

LA JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACIDAD.
EL CASO DE LOS ENFERMOS DE POLIOMIELITIS

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid*

SUMARIO

1. LA ATENCIÓN A LA ENFERMEDAD DE LA POLIO EN EL DERECHO DE SU VACUNACIÓN A MEDIDAS PARA LOS ENFERMOS. 2. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACIDAD. ATENCIÓN ESPECIAL A QUIENES PADECEN SECUELAS DE POLIO O SÍNDROME POSTPOLIO. 3. PROTECCIÓN REAL OFRECIDA Y LOCALIZACIÓN DE DESAMPARO LEGAL EN CIERTOS CASOS. 3.1. Acreditación de la discapacidad. 3.2. Cómputo del tiempo trabajado. 3.3. Algunos elementos de la reforma operada por el RD 370/2023. 4. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD DE QUIEN TIENE REDUCIDA DE FORMA GENERALIZADA SU ESPERANZA DE VIDA.

1. LA ATENCIÓN A LA ENFERMEDAD DE LA POLIO EN EL DERECHO DE SU VACUNACIÓN A LA IMPLANTACIÓN DE MEDIDAS PARA LOS ENFERMOS

Para abordar la respuesta jurídica a la poliomielitis, conviene conocer que es una enfermedad contagiosa causada por un poliovirus que desde el intestino puede invadir el sistema nervioso y causar parálisis en un porcentaje del 10% de los infectados, esa parálisis aparece generalmente en las piernas y de forma permanente. La enfermedad provoca la muerte cuando los músculos respiratorios fallan, en un porcentaje entre 5-10% de los infectados con parálisis. Se trata de una enfermedad de la infancia ya que los contagios se suceden hasta normalmente los 5 años de edad, que se previene con la vacunación.

En España la enfermedad de la poliomielitis fue una patología notable que a lo largo de los años presentó brotes epidémicos hasta que se introdujo su vacunación a partir de 1957, entonces vacunación voluntaria y, como era ordinario en la época, se señala su acceso mediante categorías de destinatarios, los de beneficencia (gratuita), débiles económicos (3 ptas. la dosis) y para “*pudientes*” (9 ptas. por dosis), pero la vacunación sólo alcanzó a un 10% de la población hasta el año 1962. Su peor etapa epidemiológica se produjo entre los años 1950 a 1963, si bien el descenso de los contagios llegará cuando la vacunación la asume el Estado como protección de la Salud mediante actuaciones de sanidad pública en su vertiente preventiva, su vacunación y tratamiento asistencial. Momento en el que se implanta una campaña nacional de inmunización gratuita contra la poliomielitis a menores de 7 años, ordenado todo ello a través del entonces seguro obligatorio de enfermedad¹ (SOE), dirigida a los hijos de los trabajadores, los cubiertos por la Seguridad

¹ Si bien se ha señalado entre los años de 1958 a 1963 como el mayor periodo de su incidencia unos 2000 casos y 200 fallecidos por año, así TUELLS J. (2019), “La batalla de Madrid por las vacunas antipoliovirus (1963): ciencia, ideología y poder en la primera campaña de inmunización masiva en España”, Gaceta Sanitaria, septiembre-Octubre 2019, vol. 33 nº 5, págs. 480 a 484.

Social de la época². El Seguro obligatorio de Enfermedad es germen del Estado del bienestar español y predecesor del actual SNS, a veces olvidado. Los padecimientos de la enfermedad son mayores hasta el inicio de los años 60 del pasado siglo XX, concretamente, si hemos de fijar una fecha, 1963, momento en el cual empezó la vacunación gratuita en nuestro país, téngase en cuenta que las primeras vacunas con éxito comenzaron a ensayarse en el mundo entre 1953-1957, siendo EEUU y Rusia sus valedores. Desde aquel ya lejano comienzo de la vacunación las personas afectadas por la enfermedad serán cada vez menos, y muchas de ellas ya habrán accedido a una jubilación anticipada medida que examinaremos en esta comunicación.

No obstante, ello no significa que se haya erradicado la enfermedad de la polio en nuestro territorio, de los tres tipos de poliovirus que causan la enfermedad aún persiste en el mundo uno de ellos (conocido científicamente como WPV1, si bien hay casos del poliovirus de los otros tipos). Además, como en otras enfermedades mernadas o reducidas al ser menores entre la población gracias a la vacunación, también conviene señalar respecto de la polio que el volumen de migraciones del siglo XXI, en particular la inmigración laboral que recibe España, indica la necesaria atención a la erradicación de la enfermedad, continuando la vacunación infantil, así como atendiendo a la posible presencia presencia en adultos ya no tanto nacionales sino provenientes de otras latitudes³.

2. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA POR DISCAPACIDAD. ATENCIÓN ESPECIAL A QUIENES PADECEN SECUELAS DE POLIO O SÍNDROME POSTPOLIO

El objeto de este trabajo se centra en el estudio y análisis de la jubilación anticipada por una discapacidad igual o superior al menos al 45% en los casos de enfermos de poliomielitis⁴. Como es conocido el acceso anticipado a la jubilación (contributiva) combina, por un lado, el adelanto de la edad de jubilación en este caso a partir de los 56 años (siendo la edad mínima de jubilación), y se enmarca en el más genérico requisito de existencia de un grado de discapacidad

² Al no estar toda la población protegida se inicia una disputa entre el Ministerio de Trabajo y la Dirección General de Salud, dependiente del Ministerio de Gobernación, de manera que si la medida del SOE se publicaba en el BOE el 1/01/1963, otra medida en este caso de la DGS aparecía casi un mes más tarde, el 30-1-1963, señalando la falta de cobertura de la campaña del SOE al conjunto de la colectividad al no incluir a los no protegidos por la Seguridad Social; TUELLS J. (2019), “La batalla de Madrid por las vacunas antipoliomielitis ...”, *ibidem*.

