

LA GRAN INVALIDEZ COMO GRADO AUTÓNOMO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

**SU CONCEPTO EN LA LEY GENERAL DE LA
SEGURIDAD SOCIAL Y DISTINCIÓN DE FIGURAS
AFINES**

CONSULTE ACTUALIZACIONES, ADDENDAS O VÍDEO-RESUMEN EN EL SIGUIENTE LINK O QR:

<https://www.atelierlibros.es/libros/la-gran-invalides-como-grado-autonomo-de-la-incapacidad-permanente/9788418244780/>



CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

**LA GRAN INVALIDEZ
COMO GRADO AUTÓNOMO
DE LA INCAPACIDAD
PERMANENTE**

**SU CONCEPTO EN LA LEY GENERAL
DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y
DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES**

M.^a Patricia de Cossío Rodríguez

Colección: Atelier Laboral

Directores:

José Ignacio García Ninet

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Financiado por el Departamento de Derecho Privado,
Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
de la Universidad de Barcelona.

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2021 M.^a Patricia de Cossío Rodríguez

© 2021 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: atelier@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-18244-78-0

Depósito legal: B 17588-2021

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

A mi familia, y en especial a mis padres, de los que todo lo bueno me llegó, y a mi hija, a quien siempre intentaré darle lo que recibí de ellos

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I. LA GRAN INVALIDEZ COMO GRADO DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE. SU CONCEPTO ACTUAL	23
I. La consideración de la Gran invalidez como grado autónomo de la contingencia de incapacidad permanente	26
1. Las dos redacciones del artículo 194.1 de la actual Ley General de la Seguridad Social	26
2. El origen de la Gran invalidez y su consideración como grado autónomo tras la Ley de Integración Social de los Minusválidos ...	29
3. La conservación del grado de Gran invalidez en la Ley 24/1997. La pretendida y fallida introducción de un nuevo sistema de graduación conforme a baremo	38
4. La imposibilidad de considerar en la actualidad a la Gran invalidez como un mero complemento de las prestaciones básicas de Incapacidad permanente	42
5. Una primera aproximación a las repercusiones de la inclusión de la Gran invalidez en una contingencia del nivel contributivo en cuanto a la protección de la situación de dependencia que conlleva	46
6. Primeras conclusiones	49
II. El concepto de Gran invalidez en la Ley General de la Seguridad Social ..	52
1. Cuestiones previas	53
1.1. Las contingencias cubiertas por las prestaciones que otorga el grado de Gran invalidez	53

1.2. La posibilidad de obtener prestaciones en caso de Incapacidad permanente no sobrevenida pero no de acceder a la Gran invalidez si ya existía la situación determinante de este grado antes de la afiliación	56
2. Los elementos del concepto de Gran invalidez en la Ley General de la Seguridad Social.	62
2.1. La necesidad de que exista una Incapacidad permanente para el trabajo para poder reconocer el grado de Gran invalidez	62
2.1.1. La exigencia de una Incapacidad Temporal previa a la Incapacidad permanente y sus excepciones.	63
2.1.2. Análisis de los elementos del concepto de Incapacidad permanente en general y en relación con la Gran invalidez en particular	70
2.2. La necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida debido a la existencia de reducciones anatómicas o funcionales graves	90
2.2.1. Las lesiones constitutivas de la Gran invalidez	90
2.2.2. Sobre el concepto de actos «más esenciales de la vida»	115
2.2.3. La necesidad de ayuda de un tercero	129
CAPÍTULO II. DISTINCIÓN ENTRE GRAN INVALIDEZ Y FIGURAS AFINES	147
I. Gran invalidez/dependencia	148
1. Notas comunes.	149
2. Notas diferenciadoras.	152
3. El reconocimiento automático del grado más bajo de la dependencia a la persona en situación de Gran invalidez.	156
4. La imposibilidad de que el gran inválido pueda percibir las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia	161
II. Gran invalidez/discapacidad	164
1. La declaración de la Incapacidad permanente y el reconocimiento del grado de discapacidad: órganos competentes y procedimientos	166
2. Diferencias conceptuales entre Incapacidad permanente y discapacidad	169
3. Las «deficiencias» en la discapacidad y en la Gran invalidez.	174
4. La influencia de la condición de persona con discapacidad del trabajador en la calificación de la Incapacidad permanente	176
5. El reconocimiento automático de la condición de persona con discapacidad a los pensionistas de Incapacidad permanente a los efectos de la Ley 51/2003.	178
6. La doctrina sobre reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a los pensionistas de Incapacidad permanente contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre y su reiteración en la sentencia 30//2020, de 12 de mayo	181
6.1. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018	181
6.2. El voto particular contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018	188

6.3. La reiteración de la doctrina contenida en la STS de 29 de noviembre de 2018 en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2020	189
6.4. Conclusiones	192
III. Incapacidad permanente contributiva/invalidez. Especial referencia a Gran invalidez versus supuesto especial invalidez no contributiva	193
1. Los requisitos exigidos legalmente para poder obtener la pensión de invalidez. Diferencias con la modalidad contributiva de protección	194
2. La finalidad del complemento de Gran invalidez como motivo de la ausencia de su cómputo en los ingresos de la unidad familiar para tener derecho a la pensión de invalidez	198
3. La equiparación entre la Gran invalidez y el supuesto especial de la invalidez.	200
3.1. Complemento de Gran invalidez versus complemento de ayuda de tercera persona del supuesto especial de invalidez: notas comunes y diferenciadoras	206
3.2. La equiparación del gran inválido con el inválido dependiente en cuanto a la imposibilidad de sustituir el complemento por su internamiento en un centro asistencial	212
3.3. La imposibilidad de acceder a los complementos después de la edad de jubilación	216
4. La interrelación entre los distintos procedimientos de calificación y valoración de las situaciones de Incapacidad permanente e invalidez.	217
IV. Algunas consideraciones sobre la doble condición del gran inválido como persona dependiente y persona con discapacidad	223
V. Conclusiones finales y propuestas de mejora	226

PRÓLOGO

El martes, día 22 de septiembre de 2020, en plena pandemia, tuvo lugar en la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, la defensa de la tesis Doctoral presentada por la Licenciada Doña María Patricia de Cossío Rodríguez, dirigida por los doctores José Ignacio García Ninet y Jesús Barceló Fernández, ambos profesores de dicha Universitat. El título de la Tesis defendida era: «LA GRAN INVALIDEZ EN EL RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: EL CUARTO GRADO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE».

El Tribunal nombrado por la Universitat de Barcelona estuvo compuesto por: Presidente Dr. Jordi García Viña (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Barcelona); Vocal Dra. Arántzazu Vicente Palacio (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat Jaume I de Castellón), y Secretario. Dr. José Manuel del Valle Villar (Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá de Henares).

La tesis doctoral fue calificada por Unanimidad con Sobresaliente cum laude.

Con fecha de 15 de junio de 2021 la ya Doctora, siguiendo las indicaciones y sugerencias que los miembros del Tribunal le hicieron, presenta para su publicación en la Editorial Atelier de Barcelona una parte revisada de su sobresaliente obra, ahora titulada: «LA GRAN INVALIDEZ COMO GRADO AUTÓNOMO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE. SU CONCEPTO EN LA LEY GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL Y DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES».

En los tiempos que corren muy raramente se publican íntegramente los gruesos volúmenes de las tesis doctorales, y por ello se invita a los nuevos doctores a que seleccionen de su galardonada Tesis el núcleo esencial y, acogiendo las críticas y/o sugerencias que se le hayan hecho en el momento de la defensa pública de la tesis, le den el formato correspondiente para extraer de la misma el mejor jugo o zumo posible. Así, pues, de esto se trata.

Los autores de este Prólogo tuvimos la suerte de codirigir esta excelente tesis doctoral realizada por una profesora que se ha dedicado en cuerpo y alma a la docencia e investigación en la Universitat de Barcelona, y que ha

demostrado ser gran docente, por cuanto todo lo que explica y trata de enseñar a sus alumnos, lo ha analizado detenidamente año tras año. No olvidemos que nos movemos en las tierras movedizas del Derecho del Trabajo y muy especialmente en el más cambiante mundo del Derecho de la Seguridad Social, por donde siempre nos hemos de mover con sumo cuidado, con pies de plomo, pues muchas veces dejamos de estar seguros de lo que está vigente o no lo está, de lo que han dicho o no los tribunales, de los continuos cambios de criterios, en resumidas cuentas de una legislación motorizada de idas y vueltas en donde siempre nos quedan dudas acerca de nuestras aseveraciones. La autora no ha escatimado esfuerzos, días y noches, textos continuamente revisados y vueltos a revisar desde el principio, pues el tema es de una gran complejidad actual e histórica.

