1982, por la Orden de 1 de junio de 1988, incluyendo a los que ostenten la condición de Parlamentarios Europeos y, actualmente, regulado en el art. 11 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula en Convenio Especial con la Seguridad Social.

³ Modificada por RD 705/1999, de 30 de abril, por el que se modifica la regulación relativa a la suscripción del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social por los Parlamentarios de las Comunidades Autónomas en favor de sus miembros.

⁴ Orden de 18 de julio de 1991 y Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, ambas reguladoras de los Convenios Especiales con la Seguridad Social

⁵ La Carta Europea de Autonomía Local de 15 de octubre de 1985, hecha en Estrasburgo, contempla en su artículo 7 el deber de los Estatutos de los representantes locales de asegurar el libre ejercicio de su mandato y de “permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como si llega el caso, la compensación financiera de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñado y la cobertura social correspondiente”. Aunque fue ratificada por España en 1988, no cabe duda que el proceso de elaboración de la misma influenció en la redacción de la normativa interna.

⁶ En sentido parecido, el artículo 13 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, que recoge también este derecho con cargo a la Corporación Local, en los términos que se determinen.

⁷ Retribuciones que, de otro lado, son incompatibles con “la de cualquier otra retribución con cargo a los Presupuestos de las Administraciones Públicas y de los Entes, Organismos y Empresas de ellas dependientes” cuando desempeñen las responsabilidades corporativas en régimen de dedicación exclusiva.

se regulan las asignaciones y otras compensaciones que podrán percibir los miembros de las Corporaciones Locales. Le correspondió a la Orden de 12 de marzo de 1986 la tarea de regular el alta y la cotización de los miembros de las corporaciones locales, retrotrayendo los efectos hasta el 23 de abril de 1985, fecha de entrada en vigor de la citada LBRL.

Es este derecho, a ser remunerado, el que le concede de forma simultánea un tratamiento similar al de un trabajador y, por tanto, su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social⁸.

Con la aprobación del Texto Refundido de 1994 de la Ley General de la Seguridad Social se incorporó a la misma lo previsto en el art. 75 LBRL, y dentro de la relación de sujetos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social quedaron recogidos los miembros de las corporaciones locales en el art. 97.2 j). Ahora aparece en la norma especial y en la general de Seguridad Social, pero es fruto, como se recuerda, del mandato de refundición producido por la DF 1ª 2 de la Ley 26/1990 de prestaciones no contributivas, que facultó al Gobierno para que procediera a la elaboración de un Texto Refundido que regularizara, aclarara y armonizara en la misma una serie de textos legales, entre los que se encontraba la LBRL.

Algo más tarde, se amplió el campo de aplicación del sistema de protección de la Seguridad Social puesto que la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local y otras medidas quien ofreció una nueva redacción al artículo 75 de la LBR, mediante la cual se extiende el derecho a percibir una retribución a éstos miembros cuando su dedicación sea también parcial y, en coherencia con ello, a ser incluidos en el Régimen General a tiempo parcial⁹.

Una vez incluidos en el Régimen General, parece lógico pensar que tienen los mismos derechos y obligaciones que el resto de sujetos contemplados en el artículo 97 LGSS, sin embargo, ello no ha sido así hasta la aprobación de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales. Y es que, hasta dicho momento, la jurisprudencia reiteraba la exclusión de la contingencia de desempleo de este colectivo; dejándolos sin protección en caso de extinción del mandato

⁸ En sentido similar, Lopez-Nieto y Mallo, F., *Manual del Alcalde*, Ed. Abella, Madrid (1987), pág. 68.

⁹ AA.VV., *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, (Coord. Domingo Zaballos, M.J.), Thomson Cívitas. Navarra (2005), pág. 1734.

representativo o cese en dicha actividad¹⁰. Con esta norma se entiende que la situación en que se encuentran estos miembros una vez dejado el cargo, es una situación similar de las de aquellos que han perdido su trabajo pues “la consecuencia inmediata que se produce es que se pierde la retribución que llevaba aparejada la actividad que se venía realizando y se deja de realizar”¹¹.