³ Conforme con las estadísticas actualizadas de la OMS se considera que en 2021/2022 la enfermedad es endémica en Pakistán y Afganistán y aún presente en Sudeste de África (RD del Congo, Mozambique, Níger, Nigeria Somalia y Yemen) pero también en Siria, Myanmar, Papúa Nueva Guinea y con presencia de casos notificados en distintos países como, entre otros, Senegal, Somalia, Camerún, Etiopía, Eritrea hasta incluso Israel.

⁴ Las características y dimensiones normativas de esta tipología de jubilación de las personas con discapacidad fueron en su día estudiadas, con gran acierto, por VALDÉS ALONSO A. (2010), “Discapacidad y jubilación, el RD 1851/2009 sobre anticipación de la jubilación de los trabajadores discapacitados”, Documentación laboral nº 88/2010 págs. 123-132.

importante, de al menos el 45%. Su desarrollo reglamentario se recoge en el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla la LGSS (actual art. 206 bis.1 y anterior art. 161 bis) en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por ciento.

Si bien la primera incursión del legislador para incorporar una jubilación anticipada por razón de discapacidad se produjo con la Ley 35/2002, esta actuación legislativa se refería en su DA 1ª a la reducción de la edad ordinaria de acceso a la jubilación para los trabajadores minusválidos que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65%, y que encontrará su desarrollo en el RD 1539/2003⁵.

La medida que nos interesa fue introducida, años más tarde, al albur de una de las más importantes reformas de la jubilación acontecida, con la Ley 40/2007, el cambio acometido supuso la posibilidad de reducir la edad mínima de jubilación permitiendo que esa reducción operase para PCD siempre que tuvieran reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 45%, y además, acumulativamente las discapacidades estuvieran, por una parte, reglamentariamente determinadas y, por otra, que en ellas concurrieran evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. De tal manera que en 2007 aparecen dos tipologías de jubilación anticipada por razón de discapacidad, la referenciada a la discapacidad en grado igual o superior al 65% y la que ahora nos interesa de grado de discapacidad del 45% que afecta a determinadas discapacidades cuando reducen la esperanza de vida⁶. Una incorporación directamente vinculada a las sucesivas renovaciones del Pacto de Toledo que puso su interés, a partir de la renovación de 2003, en la discapacidad y las pensiones a las que acceden los discapacitados –sin duda influenciados por las corrientes reguladoras de las Directivas de la Unión europea– en especial la Directiva 2000/78, y en referencia a la jubilación se introduce la anticipación de la edad de jubilación de las PCD, también la reducción de la edad motivada en la discapacidad, y ya no sólo de coeficientes reductores de la edad vinculados a la discapacidad. Así surge la jubilación anticipada que mira a la inferior esperanza de vida sin que la pensión que finalmente reciba la PCD que

⁵ El mencionado RD 1539/2003, estableció coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan ese grado de discapacidad, derivado de la Ley 35/2002 que, no lo olvidemos fijaba, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, coeficientes que se diferencian en su cuantificación según sea necesaria tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, si lo es la reducción es mayor (0,50) y si no (0,25) que se aplican aplicados al tiempo efectivamente trabajado y permiten conocer el tiempo que debe sustraerse –minuyendo de la resta– a los 65 años de la edad ordinaria de jubilación.

⁶ Bien es cierto que para quienes tengan reconocido un grado de discapacidad y concurren en esas personas los requisitos para acceder a la jubilación anticipada padeciendo las discapacidades que reducen de forma significativa la esperanza de vida existe una posibilidad dual de solicitud de aquella pensión de jubilación anticipada que les resulte más favorable, como refleja la DA 1ª RD 1851/2009, y señalan entre otros RUBIO DE MEDINA, M. D. (2010), “La anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad igual o superior al 45%”, Información laboral, legislación y convenios -Lex Nova-, nº 5/2010, págs. 2 y 10 y recoge ORDÓÑEZ CASADO M.I. (2018), “Jubilación anticipada por discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2017 (rcud. 3950/2015)”, Temás Laborales, nº 14/2018, pág. 201.

anticipa la edad sufra una reducción en su cuantía. De ahí que para algunos la terminología adecuada no es la de jubilación anticipada sino más correctamente anticipación de la edad, regulando el legislador otras edades de jubilación anteriores a la edad ordinaria, siendo inferiores por la discapacidad, pero no sólo por esta, también, por la reducción significativa de la esperanza de vida.

Se valoraba el esfuerzo y penosidad del trabajo por realizarlo con ese alto grado de discapacidad, pero ya no se aplicaba el criterio general de coeficientes reductores de la edad previsto para discapacitados en grado igual o superior al 65% (desarrollado RD 1539/2003 y regulado en el mismo art. 206 bis LGSS), porque la singularidad en ese caso del 45% reside en la limitada esperanza de vida de estas personas cuya causa reductora de los años de vida procede precisamente de los padecimientos derivados de la misma enfermedad o patología. Esta modalidad de jubilación anticipada en caso de discapacidad se añade en nuestro ordenamiento jurídico a otras que han acompañado no sólo la anticipación de la edad de jubilación sino que suponen una jubilación anticipada⁷. Y se diferencia de los supuestos de incapacidad permanente, ya total ya absoluta que separan al trabajador en atención a su incapacidad laboral del mundo laboral dotándoles de una pensión, pero no lo apartan totalmente del trabajo⁸; aunque no debemos confundir la discapacidad con la incapacidad laboral lo cierto es que el discapacitado puede resultar incapacitado laboral accediendo a la pensión por razón de su discapacidad.