Queremos destacar en primer lugar de este libro su minucioso Índice, muestra del modo serio de investigar de la autora, pues ello marca las pautas de la investigación llevada a cabo desde los inicios de nuestro Sistema de Seguridad Social. Obviamente no se trata de un tema vistoso de última hora, como los que están surgiendo como setas a causa de la dichosa pandemia, sino de un tema de centenario recorrido, que está en las raíces mismas de las necesidades sociales a las que trata de hacer frente cualquier sistema de Seguridad Social, tratándose además, de unos sujetos que llegan a la situación de necesitar incluso de otra persona para poder llevar a cabo los actos más esenciales para llevar a cabo una vida digna, o sea son extrajabadores que ya no pueden valerse por si mismos. No es, pues, lo aceptamos, un tema llamativo y vistoso, de esos que aparecen para no quedarse, cual estrellas fugaces. Es un tema de muy largo recorrido, que estará ahí por siempre, nos guste o no, no es un tema coyuntural. Por ello como es un tema necesario, siempre será conveniente que se le siga analizando, investigando y publicando, no meramente para saber qué es, sino para saber cómo se solucionan los múltiples problemas que se derivan o pueden derivarse de su sola presencia en cualquier trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena, casi diríamos en cualquier ciudadano, los tiempos cambian, los problemas también y habrá que ir previendo nuevas soluciones.

La prologada autora analiza con detalle las diversas redacciones legales que la Gran invalidez ha tenido a lo largo de los años, lo que le obliga a indagar el origen de esta medida de protección de los grandes inválidos: ¿Quiénes son y por qué son grandes inválidos? ¿Cómo se llega a tal situación? ¿Cuál es su punto de partida y de llegada? ¿Cómo se protege a los grandes inválidos? ¿Realmente es o no es un grado autónomo de la invalidez? ¿Qué papel ha jugado en España la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982?, etc., etc.

En resumidas cuentas: ¿por qué se protege a determinadas personas que han devenido grandes inválidas para el trabajo y para su misma movilidad como seres humanos?, ¿cómo se les protege?, ¿cómo se valora su decadencia física?, ¿a partir de qué grado de invalidez son protegibles?, ¿qué factores son los determinantes para la declaración de la Gran invalidez?, ¿cuál es la intensidad de la protección?, ¿cómo se determina la gravedad de las reducciones anatómicas o

funcionales graves?, ¿es reversible la situación en el presente o en el futuro?, ¿cómo operan ciertas grandes invalideces clásicas como la ceguera?

Otra de las grandes cuestiones sobre las que reflexiona extensamente nuestra prologada es acerca del concepto de cuales son los actos más esenciales de la vida y sobre la imposibilidad de equiparar actualmente la noción de «actos más esenciales de la vida» con la de «actividades básicas de la vida diaria» de la Ley de Dependencia.

Pero al enfrentarse a la necesaria existencia de la tercera persona en discordia, se enfrenta al reto de tener que discernir acerca de la vinculación legal entre el gran inválido y su cuidador y acerca de la naturaleza de la cantidad para retribuir los servicios, de ahí que resulte ya acuciante otorgar una protección específica dentro del ámbito de la Seguridad Social a los cuidadores familiares dependientes económicamente de la persona en situación de Gran invalidez, aparte de aclarar la naturaleza del vínculo entre ambos sujetos.

Obviamente la nueva doctora lleva a cabo una indagación importante con objeto de diferenciar la figura de la Gran invalidez de otras diversas figuras próximas o afines para adentrarse después en el proceloso mundo del reconocimiento de la situación, partiendo para ello de los distintos puntos de partida que ahora permite la vigente legislación. Y ello no sin exponernos con finura los distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre esta materia en reciente fallos.

No podemos dejar pasar la serie de conclusiones (Ocho amplias y detalladas conclusiones), muy bien meditadas, que nos ofrece la autora con lo que supone, además, de propuestas de mejora hacia el futuro. Hace tiempo ya que en el ámbito del Derecho, y muy especialmente en nuestra área de conocimiento e investigación, se hace muy recomendable que el doctorando/a, que es quien a la postre más acaba sabiendo de la parcela investigada y de sus muchas deficiencias, formule no sólo las Conclusiones propias de los distintos avances, sino que formule una serie de propuestas, siquiera sea de lege ferenda, aunque nadie se las haya pedido (hace años el Ministerio de Trabajo, tanto de derechas como de izquierdas —FIPROS—, anualmente solían financiar estudios sobre diversos temas que preocupaban a la administración laboral con la finalidad de que se elevaran propuestas o sugerencias de mejoras o avances en la rama laboral, pero parece que esto ha pasado a mejor vida) con objeto de, si es posible, elevarlas a la entidad correspondiente o ministerio del ramo afectado, haciéndole ver las que el doctorando o doctoranda estima como más idóneas para solventar los problemas que se hayan detectado a lo largo de la Tesis doctoral. Lo cual no quiere decir que solamente el autor u autora de la Tesis estén en posesión de la verdad y de la solución óptima, pero después de muchos años de investigación llegamos a la conclusión de que las propuestas, que no han sido hechas a instancia de nadie, ni sufragadas por nadie, están hechas con la máxima solvencia e imparcialidad. Allá cada cual, pero téngase en cuenta que la materia de Seguridad Social, que es sumamente cambiante, está necesitada de muchos ojos de investigadores que se den cuenta de los excesos, de los defectos y de las deficiencias que tanta legislación motorizada y entrecruzada presenta. Com-

prendemos que los políticos no suelen tener tiempo para la reflexión sosegada. Por eso los políticos deberían estar abiertos para que en la Universidad se potenciarán los análisis independientes, no partidistas, incluso comparativos, de los muchos problemas que se derivan de una legislación muchas veces atropellada y coyuntural, pero que luego se va consolidando con todos sus defectos.

¿Y qué sostiene principalmente la nueva doctora? Lo primero es que la actual regulación de la Gran invalidez no solo no escapa del enrevesado y en ocasiones caótico régimen jurídico aplicable a la Incapacidad permanente en general, al ser uno de sus grados, sino que además presenta incoherencias propias derivadas de su particular naturaleza, y ello teniendo en cuenta el impacto que tuvo en España la Ley de Integración Social de los Minusválidos del año 1982, que supuso que la Gran invalidez se convirtiera en un grado autónomo de la contingencia de Incapacidad permanente del nivel contributivo. De todos los investigadores de la Seguridad Social española es sabido que la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982 propició un intenso debate doctrinal sobre la conveniencia o inconveniencia de la nueva configuración de la Gran invalidez como un grado autónomo de la Incapacidad permanente.

Por culpa de tantos cambios normativos, la calificación de la Gran invalidez dejaba de asentarse solo en factores extraprofesionales para tener también en cuenta los profesionales, porque debería ser objeto de valoración, además de la necesidad de ayuda para realizar los actos más esenciales de la vida, la afectación de la capacidad para el trabajo. Lo que nunca ha cambiado es que para reconocer el grado de Gran invalidez hay que valorar el grado de intensidad de la ayuda de tercera persona como consecuencia de las lesiones, enfermedades o dolencias padecidas. No queda otro remedio que analizar profundamente el nivel de invalidez resultante y ver que funcionalidades han quedado mermadas para acertar en el remedio que se le ofrece de ayuda para llevar a cabo actos esenciales para la vida. ¿Qué actos básicos de la vida han de obtener solución, posiblemente con carácter vitalicio?

Nuestra autora presta una muy particular atención a la noción legal y jurisprudencial de los «actos más esenciales de la vida», que a raíz del progreso social y tecnológico experimentado en las últimas décadas, parece haber quedado no solo obsoleta sino también muy limitada en su contenido si se compara con la de otros conceptos similares que vienen dados por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia y por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Desde hace ya muchos años la doctrina se ha ido cuestionando toda la política de soluciones para el nuevo estado en que ha quedado calificado y colocado el gran inválido. Esto nos lleva directamente a la siempre más resuelta cuestión de la figura del cuidador familiar del gran inválido y la necesidad de su protección social, así como las ventajas e inconvenientes de que este recibiera directamente del sistema de la Seguridad Social una prestación que le compensase por la asistencia que presta.