Más aún, incidiendo en la idea que anteriormente se comentó respecto de que los representantes políticos se han cuidado mucho de ellos mismos, la DA única de la Ley 37/2006, citada encomendó al Gobierno que, “en el plazo máximo de seis meses, apruebe las disposiciones normativas necesarias a efectos de computar, para los miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva que ejercieron su cargo político con anterioridad a la aprobación de la repetida Ley 7/1985, de 2 de abril, el tiempo que estuvieron ejerciendo su cargo y en el que no les fue permitido cotizar por su falta de inclusión en el sistema de la Seguridad Social, con el objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación denegada o a una cuantía superior a la que tienen reconocida”. Mandato; que se efectuó a través del RD 1108/2007 de 24 de agosto, mediante el cual se les reconoce a los miembros de las corporaciones locales que hayan ejercido su cargo con retribución o indemnización como cotizado al Régimen General de la Seguridad Social el período comprendido entre el 20 de abril de 1979 hasta el 23 de abril de 1985.

Así pues, y enlazando con la sentencia que sirve de base a esta aportación, el hecho de que un Alcalde o Concejales perciba una contraprestación por su función le asemeja a la condición de trabajador, por lo que en caso de tener un accidente o enfermar, podría acceder a una prestación de incapacidad permanente. Para tal determinación parece lógico considerar como funciones habituales aquellas que realizan en el ejercicio de su cargo durante un periodo determinado. Cuestión en la que incidiremos más abajo.

¹⁰ A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre 2005 RJ 2006/301 “lo que ha querido el tratado comunitario y la normativa española es reconocer a los Alcaldes y Concejales que sean dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social todas las prestaciones cubiertas por dicho Régimen; pero si observamos las peculiaridades del mismo en materia de desempleo nos encontramos con importantes dificultades para aceptar que dicho colectivo de personas puedan, por el solo hecho de hallarse incluido en el indicado Régimen de la Seguridad Social, gozar de las prestaciones derivadas de tal situación. En efecto, a partir de las previsiones contenidas en los arts 203 y 204 de la LGSS, se aprecia cómo la prestación por desempleo está concebida exclusivamente para quienes pierden un «empleo» –art. 203– y como prestación «sustitutiva de rentas salariales» –art. 204–, lo que constituye un inconveniente para pensar que tales conceptos puedan atribuirse a quienes desempeñan una función tan característica como la de Alcalde que difícilmente puede ser calificado de empleado”. Sobre el tema puede verse, González Ortega, S., en “Derecho a la protección por desempleo de los miembros de las corporaciones locales”, en RL 7/1988.

¹¹ Exposición de Motivos de la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, relativa a la inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social y a la extensión de la protección por desempleo a determinados cargos públicos y sindicales.

2. LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA PROFESIÓN HABITUAL

2.1. La incapacidad permanente y su graduación

Como es conocido por todos, la vertebración de nuestro sistema de Seguridad Social en dos grandes bloques o niveles supone que la concesión de una prestación por tener una discapacidad de carácter permanente puede derivar de uno u otro nivel, en función de la situación en la que se encuentre el beneficiario en el momento del hecho causante. En el nivel no contributivo, la prestación se anuda a la necesidad económica que conlleva dicha situación para personas desfavorecidas de recursos, tratando de compensar la situación de necesidad y, procurando, quizás con no demasiada fortuna, la igualdad social de la persona discapaz con necesidades económicas con el resto de la comunidad¹².

En cambio, la que nos interesa, la protección de la incapacidad permanente en el nivel contributivo, está relacionada con el ejercicio de un trabajo y con la posibilidad de seguir realizándolo de forma completa, no poder realizarlo o no poder realizar ningún tipo de trabajo.

La protección de la alteración de la salud de los trabajadores “puede ir desde momentos de corta duración a una presumible permanencia en el sujeto”¹³. La situación o contingencia protegida es la incapacidad para el trabajo, sea temporal o permanente y “las perspectivas de protección son básicamente dos: la económica y la dirigida a la recuperación o rehabilitación profesional”¹⁴.

Es la protección de la perturbación de la salud de forma permanente la solicitada por el actor en la sentencia que tratamos de analizar y es ésta la que merece un análisis más detenido para comprender mejor la cuestión del asunto.