La regulación reglamentaria se ha visto recientemente reformada por el RD 370/2023, las transformaciones introducidas por el nuevo desarrollo se considera una nueva regulación más flexible, pese a ello sigue recibiendo algunas críticas que ya han sido estudiadas por la doctrina⁹.

Por otro lado, como muchas de las jubilaciones de esta clase, por discapacidad, se relaciona directamente con el padecimiento de una enfermedad que genera el reconocimiento de un grado importante de discapacidad a la persona que

⁷ Un estudio evolutivo de la normativa sobre la jubilación y sus modalidades centrado en las personas con discapacidad en ORDÓÑEZ CASADO M.L. (2018), "jubilación anticipada por discapacidad ...", op. cit., págs. 195 a 200, principalmente. En ella se aporta una clasificación de las razones en que trae causa la jubilación anticipada pudiendo motivos sanitarios, esto es ñas que se fijan en la penosidad o morbilidad del trabajo realizado; pero también su justificación en política de empleo, citándonos el rejuvenecimiento de plantillas así como el reparto del trabajo; aquellas que se contienen en normas transitorias con la voluntad legislativa de mantener expectativas generadas por normas anteriores, y también aquellas dirigidas a la protección a colectivos vulnerables, en las que se situaría la jubilación anticipada del actual art. 206 bis LGSS.

⁸ Si bien la nueva doctrina que fija la STS de 11 de abril de 2024 (cud. 197/2023) sólo permite la compatibilidad con un trabajo esporádico y marginal, para las incapacidades absoluta y la gran invalidez.

⁹ Para GARCÍA VALVERDE M.D. (2023), "Estrategia sobre los derechos de las personas con discapacidad ¿se están percibiendo los cambios?", *Temas Laborales*, nº 68/2023 pág. 515. Es precisamente la aportación de la nueva norma, la flexibilidad de la jubilación de las personas con discapacidad. Un comentario sobre las aportaciones de las modificaciones que introduce el Real Decreto de 2003 en CANO GALÁN C. (2023), "Personas con discapacidad y jubilación: las novedades del RD 370/2023", *Briefs de la AEDTSS*, versión electrónica.

la padece, todos ellos recogidos en el art. 2 del RD 1851/2009 de su redacción inicial (que, junto con padecimientos congénitos, incorpora además del síndrome postpolio, determinadas enfermedades mentales, neurológicas) y actualmente en el Anexo del aquel Real Decreto¹⁰. Respecto a la enfermedad que tratamos en estas páginas, originariamente las referencias eran sólo al síndrome postpolio, pero desde el año 2011, se citará expresamente las secuelas de polio o síndrome postpolio, haciendo mucho más precisa las referencias no sólo a la enfermedad sino también a las consecuencias de la enfermedad¹¹. Se trata de la única modificación que sobre las patologías o enfermedades se ha producido en este Real Decreto.

La incorporación de esta tipología de jubilación contributiva anticipada tiene una clara finalidad, se dirige a plersonas con discapacidad (en adelante PCD), las patologías deben estar contempladas en la regulación reglamentaria, por lo tanto, listadas (aunque se posibilita desde 2023 un procedimiento de inclusión de nuevas patologías), y se exige que haya evidencias de la reducción de la esperanza de vida de esas personas. En el mes de julio de 2024 ya se ha presentado un proyecto de Orden Ministerial que precisamente regula el procedimiento de inclusión de nuevas patologías en el Anexo del RD 1851/2009. En la orden igualmente se regulan dos procedimientos, un procedimiento para incluir nuevas patologías y el otro para la revisión de las que recoge el Anexo, y comprobar si persisten los requisitos para mantener su inclusión. Si la nueva Orden sale adelante, identificará cuándo una patología reduce de manera significativa la esperanza de vida. Se plantea en el proyecto que sea de un 15%, al menos, respecto de la población general, pero aún no se ha aprobado, ni quizá sea el indicador que se necesita para esta tipología de jubilación anticipada. Véanse las críticas de ARETA M. (2024) “La jubilación de las personas trabajadoras con patologías discapacitantes en grado igual o superior al 45%”, Briefs de la AEDTSS julio 2024. Sin duda, en los años venideros, la poliomielitis es una de esas enfermedades discapacitantes que cumple los requisitos. Una enfermedad que sufrió parte importante de la población española hasta la generalización de las vacunas, que como hemos señalado se extendió en 1963. Lo que significa, si tenemos en cuenta que la edad mínima de jubilación se anticipa a los 58 años, que es a partir del año 2021 en adelante cuando deberían disminuir las solicitudes de la jubilación anticipada por síndrome postpolio. Sin duda, se seguirán suscitando

¹⁰ La reforma de 2023, que introdujo el RD 370/2023 prefere ofrecer un concepto abierto de las situaciones protegidas y que permiten acceder a la anticipación de la jubilación por discapacidad del 45%, de tal manera que ya no se enumeran las patologías o enfermedades en el precepto y sí en el Anexo, sino, que, como se ha avanzado, se conforma el artículo con referirse a aquellos supuestos en los cuales concurren evidencias contrastadas que determinen de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida, con remisión al Anexo para determinar las discapacidades, y en él se incorpora el listado de las discapacidades que pueden dar lugar a la reducción de la edad de jubilación.

¹¹ Tras la modificación que introdujo la DF 2ª RD 1148/2011, aprovechando la incorporación del desarrollo reglamentario de (la entonces) nueva prestación por cuidado de hijos menores afectados de cáncer o enfermedades graves. Sin citar las razones que justificaban el cambio.

controversias judiciales respecto a la discapacidad originada por secuelas de polio o síndrome postpolio.

Por sus características, para esta jubilación anticipada por discapacidad superior al 45% se establece una edad fija de posible acceso a la jubilación anticipada, como se viene indicando a partir de la edad de 56 años, y no el sistema de coeficientes reductores de la edad de jubilación. Con claridad el legislador señala que es una jubilación anticipada de carácter excepcional en referencia a la edad¹².