A juicio de la Doctora de COSSIO RODRIGUEZ la norma de 1982 no pretendió cambiar en lo sustancial el régimen jurídico aplicable a la situación de Gran invalidez, sino solo permitir que el Gran inválido pudiera realizar algún tipo de actividad en el caso de que conservara una capacidad de trabajo residual que le permitiera hacerlo. Como se recordará estamos ante una Ley de Integración Social, que pretende no sepultar en vida al Gran Inválido, sino darle una suerte de nueva oportunidad, incluso con el trabajo a domicilio, o como tenemos actualmente a causa de la pandemia con el teletrabajo, pero la verdad es que a lo largo de estos años parece como si se hubiera dejado en la cuneta a los grandes inválidos sin tratar de reintegrarlos de algún modo a la vida laboral, siquiera sea parcialmente. Nadie sobra.

Barcelona/Valencia, 31 de julio de 2021

José Ignacio García Ninet

Jesús Barceló Fernández

INTRODUCCIÓN

La actual regulación de la Gran invalidez no solo no escapa del enrevesado y en ocasiones caótico régimen jurídico aplicable a la Incapacidad permanente en general, al ser uno de sus grados, sino que además presenta incoherencias propias derivadas de su particular naturaleza.

La inclusión de la Gran invalidez como grado autónomo de una contingencia protegida por el nivel contributivo, pese a su implícito carácter asistencial, supone que el régimen jurídico previsto para la Incapacidad permanente, principalmente en cuanto a los requisitos exigidos para su reconocimiento y el de las oportunas prestaciones económicas, resulte también aplicable al último de sus grados, lo que determina que la protección de las situaciones de dependencia personal que conlleva la Gran invalidez solo sea posible, con carácter general, antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación que corresponda cada año en función de la cotización acreditada por el interesado.

Son varias las razones que aconsejan examinar la situación en la que se hallan quienes además de tener lesiones o dolencias que disminuyen o anulan su capacidad de trabajo de forma previsiblemente definitiva, necesitan de la ayuda de otra persona para realizar uno, algunos o todos de los actos más esenciales de la vida. Se trata, en definitiva, de llegar a un mejor conocimiento y comprensión de esta peculiar situación a la que una norma que tenía como finalidad la integración social de las personas con discapacidad acabó convirtiendo en el cuarto grado de la Incapacidad permanente, dando lugar a implicaciones y discrepancias no pretendidas.

Así, tras la Ley de Integración Social de los Minusválidos del año 1982, la Gran invalidez se convirtió en un grado autónomo de la contingencia de Incapacidad permanente del nivel contributivo. En adelante se podría acceder a él no solo después de una revisión por agravación de una Incapacidad permanente absoluta previa, como hasta entonces, sino también de la de cualquier otro grado de Incapacidad permanente, e incluso directamente, en una calificación inicial. En este último caso, como consecuencia del cambio normativo, la calificación de la Gran invalidez dejaba de asentarse solo en factores extraprofesio-

nales para tener también en cuenta los profesionales, porque debería ser objeto de valoración, además de la necesidad de ayuda para realizar los actos más esenciales de la vida, la afectación de la capacidad para el trabajo.

Por lo demás, lo cierto es que el cambio normativo llevado a cabo por la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982, que propició un intenso debate doctrinal sobre la conveniencia o inconveniencia de la nueva configuración de la Gran invalidez como un grado autónomo de la Incapacidad permanente, apenas supuso cambios en la consideración legal ni jurisprudencial de esta situación, porque con carácter general se siguió considerando el más grave de los grados de la Incapacidad permanente, como lo había sido hasta ese momento, dando con ello lugar a numerosas incongruencias en el régimen jurídico aplicable, que son objeto de atención en el presente trabajo.

Por otra parte, lo que nunca ha cambiado es que para reconocer el grado de Gran invalidez la valoración de la necesidad de ayuda de tercera persona se limita a determinar si como consecuencia de las lesiones, enfermedades o dolencias padecidas, el potencial beneficiario de las prestaciones requiere o no de la asistencia de otra persona para realizar al menos uno de los actos básicos para la vida. Puesto que no se tiene en cuenta hasta qué punto la autonomía personal del trabajador queda limitada, al no existir graduación de la dependencia mediante baremo, se será gran inválido si se requiere de la ayuda de otra persona, porque resulte imposible la realización de alguno de los actos esenciales para la vida, y no se será en caso contrario, por más que la ejecución de estos se lleve a cabo con cierta e incluso con mucha dificultad.

Con la finalidad de dar una visión lo más completa posible del concepto de Gran invalidez y de las cuestiones que se han planteado acerca de su consideración como grado autónomo de la contingencia de Incapacidad permanente, el presente trabajo se estructura en dos capítulos.

El primer capítulo se centra en la consideración de la Gran invalidez como grado de la Incapacidad permanente, así como en el análisis de su concepto y de los elementos que lo integran: la exigencia de una Incapacidad permanente para el trabajo, por un lado, y la necesidad de asistencia de tercera persona, por otro.

Se procede en este capítulo a un análisis minucioso de ambos requisitos y de su exigencia a efectos de la calificación y revisión del grado, así como de las lesiones físicas o psíquicas que pueden determinar el reconocimiento de la situación de Gran invalidez.

También se presta particular atención a la noción legal y jurisprudencial de los «actos más esenciales de la vida», que a raíz del progreso social y tecnológico experimentado en las últimas décadas, parece haber quedado no solo obsoleta sino también muy limitada en su contenido si se compara con la de otros conceptos similares que vienen dados por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia y por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Igualmente en este capítulo se examina en detalle la figura del cuidador familiar del gran inválido y la necesidad de su protección social, así como las ventajas e inconvenientes de que este recibiera directamente del sistema de la Seguridad Social una prestación que le compensase por la asistencia que presta.

Por su parte, en el segundo capítulo se distingue entre la Incapacidad permanente en general, y la Gran invalidez en particular, y otras figuras afines, tales como la dependencia, la discapacidad y la invalidez no contributiva. Además, dentro de esta última se distingue entre el supuesto especial previsto para personas con una discapacidad de como mínimo el 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesite el concurso de otra persona para realizar los actos vitales más elementales, y la Gran invalidez.

Capítulo I

LA GRAN INVALIDEZ COMO GRADO DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE. SU CONCEPTO ACTUAL

La Gran invalidez no existió como tal hasta 1963.

No obstante, a partir del año 1932, la legislación de accidentes de Trabajo protegió una figura que, aunque entonces no se denominase así, podría equipararse posteriormente a la del «Gran inválido»¹. Lo hizo a través de una prestación complementaria que, al menos en teoría, podría adicionarse a cualquiera de las otras indemnizaciones previstas en la misma norma. Sin embargo, la exigencia de que la necesidad de ayuda fuera constante no dejaba dudas sobre la gravedad de las lesiones y la severa dependencia que generaban, lo que en

1. La base 7ª de la Ley de 4 de julio de 1932, de Accidentes de trabajo en la industria (Gaceta de 7 de julio), reconocía el derecho del accidentado a una indemnización complementaria cuando por la incapacidad resultante necesitase la asistencia constante de otra persona. Esta norma se desarrolló en la Ley de 8 de octubre de 1932 (Gaceta de 12 de octubre), que convirtió en obligatorio el seguro de accidentes de trabajo.

Como indica DE LA VILLA GIL, la Ley de Bases de 4 de julio de 1932 emprende una reforma de la protección de los accidentes de trabajo y supuso importantes novedades: la principal es que tras ella el aseguramiento del riesgo de accidente de trabajo de los trabajadores a su servicio pasa a ser obligatorio para el empresario «aunque solo para los que determinen incapacidad permanente o muerte del trabajador». Además, en estos dos casos se producía la generalización de las indemnizaciones en forma de renta, determinándose la cuantía de las prestaciones en porcentajes del salario (DE LA VILLA GIL, L.E. (2017): «Historia del derecho de la protección social» en Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I. VV. AA (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Murcia (ediciones Laborum, 1ª edición), p. 51).

la práctica previsiblemente limitaría la posibilidad de que el suplemento pudiera acompañar a una indemnización que no fuera la propia de la invalidez absoluta. Pese a ello, y aunque la aclaración de que la prestación económica adicional debía destinarse a retribuir a la persona que asistía al Gran inválido no se produjese hasta 1943², en la Ley de accidentes de Trabajo de 1932 puede fijarse el nacimiento del complemento que ha caracterizado al que con el tiempo sería el cuarto grado de la Incapacidad permanente, aportándole su peculiar naturaleza mixta.