Ha de recordarse que, ex art. 136 de la LGSS, para que un trabajador pueda ser calificado como incapaz permanente tiene que, tras haber estado sometido a un tratamiento prescrito, ser dado de alta médicamente con secuelas, esto es, que presente “reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

¹² Podrán ser constitutivas de invalidez, como establece el apartado segundo del artículo 136 LGSS, las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen. Para acceder a la misma, será necesario ser mayor de 18 años y menor de 65; residir legalmente en territorio español; ser discapacitado, esto es, “estar afectado por una minusvalía o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65%”. Y, por supuesto, acreditar insuficiencia de ingresos o rentas.

¹³ Álvarez De La Rosa, J.M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Civitas, S.A. Madrid (1982), pág. 23

¹⁴ Martín Puebla, E., *La Protección Social de la Incapacidad Permanente para el Trabajo*, Comares, Granada (2000), pág. 13.

Y es que, como se avanzó anteriormente, la protección de esta contingencia “tiene su eje en la imposibilidad de realización de actividades profesionales o laborales a consecuencia de la enfermedad contraída o del accidente sufrido¹⁵” y no en la discapacidad en sí misma. A ello se añade que las reducciones anatómicas o funcionales “tanto las físicas como las psíquicas o las sensoriales, constatadas médicamente, han de ser incurables con el adecuado tratamiento y, probablemente irreversibles e incapacitantes”¹⁶.

De la definición establecida por el art. 136. 1 LGSS se desprende que el supuesto típico de incapacidad permanente derivará de una situación previa de incapacidad temporal y, por tanto, presupone un sometimiento a un tratamiento médico y la extinción de la previa situación de incapacidad temporal. Sin embargo, ello no siempre es así, pues existen excepciones a esta regla que acabamos de señalar, ya que, por ejemplo, no será necesario el alta médica cuando haya secuelas definitivas o no siempre procederá el sometimiento al tratamiento prescrito o, finalmente, en algún caso, ni siquiera será imprescindible la existencia de un proceso previo de incapacidad temporal¹⁷.

La norma nos expone distintos grados de incapacidad permanente, ya que ésta se presenta no como “una realidad uniforme, sino que es preciso evaluar la influencia de aquella alteración grave de la salud, presumiblemente definitiva en cada concreto”¹⁸ discapacitado.

En dicha “escala”, en el nivel más leve se encuentra la pérdida de aptitudes o la dificultad para realizar algunas de las tareas, pero no las fundamentales de su profesión u oficio. En el nivel “medio”, la incapacidad del trabajador lo ha dejado desposeído de las aptitudes fundamentales por lo que queda impedido para realizar la profesión que venía desempeñando habitualmente, obligando al beneficiario, de alguna manera, a dedicarse a una profesión distinta. En el nivel superior de esta graduación, al menos a nivel teórico¹⁹, las enfermedades

¹⁵ AAVV., *Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social (Régimen General y Nivel no Contributivo)*, (Dir. Álvarez Cortés, J.C.), CEES-IFV, Salamanca (2008), pág. 75.

¹⁶ González De La Aleja, R., *La Incapacidad Permanente y sus Efectos en el Contrato de Trabajo*, Bomarzo. Albacete (2006), pág. 24.

¹⁷ El artículo 136.3 de la LGSS señala tres supuestos en los que se da la excepción a una incapacidad temporal previa, que son: a) situaciones de asimilación al alta que no cubran la prestación de incapacidad temporal; b) cuando el acceso a la prestación de incapacidad permanente sea desde una situación de no alta en Seguridad Social; y, c) supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en los que se dé la misma circunstancia. Todo ello también es importante para la determinación del hecho causante de las prestaciones incapacidad permanente, ex art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996.

¹⁸ Álvarez De La Rosa, J.M., op.cit., pág. 218.

¹⁹ Ya que quedan resquicios en la norma para la realización de “actividades compatibles” con la situación del incapaz permanente absoluto o gran inválido, resquicios que han sido agrandados de forma discutible por la doctrina del Tribunal Supremo, véase en extenso, Álvarez Cortés, J.C. y Alonso Russi, E., en “Algunas notas sobre la incompatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, TL nº 106.

o lesiones padecidas por el trabajador le incapacitan o inhabilitan para la realización de “toda profesión u oficio”²⁰.