Cuando se deniega la jubilación no hay pasarelas legales que permitan a quien padece la patologías de la que existen evidencias contrastadas de reducción significativa de su esperanza de vida, otro mecanismo de anticipación de la jubilación, pese a seguir existiendo para esas personas discapacitadas la espada de Damocles de reducción de la esperanza de vida. Ciertamente la legislación sí fija una edad mínima de jubilación anticipada que podría considerarse ventajosa, inicialmente 58 años y desde 2012 pasó a ser 56 años –pese al alargamiento de la edad de jubilación¹³–.

Todos los aspectos que regula el desarrollo reglamentario han sido abordados en diferentes litigios ante los Juzgados y Tribunales, pero, sin duda, la acreditación de la discapacidad y el cómputo del tiempo trabajado ha generado más problemas interpretativos. Dando buena cuenta el renovado Pacto de Toledo, en su versión de 2020, que introdujo en su recomendación número 18, dedicada a las PCD, la necesidad de analizar el problema que plantea el acceso anticipado a la pensión de jubilación en relación, precisamente, con las exigencias de carencias, tiempo de cotización requerido, y llamando a ofrecer respuestas a las dificultades que se presentan respecto a su acreditación, invitando a resolver estos obstáculos jurídicos, ya conocidos en base no sólo a la litigiosidad sino y, en particular, por las demandas del colectivo. Recomendación n° 18 que ve su positivación normativa en la DF 4ª de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre en la cual se va a mejorar la regulación del acceso a la pensión de jubilación de las PCD. Lo cual se verá formalizado en las reformas que, finalmente, introduce el RD 370/2023.

3. PROTECCIÓN REAL OFRECIDA Y LOCALIZACIÓN DE DESAMPARO LEGAL EN CIERTOS CASOS

El acceso a esta jubilación anticipada requiere que la persona que solicita la pensión se encuentre en alta o en situación asimilada al alta al momento

¹² Así el art. 3 RD 1851/2009.

¹³ La Ley 27/2011, mediante su DA 18ª ya atendía al alargamiento de la vida laboral y al correspondiente retraso de las edades de jubilación pero de pero en este caso lo hizo modificando el precepto y situando la edad mínima entonces en 56 años, reduciendo en 2 años la edad mínima que posibilita anticipar la edad de jubilación, (de los 58 a los 56 años) si bien la DF 6ª expresamente autorizaba al gobierno a modificar ese art. 3 del RD 1851/2009.

de producirse el hecho causante de la prestación que pretende lucrar. Debe-rá, asimismo, acreditar la carencia exigida en este caso, sin olvidar que esta jubilación facilita el acceso a la pensión contributiva y no reduce el importe de la cuantía de la pensión la persona, debe cumplir cotizaciones en su vida laboral por, al menos, el tiempo efectivo equivalente al período mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación contributiva (como sabemos son 15 años).

La persona solicitante de la pensión también debe acreditar no sólo el grado de discapacidad, del 45% sino que este se debe a sufrir algunas de las enfermedades listadas en el RD 1851/2009. La interpretación sobre estas normas recaerá sobre si debe ser el 45% por esa enfermedad o puede concurrir otra situación discapacitante prevista en el baremo que sumada al síndrome postpolio o secuelas de la polio permita alcanzar el 45% de discapacidad. También la problemática interpretativa ha recaído sobre si debe ser el grado de 45% de discapacidad todo el tiempo mínimo exigido para lucrar la pensión de jubilación tan favorable sin reducción en su cuantía, esto es, si debe ser reconocido el grado de discapacidad en porcentaje del 45% durante 15 años. Precisamente el INSS suele (solía) interpretar que el porcentaje debe mantenerse, al menos, durante todo el período mínimo de cotización exigible para la cotización, esto es 15 años de cotización efectiva.

También es cierto que, en ocasiones, muchas de las personas que solicitan esta jubilación anticipada por discapacidad en su día se sometieron a la declaración del grado de discapacidad conforme a la regulación entonces vigente, la del RD 1723/81, siendo posteriormente modificado el baremo sin someterse ni exigiérseles una revisión de la valoración inicial, ya reconocida. La revisión no fue necesaria por no presentar agravamiento la persona discapacitada o por otra causa. Pero con la particularidad de la presencia de los cambios en los baremos fruto de las modificaciones normativas que permiten con el nuevo sistema con las mismas secuelas reconocer porcentajes en grado superior de la discapacidad, no alterada la situación de partida de la persona, pudiendo en estos casos entenderse que alcanzan el grado del 45% desde entonces, esto es, la fecha de la primera evaluación de la discapacidad, sin haber agravamiento y presentando la misma patología que la relacionada en la inicial. En estos casos, valorando las circunstancias de hecho concurrentes y teniendo en cuenta que se trata de patologías o enfermedades que provienen con anterioridad a iniciarse toda actividad laboral y afiliación al sistema de la Seguridad Social —como en el caso de la polio que se contrae en la infancia—, se ha apreciado que todo el período cotizado por el discapacitado debe entenderse con el grado de discapacidad otorgado por el nuevo baremo aun cuando no se hubiera actualizado en su momento, y ello da derecho a solicitar la jubilación anticipada por discapacidad igual o superior al 45%.