La regulación se mantuvo prácticamente sin cambios en la legislación posterior sobre accidentes de trabajo. La principal novedad fue la introducción de la posibilidad de sustituir, a partir de 1945³, el suplemento por el internamiento del Gran inválido en un establecimiento sanitario adecuado que se encargaría de prestarle la asistencia requerida, posibilidad que desapareció en el año 2008.

Pero el verdadero punto de inflexión, por la repercusión que tuvo en el régimen jurídico aplicable a la Gran invalidez durante más de 25 años, e incluso en ciertos aspectos todavía en la actual regulación, se produjo a raíz del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956⁴, que estableció sin ambages que en adelante solo podría ser considerado como «Gran inválido» el trabajador afecto de Incapacidad permanente absoluta, por lo que el suplemento que antes podía añadirse a la indemnización correspondiente a cualquier grado de invalidez, al menos en teoría, solo podría incrementar a partir de entonces la indemnización correspondiente a la Incapacidad permanente absoluta.

Por otra parte, pese a que sí se dio una cierta cobertura de la Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, no existió ni una sola norma que estableciera una protección específica para los trabajadores incapacitados permanentemente para el trabajo que no se valieran por sí mismos para realizar los actos más esenciales de la vida como consecuencia de una enfermedad común o de un accidente no laboral.

La Ley de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963⁵ trató de poner remedio a la manifiesta desigualdad con que se protegía la Incapacidad permanente en función del riesgo común o profesional del que derivara, estableciendo un único sistema de protección para la invalidez, y además, definió por primera vez el grado de Gran invalidez. De hecho, fue el único de los cuatro que establecía dentro de la contingencia de Incapacidad permanente para el que aportó el concepto. Lo hizo en términos muy similares a los contenidos en el artículo 42 del Reglamento de accidentes de trabajo de 1956, aunque eliminando aparentemente la exigencia de su necesaria vinculación con la Incapacidad permanente absoluta. Sin embargo, sería erróneo pensar que con esta omi-

2. Decreto de 29 de septiembre de 1943 (BOE de 27 de octubre de 1943).

3. Orden de 17 de noviembre de 1945 (BOE de 27 de noviembre de 1945).

4. Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el Texto refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo y el Reglamento para su aplicación (BOE de 15 de julio de 1956).

5. Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE de 30 de diciembre)

sión la norma pretendiera dotarle de autonomía, al exigirse que los auxilios de otra persona fuesen continuados.

Lamentablemente el tratamiento unitario de la protección de la contingencia de invalidez pretendido por la Ley de Bases de 1963 no llegó a hacerse realidad ni entonces ni nunca. La propia Ley de Seguridad Social de 1966, que la desarrolló articuladamente, siguió diferenciando entre las incapacidades permanentes profesionales y las incapacidades permanentes comunes. Y esta distinción, sin motivo razonable que la justificase, afectaba a todos los grados de la contingencia, incluido el de Gran invalidez, que se contemplaba como un grado más, pese a que del concepto que la propia norma daba de tal situación se desprendía con claridad meridiana que solo suponía una agravación de una Incapacidad permanente absoluta previa y que, por tanto, su reconocimiento se fundamentaba únicamente en factores extraprofesionales. Pero se ignoró este hecho y la cuestión se trató como si la calificación de la Gran invalidez también atendiera a factores profesionales, como ocurría en el resto de los grados. Ello propició que en adelante se diera un trato más ventajoso a la Gran invalidez de carácter profesional que a la de origen común, que no solo se refleja en los requisitos exigidos para tener derecho a las prestaciones económicas, sino también en la cuantía de estas y, por tanto, en la del complemento destinado a remunerar a la persona que asiste al gran inválido. Y si en general no tiene sentido que siendo la situación protegida la misma existieran estas diferencias en función del riesgo productor de la Incapacidad permanente, el que la causa de la que deriva la contingencia también influya en la cuantía de la retribución que perciba el cuidador del gran inválido raya en lo absurdo. Porque ¿qué sentido tiene que ante dos situaciones de dependencia sustancialmente iguales, una motivada por contingencia común y otra por una profesional, corresponda una mayor remuneración a quien asiste a una persona cuya situación de dependencia proviene de riesgo profesional?. Ninguno. Y pese a ser esto tan evidente, ninguna norma hasta la fecha ha corregido por completo este palpable y prolongado desatino en la regulación de la materia. La reforma de 2007 supuso algún avance, pero tampoco lo logró, porque uno de los parámetros que estableció para determinar la cuantía del complemento por Gran invalidez fue el importe de la última base de cotización del trabajador, que sería la de contingencias comunes o la de contingencias profesionales en atención a la causa de la que derivase. Y esa sigue siendo la regulación que recoge el vigente Texto refundido de la LGSS de 2015⁶.

Por último, lo cierto es que hasta el año 1982, como se verá, la Gran invalidez no pudo considerarse como un grado autónomo de la contingencia de Incapacidad permanente.

6. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 31 de octubre de 2015).

I. LA CONSIDERACIÓN DE LA GRAN INVALIDEZ COMO GRADO AUTÓNOMO DE LA CONTINGENCIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

1. Las dos redacciones del artículo 194.1 de la actual Ley General de la Seguridad Social

La Disposición Transitoria Vigésimosexta de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la calificación de la Incapacidad permanente, establece que lo dispuesto en el art. 194.1 del mismo texto legal únicamente resultará de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mismo artículo. Este desarrollo reglamentario, 20 años más tarde, sigue sin haberse llevado a cabo⁷.

Por tanto, el vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad de 2015 en lo relativo a los grados de Incapacidad permanente sigue la técnica de «legislación diferida», pues, aunque aprobada esta en su momento e incorporada al nuevo texto refundido, su vigencia está condicionada a la entrada en vigor de una norma reglamentaria que debería contener la lista de enfermedades, la adjudicación a las mismas de un concreto porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, la determinación de los distintos grados de Incapacidad permanente y el régimen de incompatibilidades de estos⁸.

Por este motivo, actualmente partimos de la existencia de dos redacciones del art. 194 dentro de la LGSS/2015; una, la que con vocación de definitiva tiene su encaje sistemático entre el art. 193 y el 195 y que actualmente no está vigente pero conserva una eficacia diferida y condicionada a la aprobación en el futuro de la norma reglamentaria exigida, y otra, con vigencia «transitoria», ubicada en la Disposición Transitoria vigésima sexta del texto legal⁹; y, si las

7. Esta previsión ya se contenía en la regulación precedente, concretamente en la Disposición Adicional 39 a de la Ley 50/1998, conforme a la cual dicho desarrollo reglamentario debería haberse aprobado por el Gobierno durante 1999, previa «negociación» con los interlocutores sociales. Al respecto, el art. 137.3 LGSS/1994 preveía el informe previo del Consejo General del INSS.

Como indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN, resumiendo la doctrina del Tribunal Supremo contenida entre otras en las Sentencias de 12 de febrero de 2003 (rec. 861/2002); 23 de febrero de 2006 (rec. 5135/2004), y 10 de junio de 2008 (rec. 256/2007), a falta de la materialización del desarrollo reglamentario requerido, la calificación de la Incapacidad permanente seguirá rigiéndose por lo que preveía el art. 137 de la LGSS/1994 en su redacción inicial, coincidente en todo con la clásica del art. 135 de la LGSS/1974 (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2016): «La prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con actividades lucrativas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 405 (Centro de Estudios Financieros), p. 18).

8. DE VAL TENA, A.L. (2017): «Incapacidad permanente. Concepto, grado y requisitos». En VV.AA. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Murcia (Ediciones Laborum), pp. 771 y 777.