2.2. La profesión habitual como elemento determinante del grado total de la incapacidad permanente

Es por tanto fundamental, al menos respecto de la prestación de incapacidad permanente total (también la parcial), determinar la profesión habitual del sujeto para decidir si la alteración de la salud sufrida es de tal importancia que no permite volver a desempeñar la misma. Y es que, las mismas lesiones pueden ser causa de distintos grados de incapacidad, o de ninguno, en función de las tareas que componen la profesión habitual del posible beneficiario²¹. Aunque dicho término ha sido definido por el apartado segundo del artículo 137 de la LGSS, es un concepto de bastante controversia, como podemos contemplar en la extensa doctrina de los tribunales al respecto y reflejado, una vez más, en la sentencia que da origen a este comentario.

Resulta evidente que, si la incapacidad permanente total es aquella que inhabilita al trabajador para realizar todas o las fundamentales funciones de su profesión habitual, se deba determinar con precisión que ha de entenderse por tal profesión habitual. Pues “en el proceso lógico que se acometa para evaluar el grado de invalidez, el concepto de profesión se destaca como esencial”²². El apartado segundo del art. 137 de la LGSS aunque no define que ha de entenderse por profesión habitual, sí aclara cuál es la que ha de entenderse por profesión habitual, esto es, “en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo. En caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine”²³.

Desde luego, a nuestro juicio, no se entiende bien el porqué de esta distinción entre enfermedades y accidentes. Podría justificarse en el hecho de que la incapacidad que proviene de un accidente es súbita o más inmediata, mien-

²⁰ Dejamos de lado las situaciones de “cualificación” del incapaz permanente total que tiene más que ver con la edad y las posibilidades de encontrar un trabajo que con la discapacidad y la de gran invalidez que tiene más como referencia la situación de dependencia del incapaz permanente y la necesidad de concurso con otras personas para la realizar sus actividades básicas de la vida diaria.

²¹ Roqueta Buj, R, *La Incapacidad Permanente*, CES, Madrid (2000), pág. 34

²² Álvarez de la Rosa, J.M., op. cit., pág. 220

²³ El art. 11.2 de la Orden 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social aquilata esta situación indicando que es “aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiese iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente. A tales efectos se tendrán en cuenta los datos que consten en los documentos de afiliación y cotización.”

tras que los procesos de enfermedades incapacitantes suelen ocurrir de forma más dilatada en el tiempo. Pero esta justificación, que no es exacta en todos los supuestos, nos parece insuficiente. Abogamos por la necesidad de que el legislador adopte en el futuro una solución común a ambas situaciones ya que si el resultado final es la incapacidad del trabajador, poco importa si la misma provino de un accidente o de una enfermedad. No obstante ello, es doctrina sólida de nuestro Tribunal Supremo que la profesión habitual es la “ejercida prolongadamente” en las situaciones de enfermedad común²⁴.

Lo más negativo, sin duda, es que la norma no ofrece una definición de qué es la profesión habitual, es decir, si esta debe relacionarse con la antigua categoría profesional, con el grupo, con las funciones o, como algunas decisiones judiciales han apuntado, si debe incluir incluso la movilidad funcional del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco los Tribunales han ayudado mucho a la clarificación conceptual, pues es difícil encontrar un criterio unificado de “profesión habitual”.

Hubiera venido bien el desarrollo del “nonato” art. 137 de la LGSS en la redacción que le proporcionaba el artículo 8 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social. La redacción propuesta, que finalmente no cuajó por falta de desarrollo reglamentario, disponía la creación de un reglamento con “la lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos”, lo cual, sin duda, hubiera dado una alta seguridad jurídica a esta situación. Limitando, en gran medida, la aleatoriedad de los tribunales a la hora de conformar la profesión del trabajador para determinar su situación de incapacidad permanente total.

En definitiva, por falta de concreción por la norma, este concepto ha sido cuestión de análisis por todos los órganos jurisdiccionales del orden social, desde antiguo como el Tribunal Central de Trabajo hasta nuestros días por los Tribunales Superiores de Justicia, habiendo pronunciamientos incluso en casación.

A modo de sistematización²⁵, podría decirse que:

- Inicialmente, el Tribunal Central de Trabajo identificó la profesión con el concreto puesto de trabajo, es decir, “el conjunto de cometidos del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador”, independientemente de los correspondientes a su categoría profesional²⁶

²⁴ Por todas, véase, STS de 7 de febrero de 2002.