Restará por conocerse (a la especulación de jurista) si la exigencia de la carencia mínima de cotización efectiva de 15 años podía verse flexibilizada en estos casos con un grado de discapacidad del 45% y si en todo el período era exigible, ya que con la reforma de 2023 parece claro que se exige un

menor periodo total cotizado por el trabajador con el grado de discapacidad del 45% concurriendo las enfermedades listadas en el Anexo, es ahora de 5 años, y este tiempo con esa discapacidad permite acceder a la pensión de jubilación por discapacidad. En conclusión, si se exige que todo el periodo mínimo de cotización la persona discapacitada este afectada por las enfermedades o patologías que permiten el acceso a esta ventajosa jubilación anticipada del art. 206 bis LGSS (lo que no será difícil en la mayoría de ellas porque proceden de patologías congénita o contraidas en la infancia) añadiéndose. Lo que supone una novedad regulativa que es la que se ha entendido flexibiliza el acceso a la jubilación de esta clase de jubilación, que del periodo 5 años al menos se acrediten con un grado de discapacidad igual o superior al 45%.

Procedemos a estudiar la conflictividad y reflejar algunas de las controversias respuestas ofrecidas.

3.1. Acreditación de la discapacidad

La STS de 8 de febrero de 2018 (rcud. 2193/2016), estimó el recurso de casación en unificación de doctrina a quien, nacida en 1956, solicitó el 22/04/14 la prestación de jubilación anticipada por discapacidad, denegada por Resolución de 22/04/14 por no tener un mínimo de 15 años cotizados con una minusvalía mínima del 45% y por no alcanzar la edad ordinaria de jubilación una vez aplicados los coeficientes de bonificación de edad del RD 1539/2003, se desestimó la reclamación previa. Pero fue en marzo de 1995 con efectos de 21/11/94 cuando, se reconoció a la actora un grado de discapacidad del 41% (“*monoplejía de un miembro inferior por poliometitis de etiología infecciosa*”); en 2003 con efectos de 31/07/2002 un grado de discapacidad superior del 65% (por “*paparesia por poliometitis de etiología infecciosa*” y “*monoparesia de MSD por poliometitis de etiología infecciosa*”); y el 23 de enero de 2012 con efectos de 11/01/12 se le reconoció una discapacidad del 65% (“*monoparesia de MSD por poliometitis de etiología infecciosa*” y “*paparesia por poliometitis de etiología infecciosa*”), acreditando un total de 12.725 días cotizados, con periodos desde noviembre de 1980 a 19/04/14, 12.223 días y previamente entre junio de 1979 y octubre de 1980 502 días. Recurre la actora en casación para la unificación de doctrina tras ser desestimada en instancia y en suplicación su pretensión de pensión de jubilación. En el caso la Sala IV casó y anuló la sentencia recurrida y reconoció el derecho al percibo de la prestación de jubilación anticipada. Sus razonamientos se anclan en las razones de la denegación por el INSS considerando que el INSS, parte de una errónea valoración inicial del porcentaje de discapacidad¹⁴, situándose la discusión exclusivamente en el hecho de no acreditar haber completado el periodo mínimo de cotización con una discapacidad del 45% mediante la oportuna certificación. En la Resolución de 1995

¹⁴ Sin discutir los requisitos de edad, discapacidad ni cotización exigibles.

se reconoció un grado de discapacidad del 41% y tras analizar las posteriores resoluciones fue a partir de 2003 cuando se reconoció la discapacidad en grado del 65%, señala que la primera declaración obvió referir la totalidad de las dolencias consecuencia de la poliomielitis sufrida pues la monoplejía se refería al miembro inferior y la monoparesia al miembro superior derecho. Las dolencias, todas ellas, no surgen ex novo con posterioridad, tienen un origen común en la poliomielitis, que desde la infancia padece la actora y al haberse acreditado que son anteriores al inicio de la vida laboral cumple las exigencias para lucrar la pensión a fecha del hecho causante, en 2014.

En sede de doctrina judicial también se abordan estas cuestiones¹⁵, nos encontramos con una persona nacida en 1955, solicitó pensión de jubilación el 15/11/18 siéndole reconocida en 2018 en cuantía del 86% de la BR y efectos de 26/11/18, se tuvieron en cuenta en su cálculo 30 años y 135 días y anticipación de 7 trimestres de su edad ordinaria de jubilación. El 10/03/20 solicitó revisión de la BR por tener reconocido un 56% de discapacidad por cumplir con los requisitos del art. 206.2 LGSS y RD 1851/2009 (síndrome postpoliomielitis). El 4/06/19 por Resolución se señaló que el grado de discapacidad es del 53% con efectos de 1/08/18. En 2020 obtiene certificado de discapacidad constando que el porcentaje reconocido en la Resolución de 13/08/18 incluye el síndrome postpolio con porcentaje del 45%. El informe del Hospital indica que sufre un síndrome postpoliomielitis con déficit importante del brazo derecho y pie izquierdo, que los déficits musculares están presentes desde la infección inicial pero se han agravado claramente desde el inicio del síndrome postpolio hace 3 años. La Sala examina la infracción de los arts. 1, 2 y 5 RD 1851/2009 en desarrollo del art. 206.2 LGSS, consideró que aplicando la exigencia del art. 1 del RD el actor debía acreditar que la enfermedad que padecía hubiera determinado, durante al menos el período mínimo de cotización que se exige para acceder a la pensión de jubilación un grado de discapacidad igual o superior al 45%, y en instancia sólo se considera acreditado el grado de discapacidad desde que fue reconocido con efectos de 13/08/18. No aprecia acreditada la discapacidad no entendiendo vulnerado el art 39.3 Ley 39/2015, no postulado en demanda ni discutido en la instancia¹⁶.

3.2. Cómputo del tiempo trabajado

La redacción del art. 1 de RD 1851/2009 exigía dos requisitos para el acceso a esta jubilación anticipada por la discapacidad del 45%. Por un lado, acreditar al menos el tiempo necesario al período mínimo de cotización para

¹⁵ STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2022 (rec. 2220/2022).