9. De esta forma lo expresa LÓPEZ PRIETO, L.A. (2016): «Conceptos protegidos, requisitos de acceso y prestaciones previstas». En VV.AA. *Incapacidades Laborales. Análisis práctico de su regulación* (director: BLANCO MARTÍN, J.M), Navarra, Ed. Lex Nova (Thomson Reuters), p. 285.

comparamos, observamos que existe una coincidencia entre ambas, la relativa a la clasificación de la Incapacidad Permanente en cuatro grados¹⁰.

Sin embargo, ambas redacciones difieren en la forma de proceder a la valoración de la Incapacidad permanente y de dar cabida a las concretas e individuales situaciones dentro de alguno de los grados previstos, pues el artículo actualmente vigente no contempla ningún listado de secuelas que sean susceptibles de causar incapacidades permanentes y consecuentemente tampoco su valoración a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, sino que recurre a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que permiten el referido encuadramiento¹¹. Pero además, en la regulación actual la valoración de la re-

10. Así, el artículo 194.1 LGSS/2015, en redacción que únicamente resultará de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mismo artículo, establece que: La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial; b) Incapacidad permanente total; c) Incapacidad permanente absoluta y d) Gran invalidez.

Por su parte el apartado 1^a del art. 194, en redacción provisional dada por la Disposición transitoria vigésima sexta. Uno, y que será la aplicable hasta que no se desarrolle reglamentariamente lo previsto en el apartado 3 del mismo artículo, también establece que: La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.; b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual. c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y d) Gran invalidez.

Ahora bien, el actual art. 194 LGSS/2015 (antes, art. 137 LGSS/1994 en la redacción dada por el art. 8.1 de la Ley 24/1997) solo identifica los cuatro grados de la Incapacidad permanente, pero no los define, y de conformidad con lo que disponía la Disposición Transitoria 5^a LGSS/1994 (que se reproduce en la Disposición Transitoria 26^a LGSS/2015) la graduación de la Incapacidad permanente se realizará conforme a la redacción original del art. 137 LGSS/ 1994, que reconocía los mismos grados que ya recogía la Orden de 15 de abril de 1969, y en el que se especificaba que la Incapacidad permanente parcial y total son «para la profesión habitual». En síntesis, las definiciones de los grados de Incapacidad permanente continúan siendo las que ya se recogían en la LGSS/1994 antes de la reforma de 1997.

Sobre la falta de entrada en vigor del art. 137 LGSS/1994, véase GARCÍA NINET, J.I. (2000): «Situaciones protegidas: incapacidad temporal, incapacidad permanente y supervivencia. Régimen jurídico de las prestaciones y revisión de las incapacidades», en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, (Madrid Fraternidad - Muprespa y UNED), p. 480.

11. Como indica ÁLVAREZ DE LA ROSA, primero hay que averiguar si el beneficiario está o no incluido en el concepto de Incapacidad permanente porque al no presentarse esta como una realidad uniforme, es preciso evaluar la influencia en cada sujeto concreto de la alteración grave de la salud, presumiblemente definitiva. Huye, de esta forma el sistema de Seguridad Social (al menos por el momento) de la fijación previa de listas de disminuciones o enfermedades incapacitantes, pese a que tras la reforma efectuada por la Ley 24/1997 el panorama parecía que iba a cambiar de forma sustancial con la introducción del listado de enfermedades y su valoración a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo. El cambio, en síntesis supondría (de llegar a producirse el desarrollo reglamentario requerido) pasar del análisis de los elementos del concepto a encuadrar a cada concreto beneficiario en el grado correspondiente de los definidos legalmente (ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2008): «La incapacidad permanente: Su evolución en el Proceso de Reforma de la Seguridad Social. En VV.AA. *La Seguridad Social a la luz de sus reformas presentes, pasadas y futuras* (Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación), Granada (Ed. Comares), p. 843).

ducción de la capacidad de trabajo, cuando no sea total, de forma que quede anulada, se hace en relación con la profesión habitual del trabajador antes del hecho causante, por lo que la delimitación de este concepto tiene una gran importancia, mientras que en la «futura» normativa, si bien seguiría distinguiéndose entre Incapacidades genéricas y específica, la perdería¹².

Por lo demás, conviene advertir que en la actualidad los cuatro grados de Incapacidad Permanente se aplican siguiendo los mismos criterios en todos los Regímenes de Seguridad Social¹³, aunque los trabajadores autónomos carecen de protección por Incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes¹⁴.

Hechas estas precisiones, de la lectura de las dos redacciones del apartado 1º del artículo 194 en la LGSS/2015, la «provisional» y actualmente vigente, y la «eventualmente definitiva» si en algún momento llegará a producirse el desarrollo reglamentario exigido¹⁵, parece desprenderse que la Gran Invalidez sería el más grave de los grados de la Incapacidad Permanente, no sólo porque en ambas se cita en último lugar, sino también por el adjetivo «Gran» que precede al término «invalidez», que según la Real Academia Española (RAE) significa principal o primero en una jerarquía.

Lo cierto es que la particular configuración de la Gran invalidez siempre ha planteado problemas, a los que no es ajena, como se verá más adelante, ni siquiera la propia definición del grado¹⁶. Por tal motivo, conviene en este momento recapitular, siquiera sea brevemente, cómo se ha llegado a la situación presente, señaladamente a la consideración de la Gran invalidez como grado autónomo de la Incapacidad Permanente.

No obstante, la jurisprudencia continúa usando como criterio orientativo el contenido de normas reglamentarias actualmente derogadas que sí contenían listas de dolencias o lesiones para cada uno de los grados, como es el caso del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956.

12. Para calificar los grados de Incapacidad permanente parcial y de Incapacidad permanente total lo relevante es la capacidad residual del trabajador para seguir desarrollando su profesión habitual, lo que se valora es una incapacidad específica, no genérica como en la Incapacidad permanente absoluta.

13. SELMA PENALVA, A. (2016, 2º trimestre): «Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual», *Revista de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*, nº 7 Murcia, (Ediciones Laborum), p. 52.

14. Los trabajadores del RETA no tienen derecho a las prestaciones de Incapacidad Permanente Parcial (IPP) por contingencias comunes (STS de 28 de marzo de 2016 (Rec. 3756/2014), reiterando las SSTs 28 de febrero de 2007 (Rec. 3219/2005) o 19/9/2007 (Rcud.3488/2006).

15. La redacción «transitoria o provisional» del art. 194 LGSS/2015 conforme a la Disposición Transitoria 26ª del mismo texto legal, de aplicación hasta que no se apruebe por el Gobierno la lista de enfermedades previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, coincide con la redacción del art. 137.6 LGSS/1994.

16. GARCÍA VIÑA advierte sobre estos conflictos derivados de la «radical configuración de la Gran invalidez», ya que «según el elemento se analice permite apreciar sustanciales diferencias con el resto de los grados de la incapacidad permanente» (GARCÍA VIÑA, J. (2008): «Los grados de incapacidad permanente». En VV.AA. *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico* (Colección: comentarios a la legislación Laboral. Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), Granada (Ed. Comares), p. 174-175. Un resumen de la jurisprudencia más actual sobre la Gran invalidez en GARCÍA VIÑA, J. (2017): «La pensión de gran invalidez» en Trabajo y Derecho, nº 27, pp. 79 a 86.

2. El origen de la Gran invalidez y su consideración como grado autónomo tras la Ley de Integración Social de los Minusválidos

El origen de la Gran invalidez lo encontraríamos en la protección de las consecuencias invalidantes para el trabajo y de necesidad de ayuda de tercera persona determinadas por el acaecimiento de un accidente de trabajo¹⁷.

De esta forma, en un primer momento, la situación de dependencia personal implícita en el concepto de Gran invalidez solo quedaba protegida cuando se dieran dos requisitos:

- Que las lesiones sufridas por el trabajador¹⁸ se hubieran producido con ocasión o por consecuencia como un accidente de trabajo;

17. En cumplimiento de los compromisos asumidos por España en 1928, a raíz de la ratificación del Convenio núm. 17 de la OIT relativo a la reparación de los accidentes de trabajo, que había sido adoptado por la OIT en 1925, la Ley sobre accidentes de trabajo de 4 de julio de 1932 —Base séptima y art. 24 del Texto Refundido— y sus reglamentos de desarrollo regularon un suplemento de las indemnizaciones previstas para las víctimas de accidente de trabajo, que debía otorgarse en los casos en que el trabajador precisara de la asistencia constante de otra persona como consecuencia de la incapacidad derivada del accidente, no solo para trabajar, sino también para realizar los actos más esenciales de la vida. Así lo consideró el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de enero de 1941 (RJ 1941, 55): La «gran invalidez exige la incapacidad para el trabajo y la imposibilidad de realizar los actos esenciales de la vida». En el mismo sentido, STS de 10 de marzo de 1943, RJ 1943, 358).