²⁵ Véase el magnífico trabajo de síntesis realizado por la STSJ de Cantabria de 28 de enero de 2009.

²⁶ SSTCT de 5 y de 24 de mayo de 1975, respectivamente, RTCT 1975, 229 y RTCT 1975, 2648.

- Esta tesis fue posteriormente superada ya que el Tribunal Central de Trabajo pasó a identificar la profesión habitual con el conjunto de tareas que conformaban la categoría profesional del trabajador²⁷. Por poner un ejemplo, en la STCT de 20 de septiembre de 1982²⁸ se afirma que para dar forma a dicho concepto no han de tenerse en cuenta de forma exclusiva las concretas tareas que llevaba a cabo cuando ocurrió el hecho causante, sino que debe de partirse “de las que para su oficio fijan las reglamentaciones o convenios”. Esta misma tesis ha sido mantenida posteriormente por el Tribunal Supremo²⁹.
- Esta evolución culmina con la STS de 17 de enero de 1989³⁰, que marca un punto de inflexión, al introducir expresamente como referencia en la interpretación de la “profesión habitual” la labor que “el trabajador está cualificado para realizar y a lo que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional”. Sentencia desde luego muy desafortunada, ya que sobredimensiona el concepto de profesión habitual porque para la calificación de la incapacidad permanente exige que no sólo sean tenidas en cuenta las funciones correspondientes a la categoría profesional del presunto incapaz, sino también aquéllas que le sean exigibles dentro de la movilidad funcional ordinaria (art. 39 ET). Son muchas las resoluciones que han venido después refiriendo y aplicando este con dicho criterio expuesto y que definen la profesión habitual como el conjunto de tareas exigibles dentro de la movilidad funcional ordinaria.

Llevado quizás por esta doctrina, el artículo 8 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, vino a dar nueva redacción al art. 137 LGSS, norma que finalmente nunca entró en vigor por falta de desarrollo reglamentario, y también previó consagrar esta interpretación más amplia cuando dispuso en su apartado quinto que “la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. (...) A efectos de la determinación del grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el

²⁷ SSTCT de 1 de marzo y de 15 de abril de 1977, respectivamente, RTCT 1977, 1210 y RTCT 1977, 2080 y también la STCT de 6 de febrero de 1986, RTCT 1986, 720.

²⁸ RTCT 1982, 4832.

²⁹ STS 14-4-1987, RJ 1987, 2773.

³⁰ RJ 1989, 259.

hecho causante de la incapacidad permanente”. Ello hubiese supuesto ligar la situación de incapacidad no sólo a la profesión que ejercía el interesado sino también a las funciones exigibles al trabajador dentro de la movilidad funcional ordinaria (art. 39.1 del ET) y muy probablemente al grupo profesional en que aquélla estaba encuadrada.

El nuevo concepto de profesión habitual se delimita no sólo atendiendo a “la profesión que ejercía el interesado”, sino también a la “del grupo profesional”, parámetro este último más amplio y que también genera ciertas complicaciones en la calificación de la incapacidad, ya que la constitución de los grupos profesionales no contiene referencia alguna a las profesiones. Por otro lado, esta referencia al grupo profesional va a ser muy desfavorable para el trabajador porque va a ser casi imposible la calificación en situación de incapacidad permanente total para una profesión habitual que puede ser múltiple. Es por este camino por el que va interpretarse en el futuro la profesión habitual, de seguro, ya que el RD Ley 3/2012 ha eliminado del art. 22 de ET la categoría profesional, quedando exclusivamente como referencia en el sistema de clasificación profesional los grupos profesionales.

El grupo profesional viene definido por el apartado segundo del artículo 22 del ET como aquel que “agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales”. Definición no precisamente clarificadora, pero para el Tribunal Supremo, en alguna de sus sentencias, el grupo profesional supone una referencia útil a la solución de este problema. No creemos que sea una “referencia útil” puesto el grupo puede incluir diversas categorías y distintas funciones³¹, en definitiva, el grupo puede incluir diversas profesiones, lo que es contrario a la idea de “profesión habitual” que nutre el concepto de incapacidad permanente total.