¹⁶ Ya que los hechos y el derecho que deben analizarse los postulados en juicio en la instancia y a ello debe ceñirse la suplicación. Finalmente recordó la doctrina sobre las cuestiones nuevas con fundamento en el principio de justicia rogada, y también que cualquier postulación pertinente o relevante convenientemente postulada no resuelta en instancia debe ser objeto de recurso de aclaración.

acceder a la jubilación. Si bien exigiendo que en la vida laboral se hubiera “trabajado un tiempo efectivo equivalente” y seguidamente se señalaba que debían estar “afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el RD, y además “que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento”.

De tal manera que, por traer algún caso ejemplificativo¹⁷, para quien ha nacido en 1957 y en su infancia contrajo el virus de la polio (con 11 meses) y tiene reconocida desde reconoció el grado de discapacidad del 33% (monoparesias de un miembro inferior por poliomielitis de etiología infecciosa), pero ya aplicando el baremo del RD 1971/1999 y con posterioridad en 2016 en revisión el grado de discapacidad del 45% (poliomielitis de etiología infecciosa y una discapacidad del sistema osteoarticular por síndrome algico, dando la suma de ambas limitaciones en la actividad global el 40% y 5 puntos por los factores sociales). En el momento de la solicitud de la jubilación anticipada se le deniega¹⁸. El INSS señala la necesidad de acreditar una discapacidad superior 45% durante todo el periodo mínimo necesario para acceder a la jubilación del RD 1851/2009. En la aplicación del derecho sobre las exigencias de reconocimiento de la prestación, el TSJ diferenciará dos requisitos: tener un grado determinado de discapacidad y que padezca la dolencia listada sin ser exigible que se alcance sólo tal porcentaje con dicha afección. En el supuesto el actor tiene dos lesiones, una derivada de poliomielitis que en 2004 supuso el reconocimiento de discapacidad del 33% y padece otra afección por la cual, desde 2016, se le reconoció en base a esas dos lesiones una discapacidad del 45%. Finalmente resuelve que el actor contrajo el virus de la polio con 11 meses, la primera Resolución de 2004 reconoció una discapacidad del 33%, en 2016 se reconoció el 45% por padecer dos limitaciones (poliomielitis y discapacidad del sistema osteoarticular, más factores sociales), la valoración de 2016 es una revisión por agravación de las dolencias y no una mera actualización de lesiones que se mantienen inalterables. Y, concluye que las cotizaciones deben computarse desde que se reconoció la discapacidad del 45%, ese reconocimiento se produjo el 27/07/16, y el actor desde entonces no acredita

¹⁷ Resuelto en sede judicial por STSJ de Madrid, 16 de febrero de 2022 (rec. 868/2021, secc. 3ª). Doctrina que remite a la STS de 13 de junio de 2018 (reud. 630/18) la cual argumentaba que aunque pudiera ser extraño que la misma situación médica de declaración de discapacidad de al menos 33% pudiera dar lugar posteriormente, sin haberse agravado, a una declaración de grado de discapacidad superior al 45% se debe al cambio normativo acaecido entre la normativa de 1970 (limitada entonces a reconocer la situación de minusválido –sin precisar el específico porcentaje–) y la nueva regulación de 1984 (ya aplica un baremo) y quien con la anterior legislación fue declarado en situación de minusvalía de al menos el 33% con la nueva se dicta un determinado y específico porcentaje, y si son nuevas dolencias que debutaron en fecha posterior o agravación de lesiones es cuando podrá exigirse que la totalidad del periodo mínimo de cotización sea posterior a la declaración para cumplir con el requisito del art. 1 RD 1851/2009.

¹⁸ Porque en la fecha del hecho causante tenía cumplidos 61 años, 4 meses y 8 días, inferior en más de dos años a los 65 años que es de aplicación por el art. 205.1 a) y DT 7ª, según art. 208 LGSS y a fecha del HC acreditaba haber trabajado con grado de discapacidad del 45% cero días (en lugar de los 5.475 días exigidos por el art. 206.2 LGSS).

15 años de trabajo efectivo porque cesó el 1/09/15, no acreditando ninguna cotización con el grado de discapacidad 45%. Lo cual, de nuevo y una vez más, conlleva denegar judicialmente la pensión de jubilación a la persona que padece la polio; y, sin embargo, no cabe duda de que su esperanza de vida será más corta.

3.3. Algunos elementos de la reforma operada por el RD 370/2023

El legislador reglamentario acierta al identificar dificultades para acreditar el periodo de carencia, el mínimo para lucrar la pensión contributiva de jubilación, de 15 años de cotizaciones estando afecto de grado de discapacidad del 45%. E incluso interpreta que ello en ocasiones se debe a la ausencia de solicitud del grado de discapacidad, si nos remontamos en el tiempo cuando entonces o no se solicitaba, por los cambios en la normativa de grado de discapacidad (a los que se refieren las resoluciones judiciales). De manera que al solicitarse la pensión no se pueden acreditar los requisitos, aún ya teniendo reconocido el 45% de grado de discapacidad.

También los cambios pretende agilizar, palabra empleada por el propio regulador, la entrada de novedosas patologías que generan discapacidad que, sin duda, no repercute tanto en las reformas del RD 1851/2009 de anticipación de la edad por determinadas patologías discapacitantes sino más en los cambios incorporados en el RD 1539/2003 de coeficientes reductores por discapacidad, ya que aunque las referencias se remitan al RD 1851/2009 y solicitudes de asociaciones de la discapacidad, el Anexo recoge las patologías y enfermedades que viene refiriendo el RD 1851/2009, sin añadir nuevas. Y parece un canto al sol que al anexo, de futuro, podrán incorporarse nuevas patologías, ya que ello demuestra que se trabaja sobre hipótesis más que sobre realidades, ya que hemos de recordar que la característica de la anticipación de la edad de jubilación para PCD con ese grado del 45% se apoya en las evidencias (científicas) de reducción de su esperanza de vida, que ahora se precisa por el propio legislador que las evidencias han de concurrir de forma generalizada y apreciable, por otro lado, el art. 206 bis LGSS exige que las evidencias han de ser contrastadas y, además, que la determinación generalizada de la reducción de la esperanza de vida ha de ser significativa. Aspecto que parece reñido con la agilidad de procedimientos de la que se habla en la reforma de 2023 e introduce a través de su DF 4^a, y que se compadece mal, con todos esos calificativos (contrastada, apreciable, significativa). Además en el RD 370/2023 en nada se concreta la agilidad que justifique que no pueda seguir un proceso normal de modificación de la norma¹⁹, ni tampoco se amplía la lista de