18. Hasta la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos no se incluyó un subsidio por ayuda de tercera persona, desvinculado de la condición de trabajador del minusválido y, quizá ese era el motivo por el que no se fijaba ningún límite de edad para su percepción (art. 12.2 y 16 LISMI). Y así continuó siendo hasta que la Ley 26/1990 derogó la norma citada anteriormente y estableció la posibilidad de percibir un complemento por necesidad de concurso de tercera persona, también con independencia de la condición de trabajador del beneficiario, pero incomprensiblemente, dada su falta de vinculación con la actividad profesional, solo antes de los 65 años.

El subsidio por ayuda de tercera persona establecido en la LISMI puede considerarse el antecedente del actual complemento de la pensión de invalidez no contributiva, pese a no haber desaparecido por completo.

Al respecto debe tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria del RD 357/ 1991, de 15 de marzo, que desarrollaba las previsiones de la Ley 26/1990 posibilitaba que quienes antes de su entrada en vigor fuesen beneficiarios de los subsidios de garantía de ingresos mínimos o de ayuda por tercera persona, previstos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, pudiesen pasar a percibir una pensión no contributiva si reúnen los requisitos exigidos para ello, con arreglo a las siguientes normas:

a) Los beneficiarios de las prestaciones citadas, menores de sesenta y cinco años, podrán solicitar la pensión de Seguridad Social por invalidez en su modalidad no contributiva.

b) Los beneficiarios de las prestaciones citadas, con edad igual o superior a sesenta y cinco años, podrán solicitar la pensión de Seguridad Social por jubilación en su modalidad no contributiva.

Los beneficiarios de los subsidios económicos de la Ley 13/1982 citados anteriormente únicamente tendrían que presentar la solicitud de la pensión de invalidez no contributiva y, en su caso, el complemento por ayuda de tercera persona, sin necesidad de acreditar nuevamente el grado de su minusvalía, surtiendo efectos a tal finalidad el grado de minusvalía ya reconocido.

- Que como resultado del accidente de trabajo el trabajador hubiera quedado no solo incapacitado para el trabajo, sino también para realizar los actos más esenciales de la vida.

Y aunque hubo cambios importantes introducidos fundamentalmente por la Ley de Seguridad Social de 1966, que estableció la posibilidad de que la Incapacidad permanente pudiera ser también consecuencia de un accidente no laboral y de una enfermedad común o profesional, por lo demás la regulación jurídica de la situación de Gran Invalidez, unida indisolublemente al grado de Incapacidad Permanente Absoluta, no varió prácticamente hasta la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI)¹⁹.

La LISMI pretendió integrar socialmente al minusválido y puesto que una de las principales vías que facilita dicha integración es el trabajo, no es de extrañar que estableciera la posibilidad de que una persona en situación de Gran invalidez pudiera no estar impedido para la realización de todo tipo de trabajo como ocurría hasta ese momento. Por el contrario, la norma parecía acoger la idea de que «con un gran esfuerzo personal y ayudado por la creación de puestos de trabajo específicos para estas situaciones», el gran inválido podría ser «capaz de desarrollar una actividad social útil y retribuida»²⁰. De esta forma, la Gran invalidez dejaba de estar concebida legalmente como una Incapacidad Permanente Absoluta «agravada» o «cualificada» y pasaba a convertirse en un grado autónomo de la Incapacidad permanente²¹.

En la actualidad se sigue permitiendo a los beneficiarios de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona establecidos en la derogada LISMI que no opten por pasar a percibir una de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social o la asignación económica por hijo a cargo continuar percibiendo los mismos, siempre que sigan reuniendo los requisitos exigidos reglamentariamente para su concesión. Estos subsidios están previstos hoy en día en el RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre de 2013). Su cuantía mensual en 2020, sumamente escasa, es de 149,86 euros, para el subsidio de garantía de ingresos mínimos, y de 58,45 euros, para el subsidio por ayuda de tercera persona.

19. BOE de 30 de abril.

Como subraya PÉREZ YÁÑEZ, en el Texto Refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956), el legislador volvió a optar por dotar a esta prestación destinada a retribuir a la persona encargada de asistir al gran inválido de un carácter suplementario y por vincularla de modo evidente y claro a la Incapacidad Permanente Absoluta. De esta forma, la Gran invalidez quedaba conformada como una Incapacidad permanente absoluta agravada (PÉREZ YÁÑEZ, R.M. (2007): «La protección social de la discapacidad generadora de la dependencia. VV.AA. en CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y. (directores), *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Navarra (Ed. Aranzadi), p. 395).

20. BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi, 2^a edición), p. 208.

21. No obstante, como advierte PÉREZ YÁÑEZ la nueva configuración de la Gran invalidez como un grado más de la Incapacidad permanente fue igualmente criticada por quienes «veían en ella más una prestación adicional que un grado de incapacidad propiamente dicha» (PÉREZ YÁÑEZ, R.M. (2007): «La protección social de la discapacidad generadora de la dependencia. VV.AA. en CALVO ORTEGA, R. y GAR-

No cabe duda de que mientras no fue posible adquirir la condición de gran inválido directamente, sino solo por agravamiento de la Incapacidad permanente absoluta que le servía de base, la situación de Gran Invalidez era la más grave dentro de la Incapacidad permanente, aun sin constituir un grado independiente de esta. Y ello porque no solo impedía la realización de toda profesión u oficio, sino que también, privaba de la autonomía personal necesaria para realizar los actos más esenciales de la vida.

La Disposición Final 5ª de la LISMI modificó el contenido del art. 135.6 LGSS/1974, aunque el cambio normativo no se recogió expresamente hasta la LGSS/1994²², de forma que si comparamos la redacción del artículo 135.6 LGSS/1974 antes de su modificación implícita por la Disposición Final 5ª de la LISMI, que exigía para la Gran invalidez una calificación previa del grado de Incapacidad Permanente como absoluta, con la del art. 137.6 LGSS/1994, sobre concepto de Gran Invalidez, se observa que en este último la mención expresa a la invalidez permanente absoluta ya se ha eliminado y sustituido por la expresión «afecto de incapacidad permanente (...)»²³.

El cambio normativo tuvo relevancia en cuanto a la pretensión de reconocimiento inicial de la prestación, porque a partir de ese momento sería viable acceder directamente a la Gran invalidez, siendo suficiente una sola califica-

CÍA CALVENTE, Y. (directores), *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, op.cit., p. 395).

22. Sobre el largo lapso temporal transcurrido desde que la Disposición Final 5ª de LISMI modificara implícitamente el artículo 135.6 la LGSS/ 1974 hasta que el cambio normativo se recogiera explícitamente en el art. 137.6 de la LGSS /1994, VENTURA PRAT, J. M.^a refiere lo siguiente: «La desviación de obviar la DF 5ª de la LISMI 13/1982, de 7 de abril, a tenor de la que el gran inválido no es necesariamente inválido absoluto no se corrigió (art. 135-1.D) y 6 LGSS de 30 de mayo de 1974, refundiendo iguales referencias de 21 de abril de 1966) hasta el TR de 20 de junio de 1994 (art. 137.6); cuando sí se plasmó indubitadamente la independencia del estado de gran inválido del grado de invalidez que pueda acompañarle; aunque la misma refundición siguió asociando indefectiblemente las prestaciones a la existencia de la absoluta (original párr. 1º del art. 139.4). Y no será (por demás, involuntariamente, al corregirse las bases reguladoras en general) hasta 1 de enero de 2008 en que el repetido art. 139.4 de la Ley General tenga una redacción, otorgada por el 2. Tres LMSS 40/2007, de 4 de diciembre, conforme a lo ya reglado desde abril de 1982». Tal como indica el autor, la primera redacción de la refundición de 20 de junio de 1994 fue más allá de su encomienda recopiladora y, prescindiendo tanto de la aportación de la aportación de la LISMI (DF 5ª), como de la inicial y necesaria asociación a la existencia de invalidez permanente absoluta (art. 135-1. D) y 6 en LGSS y LSS), estableció sin lugar a dudas la entidad propia del grado de Gran invalidez. Vid, STC 149/2004, de 20 de septiembre («Gran invalidez grado autónomo») (VENTURA PRAT, J. M.^a (2009): *Jurisprudencia de Seguridad Social*, Barcelona (Editorial Bosch, primera edición), pp. 382 y 405).