Al final, los trabajadores enfermos tendrán que adaptar sus puestos de trabajo para no perderlos, pues les será imposible conseguir una prestación de incapacidad permanente total ya que siempre podrán ejercer otras funciones o tareas de distinta profesión encuadrada dentro de su grupo profesional. El problema será si el empresario puede o quiere readaptarlo y, en su caso, la posibilidad de que el mismo utilice la vía de los apartados a) o d) del Estatuto de los Trabajadores para extinguir su contrato por causas objetivas. Siendo en estos hipotéticos casos sumamente injusto el que la determinación de la incapacidad del trabajador penda de las posibilidades organizacionales de la empresa y de las necesidades de personal de la misma.

Abundando en lo anterior, debemos tener en cuenta, como hemos señalado, que es determinante para la declaración de incapacidad permanente total, conocer

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 febrero 2005, RJ 2005\5296

el concepto de profesión habitual, pues la prestación que por ella se lucra tiene por finalidad sustituir las rentas del trabajo a las que el discapacitado no puede acceder, como consecuencia de las limitaciones funcionales derivadas de sus dolencias³², y mientras mas abarque tal concepto más difícil será percibir la prestación. Por tanto, si consideramos el grupo como profesión habitual, podemos afirmar que hasta que un trabajador no pueda realizar ninguna profesión dentro del grupo, no tendrá derecho a la prestación de incapacidad permanente total y, si además, el grupo incluye profesiones dispares, sería prácticamente inaccesible la prestación³³.

Finalmente, parece que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2005 ha puesto una nota de cordura en esta cuestión al estimar que si el concepto de profesión habitual equivale a grupo profesional, a los efectos de la declaración de incapacidad, conduciría al absurdo de denegar la prestación a quien no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria.

Así pues, con tanto bandazo judicial, el hecho de no existir un concepto legal establecido ni una jurisprudencia determinante al respecto, hace que este derecho quede sujeto a la configuración legal que cada tribunal haga de categoría profesional, provocando demasiada inseguridad jurídica. Más aún, cuando dicha configuración queda sujeta a la posibilidad de realizar otros trabajos compatibles para percibir o no la pensión.

3. LAS FUNCIONES DEL ALCALDE COMO REFERENCIA DE LA PROFESIÓN HABITUAL RESPECTO DE LA QUE SE SOLICITA LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

La primera vez que aparece la figura del alcalde, tal y como la conocemos hoy en día, fue en 1812 con la aprobación de la Constitución de Cádiz, no obstante, no significó que quedase perfeccionada. La Constitución de Cádiz entendió la figura del alcalde como un cargo electivo, como autoridad del Estado y como juez. Y ello porque, de un lado, radicaba su legitimidad en el asiento de la comunidad vecinal, de otro lado, porque además de autoridad municipal, era autoridad de la Administración del Estado, y, finalmente, porque ejercía la función de juez de paz³⁴.

³² STSJ de Extremadura de 14 julio, AS 2005\1726

³³ Por ejemplo, véase la disparidad de profesiones en el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, donde en su grupo profesional IV se incluye a los administrativos junto con el personal de cocina o de limpieza.

³⁴ López-Nieto y Mallo, F., *Manual del Alcalde*, Abella, Madrid (1987), pág.44

Decía Chiavenato que la Administración es “el proceso de planear, organizar, dirigir y controlar el uso de los recursos para lograr los objetivos organizacionales”³⁵ y ello es básicamente lo que le corresponde en la actualidad al Alcalde, como presidente de la corporación municipal que dirige.

Así pues, para conocer las funciones concretas del Alcalde, ha de acudirse a la LBRL y al RD 2568/1986, de 28 de noviembre, que crea el Reglamento de Ordenación. A los mismos se les atribuyen distintas funciones, concretamente los artículos 21 y el 41, respectivamente, de cada una de estas normas, atribuyen al Presidente de la Corporación, una serie de funciones que pueden agruparse en tareas de gobierno³⁶ y de gestión³⁷. Así como, cualquier otra que sea atribuida por las leyes y aquellas que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas asignen al municipio y no atribuyan a otros órganos municipales.

Desde luego, la inclusión del Alcalde dentro de la categoría profesional de jefe administrativo, por ser la mayoría de las funciones que realiza de carácter administrativo puede ser una opción³⁸, pero ha de recordarse que en muchos consistorios el grupo de cotización que se ha asignado al Alcalde no coincide con el de jefe administrativo, sino que han sido incluidos en otros grupos, normalmente 1 y 2. Pero por lo que nos afecta, es justamente ésta, la de jefe administrativo, la profesión que se atribuye como habitual al actor en el proceso al que se refiere la sentencia objeto de este trabajo.