¹⁹ La mencionada DF 4^a añadida por el RD 370/2023 permite que la incorporación se haga por Orden Ministerial, y se refiere al procedimiento para la inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad y su actualización periódica, permitiendo el procedimiento abreviado para así facilitar la extensión del listado de patologías a enfermedades raras, a medida que surjan. La mencionada Orden que lo que autorizará será el procedimiento para la inclusión de nuevas patologías generadoras de discapacidad, fijando pautas (comisión técnica –en la que deberían

patologías, lo que da señal de que se trata más bien de suposiciones hipotéticas que de realidades. Si bien en julio de 2024 ya se ha presentado un proyecto de Orden Ministerial, gracias al cual es posible conocer las nuevas patologías que se incorporarán en el inmediato futuro al Anexo del R.D. 1851/2009, conforme al Proyecto de Orden Ministerial conocido en el mes de julio de 2024: serán las siguientes: 1) artritis reumatoide, 2) encefalomielite miálgica, 3) amiloidosis (cardiaca) por transtiretina variante (ATTRv), 4) enfermedad de Huntington, 5) parkinson, 6) distrofia miotónica tipo 2 (enfermedad de Steinert), 7) espina bífida, 8) fibromialgia, 9) inmunodeficiencias primarias, 10) lupus eritematoso sistémico (LES) y 11) esclerosis sistémica.

Fruto de esos vaivenes judiciales e interpretativos la nueva redacción del art. 1 RD 1856/2009, introducida por el RD 370/2023 procede a fijar como criterios, que la PCD deben acreditar, que al menos han trabajado el periodo mínimo para tener acceso a la pensión de jubilación (los 15 años) y sigue diciendo “estando afectados durante ese tiempo por alguna de las patologías generadoras de discapacidad enumeradas en el anexo” pero matizará: y dentro de ese período durante al menos cinco años con un grado de discapacidad igual o superior al 45 por ciento, motivado por las mismas patologías en los términos previstos en el artículo 5.3. Lo que significa que el porcentaje del 45% deberá cumplirse durante la vida laboral en al menos 5 años de actividad laboral. Esta respuesta legislativa es más restrictiva que alguna interpretación judicial a la que le bastaba la presencia de la discapacidad, porque en todo caso va a requerir 5 años de cotizaciones estando afecto de una discapacidad en grado igual o superior al 45%.

La modificación del art. 5 RD 1851/2009 introducida en 2023 en lo relativo a la acreditación de la patología y al momento desde que se padece, estos, sin duda la prueba de esa discapacidad, combina dos criterios, acumulativos. De una parte, el informe médico en el cual se acredite la afectación de las patologías o enfermedades que dan acceso a la jubilación anticipada por discapacidad del 45% y de la fecha de inicio o manifestación de la misma, lo que en el caso de la polio se remontará a la infancia (también en el de muchas de las otras patologías que recoge el actual anexo y antes contenía el art. 2 del RD 1851/2009). De otra parte, el concreto grado de discapacidad que debe reconocer el organismo habilitado (IMSERSO u órgano homólogo de Comunidad Autónoma con competencias transferidas) y en el que necesariamente deben recogerse la fecha en que se ha iniciado o se ha manifestado la discapacidad. Como sabemos la regulación para el reconocimiento (declaración y calificación) del grado de discapacidad ha sido modernizada, de manera que el anterior RD 1971/1999, se ha visto sustituido por el Real Decreto 888/2022 y el nuevo método de calificación²⁰.

estar presentes tanto médicos o científicos como participantes de las asociaciones –que representen a personas con patologías generadoras de discapacidad–, que esté encargada de proponer la incorporación de nuevas patologías y cumpla con la necesaria objetividad procedimental).

²⁰ Téngase en cuenta que en el derecho más reciente de la discapacidad desde la unificación del reconocimiento de los grados de discapacidad se ha regulado por RD 1723/1981,

La modificación introducida en 2023 también ofrece respuesta a la jurisprudencia, ya que en su STS 729/2017, de 27 de septiembre de 2017, vino a considerar que en el grado de discapacidad del 45% era suficiente con padecer esa patología y no se requería que el 45% se hubiera otorgado por esa patología que la misma determinase, por sí sola, ese porcentaje de discapacidad. Alejándose de la interpretación del INSS que para reconocer la jubilación pretendía excluir la concurrencia de otras dolencias. La reforma de 2023 viene a fijar los criterios que tengan así en cuenta la concurrencia de patologías generadoras de discapacidad distintas de las recogidas en el anexo del RD 1851/2009 a efectos de anticipar su edad de jubilación, (patologías que hasta 2023 figuraban listadas en su art. 2).

4. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA ATENCIÓN A LA DISCAPACIDAD DE QUIEN TIENE REDUCIDA DE FORMA GENERALIZADA SU ESPERANZA DE VIDA

Se pretende en este apartado valorar si la finalidad de la anticipación de la edad por jubilación para quienes padeciendo la polio, mejor, el síndrome postpolio, porque se constata la reducción de la esperanza de vida de esas personas, es atendida o no en la aplicación de la norma que se viene realizando. En primer lugar por la Entidad Gestora que tiene encomendada el reconocimiento administrativo de la pensión de jubilación. A este cuestionamiento, de la lectura de los anales de jurisprudencia sin duda que hemos de dar una dolorosa respuesta negativa. No se observa sensibilidad por parte de la administración de la Seguridad Social que perciba la finalidad y el espíritu de la norma, esto es, la protección de las personas que por su enfermedad o patología ven reducida su esperanza de vida. Más bien la litigiosidad que se genera sobre esta concreta prestación viene aumentada por la función desmesurada de atención a la ponderación del aspecto financiero de la Seguridad Social, alejándose de lo acordado en el seno de las sucesivas renovaciones del Pacto de Toledo en la protección social, y en concreto la jubilación, de la persona con discapacidad en su globalidad.

Corresponde proponer mejoras normativas o interpretativas para que el modelo contributivo de jubilación incorpore reglas que atiendan a esa

concretado posteriormente por el RD 383/1984 al fijarse el baremo para determinar y valorar las situaciones de discapacidad. Desde entonces, venimos aplicando un sistema de baremación que se consolidó con el RD 1971/1999 (atendiendo a factores biológicos, psicológicos y sociales) y el nuevo RD 888/2022 persigue adaptarse a la normativa internacional sobre la discapacidad que abandona modelos médicos de la discapacidad para apoyarse en factores funcionales y del entorno, que, si bien continúa con una sistema o mecanismo de baremos, se actualiza a los criterios recomendados por la OMS sobre la atención a la discapacidad apoyados en el modelo biológico y psicosocial de la discapacidad y partiendo de la Convención de 2006 de Nueva York incorpora para la medición del grado de discapacidad (reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad) no sólo cuestiones afines a las funciones y estructuras corporales, también a la actividad y participación, junto con los factores contextuales tanto los factores ambientales como los personales y adapta los baremos para la valoración de la situación de discapacidad al contexto internacional, concretamente la CIF-OMS/2001.

anticipación ante las evidencias de reducción de su esperanza de vida. Para que se ponga el foco no tanto en el principio de contributividad sino en la solidaridad del Sistema para con los discapacitados, en especial con las personas con discapacidad de las que existen evidencias que su discapacidad determina de forma generalizada una reducción significativa de la esperanza de vida. Para ello no se descarta que haya que repensar y sea necesario abordar un cambio de regulación para las PCD con secuelas de polio o síndrome postpolio y en general de todas aquellas aquí sí que engloba el RD 1851/2009.

Puede resultar difícil de comprender que en otras jubilaciones anticipadas contributivas reguladas en el derecho español la edad mínima de jubilación sí se anticipe en edades más tempranas que en esta jubilación anticipada por discapacidad del 45% cuando está comprobada la menor esperanza de vida de la persona que justifica la medida (y que tampoco lastará al sistema). Probablemente esta jubilación anticipada debería ser la que marcasse los mínimos de anticipación de la edad de jubilación, se funda en criterios de esperanza de vida. E, incluso, que en casos de discapacidades de mayor grado de discapacidad, igual o superior al 65%, pero cuando no concurre la evidencia generalizada de reducción de la esperanza de vida se pueda reducir mediante el mecanismo de coeficientes reductores de la edad la acceso a la pensión de jubilación con 52 años (art. 206 bis 2 L.GSS). Lo que a priori parece absurdo, ya que el mayor grado de discapacitadas permite caminos a la jubilación (en sus distintas modalidades) que no los permite la limitada esperanza de vida de estas otras personas discapacitadas. Pues esta discapacidad en grado igual o superior del 45% vinculada a las patologías que reducen la esperanza de vida, debería ser el principal factor de reducción de la edad de jubilación por su finalidad. Ninguna otra jubilación anticipada debería situarse con antelación (ni las de por razón de la actividad, salvo aquellas en las que se constata elevada mortalidad a edad temprana²¹, ni las de jubilación anticipada por otras causas aunque se valoren criterios de contributividad elevados).

Además, el legislador de la jubilación no contributiva también está llamado a acometer e introducir anticipos de la edad de jubilación en casos de discapacidad cuando se trate de patologías congénitas o enfermedades que disminuyen la esperanza de vida y por el momento no lo ha hecho, ni tan siquiera se lo ha cuestionado, hasta la fecha. Si el fundamento del anticipo de la edad de jubilación reside en que para estas personas discapacitadas hay evidencias que de forma generalizada determinan la reducción de la esperanza de vida, abordar una reforma de la pensión no contributiva sería una respuesta plausible a un legislador que mira y protege a la persona con discapacidad.

²¹ Que se encuentran reguladas en al art. 206 L.GSS y que tiene su origen como jubilación anticipada basada en coeficientes reductores en las normas configuradoras del Sistema de Seguridad Social (Ley de Bases de 1963 y su primer Texto articulado de 1966, que reiterará el Texto refundido de 1974 y el de 1994, y el actual de 2015) y en concreto en la Orden de 18 de enero de 1967, posibilitando rebajar la edad mínima de 65 años a edades entre los 60 y los 64 años.

Cuestionémonos tanto el cumplimiento de la Convención internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad adoptada en Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y lo que implica cumplir con su art. 28 en tanto nos hemos obligado como Estado a “*asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación*”; como de nuestra Ley general de los derechos de la personas con discapacidad y de su inclusión social, en cuyo art. 7 las Administraciones públicas asumen el compromiso de protección de forma especialmente intensa los derechos de las PCD en materia de igualdad en relación con la protección social, y la mayor contenida en el art. 48 mediante el reconocimiento de prestaciones sociales capaces de atender sus necesidades, cumpliendo las garantías de suficiencia y sostenibilidad, caracteres tan identitarios de los tradicionales e, igualmente, actuales Sistemas de Seguridad Social de corte europeo.