23. Pese a ello en algunas ocasiones la doctrina judicial ha interpretado esta expresión como una necesidad de que exista un reconocimiento anterior de una Incapacidad Permanente Absoluta (por todas, STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2005, Ar. 122670). En otros casos, la doctrina jurisprudencial parece ignorar la posibilidad de que la situación de Gran invalidez no inhabilite necesariamente para toda profesión un oficio: «(...) la única incapacidad permanente que exige un examen completo de toda la capacidad funcional y laboral de una persona es la absoluta —y por supuesto, la Gran invalidez—; el resto esto es la parcial y la total, exige un análisis concreto de unas determinadas lesiones en comparación con una determinada profesión» (SSTS 4ª 19-11-2004, EDJ 229545 y 17-5-2006, EDJ 71289).

ción, como gran inválido, y no dos como anteriormente, una como incapacitado permanente absoluto y otra como gran inválido²⁴. En consecuencia, el acceso a la situación de Gran Invalidez no solo procedería como consecuencia de la agravación de una Incapacidad permanente absoluta previamente declarada, sino también por vía de reconocimiento inicial o directo a partir de una sola calificación.

La modificación normativa realizada por la Disposición Final 5^a de la LISMI²⁵, al suprimir la exigencia de tener previamente declarada una Incapacidad Permanente Absoluta (IPA), convirtió a la Gran Invalidez en un grado autónomo de la Incapacidad Permanente, en el cuarto grado de esta. Tal consideración permitiría en adelante acceder a esta situación bien en una calificación inicial, bien

24. Tal como establecía la redacción del art. 135.4 de la LGSS/1974, que empezaba así: «Si el trabajador fuese, además calificado de gran inválido...», exigiendo, por tanto, una doble declaración para poder ser considerado gran inválido.

25. La disposición final quinta de la LISMI modificó, implícitamente como se ha dicho, el art. 135.6 de la LGSS/1974, abriéndose paso la idea de que la Gran Invalidez cabe incluso con una mera incapacidad para la profesión habitual. RODRÍGUEZ JUVENCEL transcribe literalmente el parecer de AZNAR LÓPEZ, quien discrepaba de la consideración de la Gran invalidez como una Incapacidad Permanente absoluta cualificada: «el juicio que nos merece esta conceptualización es adverso. Si la nota distintiva de la Gran invalidez es la necesidad de una ayuda externa para realizar los actos esenciales de la vida, no se alcanza a entender la conveniencia de que este criterio de carácter vital actúe como sobreañadido a la incapacidad genérica de trabajo. Se trata de elementos heterogéneos. La necesidad de asistencia de otra persona no tiene por qué ir necesariamente unida a la concurrencia de una incapacidad absoluta» (RODRÍGUEZ JUVENCEL, M. (1993): *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona (Ed. Bosch), p.183). Esta cita se recoge en BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op.cit., pp. 207-208).

No obstante, pese a la modificación, la jurisprudencia suele reconducir las cosas a sus iniciales términos al considerar que la Gran invalidez es el más grave de los grados de Incapacidad Permanente, por lo que no es posible que se declare a quien solo está incapacitado para realizar determinadas actividades profesionales, sino que solo cabe respecto de una IPA, es decir, respecto a quien está imposibilitado para realizar cualquier actividad. (SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. Navarra (Ed. Aranzadi), p. 29, en relación con la STS de 22 de julio de 1996 (RJ 6383) (Ponente Sr. Marín Correa). Igual posicionamiento jurisprudencial, cuando en relación con la revisión se planteó la naturaleza de grado autónomo de la Gran invalidez, el Tribunal Supremo resolvió que se trataba del más grave de los grados de incapacidad permanente y de ahí la necesidad de la agravación para instar su declaración. Esta última cuestión fue objeto de unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo en sus SSTs de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6383) y de 20 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1918).

Por el contrario, el artículo 23.2 del RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (BOE de 28 de junio), que también clasifica la Incapacidad Permanente en cuatro grados, sí deja clara la consideración de la Gran invalidez del funcionario como el grado más grave de la Incapacidad Permanente y su carácter de grado no autónomo, ya que en todo caso debe ser resultado de la agravación de la una Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Así, en su letra d) el art. 23.2 del RD Legislativo 4/2020 define la Gran invalidez como «la situación del funcionario afecto de incapacidad permanente absoluta que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita de la asistencia de otra persona para realizar los actos más elementales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

por agravación de una incapacidad permanente de grado inferior preexistente. En este último caso, el grado referido no debería ser ya, como ocurría anteriormente, el de Incapacidad permanente absoluta, sino también cualquier otro grado de Incapacidad permanente, destacadamente el de Incapacidad permanente total. También por último, seguiría siendo posible el acceso al grado de Gran invalidez por error de diagnóstico²⁶.

En cualquier caso, la agravación de la situación clínica es necesaria cuando no se trata de reconocimiento inicial y la Gran invalidez se pide por esta causa y no por error de diagnóstico²⁷. Así lo recalcó sin ambages la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996, dictada en unificación de doctrina²⁸.

El recurso iba dirigido contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 8 de noviembre de 1995, que había desestimado el recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo social de Huesca de 26 de septiembre de 1994, que a su vez había desestimado la demanda en la instancia. Esta demanda pretendía que se reconociera la Gran invalidez a una persona aquejada de la pérdida completa e irreversible de visión por desprendimiento de retina no operado. Las desestimaciones, de instancia y suplicación, se fundaban en que las citadas secuelas definitivas ya habían sido calificadas por el mismo juzgado como constitutivas de una Incapacidad permanente absoluta en marzo de 1972, y no se habían visto alteradas en modo alguno cuando se solicitó la declaración de Gran invalidez (Fundamento de Derecho Primero).

26. Sobre la consideración de la Gran Invalidez y la posibilidad de su reconocimiento inicial o directo, en una primera calificación de las secuelas; o bien derivado de la agravación del grado de incapacidad anterior, cualquiera que fuese el mismo, pueden verse las Sentencias de 20 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 1918) y de 7 de mayo de 2004 (RCUD 2074/2003: RJ 2004, 4712), que reiteran la doctrina de la STS de 22 de julio de 1996 (RCUD 4088/1995; RJ 1996, 6283), antes citada.

27. Véase SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, op. cit., p. 29. Y SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley», VV.AA. Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y coord. CHARRO BAENA, P), Navarra (Ed. Aranzadi), p. 84. Como indica RUANO ALBERTOS, en la revisión por agravación se exige que las dolencias que existían en el momento de la valoración inicial de la Incapacidad permanente «hayan empeorado o bien, que al concurrir con otras aparecidas con posterioridad, el cuadro incapacitante del trabajador sea más grave que cuando le fue reconocido el grado que se pretende revisar». A tales efectos, deberán tenerse en cuenta todas las dolencias, con independencia del riesgo del que provengan, pese a que ello pueda plantear en ocasiones problemas en orden a la imputación de responsabilidades entre las Entidades Gestoras (Mutua colaboradora con la Seguridad Social) por el accidente y el INSS por la enfermedad común, en el caso de que las lesiones o dolencias provocadas por esta no guarden relación con las que originó el accidente (RUANO ALBERTOS, S. (2008): «Revisión de la incapacidad permanente» en Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su Régimen Jurídico. VV.AA. (director: MONEREO PÉREZ, J.L), Granada (colección: comentarios a la legislación laboral), pp. 209-210).

28. Sentencia Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996 (Ar. 6383) (Ponente MARÍN CORREA).

La Sala de lo social del Tribunal Supremo consideró acertada la doctrina contenida en la Sentencia recurrida y desestimó el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por el trabajador afectado²⁹. Cabe matizar que la Sentencia recurrida no negaba que la ceguera total fuera un supuesto de Gran invalidez, sino que se estuviera ante un supuesto legal que permitiera revisar un grado de incapacidad permanente anteriormente reconocido.