Pero, dando un repaso a las funciones que se atribuyen al Alcalde, entre éstas hay algunas que exigen o pueden exigir una serie de aptitudes (físicas o mentales) que van más allá de las tareas sedentarias con las que los trabajos administrativos se estereotipan, como pueden ser las de representación, inspecciones de servicios y obras y la gestión de catástrofes que exigirían una especial toma en consideración para ver si por el número, la frecuencia de

³⁵ Chiavenato, I., *Introducción a la Teoría General de la Administración*, Ed. Mcgraw-Hill Interamericana, (2004), pág. 10.

³⁶ Dirigir el gobierno y la administración municipal dictando las instrucciones que sean precisas y designando a aquellos colaboradores que no tengan el carácter de profesional; representar al Ayuntamiento en los distintos actos públicos que deba asistir como presidente de la corporación; convocar y presidir las sesiones del Pleno; dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras municipales, cuya ejecución hubiese sido acordada; dictar bandos; convocar de las consultas populares municipales.

³⁷ Desarrollar de la gestión económica; desempeñar la jefatura superior de todo el personal de la Corporación; ejercer la jefatura de la Policía Municipal; aprobar los instrumentos de planeamiento de desarrollo del planeamiento general no expresamente atribuidas al Pleno, así como los instrumentos de gestión urbanística y los proyectos de urbanización; ejercer las acciones judiciales y administrativas y la defensa del ayuntamiento en las materias de su competencia; adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno; publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos del Ayuntamiento.

³⁸ En este mismo sentido, López-Nieto y Mallo, F. op. cit, pág. 109

realización, la posibilidad de delegación, etc, la imposibilidad de realizarlas por estar afectado por una enfermedad o lesión, sería suficiente como para declarar a esta persona en situación de incapacidad permanente.

Aclaremos esto último: no decimos que el actor en este asunto tuviera derecho a una prestación de incapacidad permanente, sino que el equipo de valoración de incapacidades, inicialmente y, si éste no lo hace, los Tribunales del orden social, tendrían que examinar con cierto detenimiento (y no de forma automática) las posibilidades de seguir realizando las tareas fundamentales de la profesión habitual de conformidad con las enfermedades o lesiones alegadas.

Por ello, han de ser las tareas propias de la Alcaldía “las que han de ser tenidas en cuenta para valorar su posible invalidez, ya que serían las ocupaciones propias de dicho cargo las que, en su caso, serían afectadas por la posible declaración del invalidez permanente”, lo que se predica respecto de un solicitante de incapacidad permanente que ejerció en cargo de Alcalde durante 18 años y hallándose en el ejercicio de tales funciones se inició el proceso de incapacidad temporal, al cabo del cual vio afectada su actividad (STS, sala IV, de 15 de marzo de 2011).

BIBLIOGRAFÍA

AAVV., *Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social (Régimen General y Nivel no Contributivo)*, Dir. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., Ed. CEES-IFV, Salamanca (2008).

AA.VV., *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, (Coord. DOMINGO ZABALLOS, M. J.), Ed, Thomson Civitas, Elcano (2005).

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y ALONSO RUSSI, E., “Algunas notas sobre la incompatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena”, *Temas Laborales* nº 106, (2010).

ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M. *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Civitas, S.A. Madrid (1982).

CHIAVENATO, I., *Introducción a la Teoría General de la Administración*, MCGRAW-HILL, Interamericana, (2004).

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R., *La Incapacidad Permanente y sus Efectos en el Contrato de Trabajo*, Bomarzo, Albacete, (2006).

GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Derecho a la protección por desempleo de los miembros de las corporaciones locales”, *Relaciones Laborales* nº 7, (1988).

LOPEZ-NIETO Y MALLO, F., *Manual del Alcalde*, Ed. Abella, Madrid (1987).

MARTÍN PUEBLA, E. *La Protección Social de la Incapacidad Permanente para el Trabajo*, Comares, Granada, (2000).

ROQUETA BUJ, R., *La Incapacidad Permanente*, CES, Madrid, (2000).