La STS de 22 de julio de 1996 recuerda que la Gran invalidez es un grado autónomo de la Incapacidad permanente, cuyo reconocimiento o bien es inicial o directo, en una primera calificación de las secuelas, o bien se produce por agravación del grado de incapacidad permanente antes establecido. Dado que en el caso estudiado no se trataba de un reconocimiento inicial del grado de Gran invalidez, debía estudiarse si concurría alguno de los supuestos de revisión del grado de invalidez enunciados en el art. 145.1, apartados a) y b) de la LGSS/1974³⁰.

Al no invocarse error de diagnóstico y seguir siendo la situación clínica expuesta por la parte exactamente la misma a la que en su día fue calificada como Incapacidad permanente absoluta, la Sala mantiene que «no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada (...)», advirtiendo además que «no se trata de la calificación que pudiera merecer la situación constitutiva de aquellas secuelas, sino que la Sala niega la posibilidad legal de modificar la calificación de la invalidez efectuada en su día»³¹.

Ciertamente resulta lamentable que un error del juzgador en el año 1972 en la calificación del grado de Incapacidad permanente, que en atención a las secuelas padecidas por el trabajador debió haber declarado la Gran invalidez y no la Incapacidad permanente absoluta, impidiera su modificación posterior. Pero resulta innegable que los supuestos de revisión están legalmente establecidos y

29. Se invocaba como Sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla - La Mancha, de 22 de enero de 1993, que desestimó el recurso de suplicación interpuesto contra la dictada el 23 de julio de 1992 por el juzgado de lo social de Cuenca, que había reconocido la Gran invalidez a una persona aquejada de ceguera total, que ya había sido previamente calificada como incapacidad permanente absoluta por Sentencia del mismo juzgado de 19 de febrero de 1990.

La doctrina expuesta por el Tribunal de Suplicación era, en síntesis, que la Gran invalidez «no es un grado de incapacidad permanente, sino una situación del individuo, que precisa del auxilio de otra persona para los actos más esenciales de la vida, por lo que puede ser reconocida sin que con ello se esté revisando un grado de invalidez anterior, y sin sujeción a la necesidad de que concurra alguno de los supuestos legales que dan lugar a la revisión, y, en concreto, la agravación inexistente en el caso enjuiciado» (Fundamento de Derecho Segundo STS de 22 de julio de 1996).

30. El artículo 145.1 LGSS/1974, en referencia a la revisión de la invalidez establecía que: «Tanto las declaraciones de invalidez permanente, como las relativas a los distintos grados de incapacidad, serán revisables en todo tiempo, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida para la pensión de jubilación, por alguna de las causas siguientes:

- a) Agravación o mejoría.
- b) Error de diagnóstico.

El art. 145. 1 LGSS/1974 fue después el art. 143.2 LGSS/1994 y actualmente es el art. 200.2 LGSS/2015.

31. Fundamento de Derecho cuarto STS de 22 de julio de 1996. En el mismo sentido, STS de 20 de noviembre de 2002 (Ar. 1918).

entre ellos no se encuentra el error en la apreciación por el juzgador de instancia, cuando la calificación es judicial, o del INSS cuando es administrativa. El reconocimiento del grado de Gran invalidez si no se trata de una calificación inicial exige error de diagnóstico (médico, se entiende) o agravación de las secuelas que existían cuando se calificó el anterior grado de Incapacidad permanente, cosa que como se ha dicho no existía en el supuesto abordado en la STS de 22 de julio de 1996.

También la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004³² y otras anteriores citadas en ella, como las de 18 de julio de 1994 y de 15 de diciembre de 1993, ya habían subrayado que cuando lo que se formula no es una pretensión de calificación inicial, sino una pretensión de revisión por causa distinta a la de error de diagnóstico, la doctrina según la cual no es necesaria la agravación resulta errónea³³.

Así, se afirma que «(...) cuando el reconocimiento no es consecuencia de una primera calificación, sino que se parte de un grado inferior de incapacidad, la forma legal de la declaración es precisamente la revisión, nunca por mejoría sino por agravación, puesto que se trata del más grave de los grados de la incapacidad permanente, o por error de diagnóstico». Incluso va más allá y añade que en estos casos no se trata de un reconocimiento de la prestación, para lo que sería necesaria la concurrencia de otros requisitos como el alta o el periodo de cotización, sino de una corrección (revisión por error de diagnóstico) o de una actualización (revisión por agravación) de una calificación inicial realizada ya en el primer acto de reconocimiento³⁴.

En cualquier caso parece claro que el hecho de que la situación de Gran Invalidez, tras la LISMI, pueda ir acompañada no solo de una inhabilidad permanente para todo tipo de trabajo u oficio (IPA) o de una incapacidad permanente total³⁵, e incluso, aunque mucho más dudosamente, de una parcial para

32. STS 3083/2004 (Nº de Recurso:2074/2003. Recurso de casación para unificación de doctrina). Id. Cendoj: 28079140012004100271.

33. En el mismo sentido, STS 7715/2002 (Rec. 2473/2001). Id Cendoj: 28079140012002100229 (Ponente DESDENTADO BONETE).

34. Fundamento de Derecho Segundo STS de 7 de mayo de 2004 (RCUD 2074/2003), que reproduce la doctrina contenida en la STS 18 de julio de 1994 (Rec. 226/1994), que a su vez cita la de 15 de diciembre de 1993 (Rec. 997/93). En el mismo sentido, STS 7715/2002 (Rec. 2473/2001). Id Cendoj: 28079140012002100229 (Ponente DESDENTADO BONETE).

35. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996 resalta esa «autonomía pretendida de la reforma introducida por la Ley 13/1982» e indica que, precisamente en atención a la configuración de la Gran invalidez como grado autónomo de la Incapacidad permanente, se requiere, como algo necesario para poder acceder al mismo, su reconocimiento en la primera calificación o, en caso contrario, un procedimiento de revisión cuando es factible, no siendo la Incapacidad Permanente Absoluta necesariamente «un grado que opere como tránsito inexcusable para calificar una Gran invalidez». Pero como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004, otras anteriores a la 22 de julio de 1996, como las de 18 de julio de 1994 y de 15 de diciembre de 1993, ya habían mantenido que no era preciso que el reconocimiento de la Gran invalidez partiera «de un previo establecimiento de la incapacidad permanente absoluta», aunque esta es ciertamente una posibilidad. También, la STSJ Castilla - La Mancha de 22 de enero de 1993 (Ar. 146) indica que la

la profesión habitual³⁶, podría como mucho cuestionar su consideración como grado más grave de la Incapacidad Permanente a la que se ha hecho referencia anteriormente, pero en ningún caso la intención del legislador de incluirlo dentro de la modalidad contributiva de la Incapacidad Permanente como grado autónomo³⁷.

Así lo confirmó el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, en su Sentencia de 15 de diciembre de 1993³⁸, en la que argumentaba que «(...) es inexacto afirmar —como hace la Sentencia impugnada— que a partir de la modificación introducida en el número 6 del artículo 135 LGSS por la disposición final quinta de la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre integración social de minusválidos, ya no puede considerarse la Gran Invalidez como un grado invalidante, puesto que lo único que dispone esta norma es que la Gran Invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para todo

Gran invalidez no es solo una agravación de la invalidez absoluta, sino una situación de incapacidad permanente que puede nacer a partir de la Incapacidad Permanente Total o de la Incapacidad Permanente Absoluta.

36. Sobre el hecho de que la situación de Gran invalidez sea posible desde cualquier otro grado de Incapacidad permanente, incluida la parcial, véase ALONSO OLEA, M., TORTUERO PLAZA, J.L. (2002): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas, 18ª edición), p.104 y RODRÍGUEZ DURANTEZ, M. «Problemática actual sobre la gran invalidez» (1988), *Actualidad Laboral*, núm. 30, p. 1720). GINÉS I FABRELLAS también se muestra favorable a apreciar la situación de Gran invalidez desde una situación de Incapacidad permanente parcial, aunque recalca lo problemático que podría resultar el cálculo de la pensión en este caso, al ser la prestación correspondiente a la Incapacidad permanente parcial una indemnización a tanto alzado. Al respecto indica que «para mantener la coherencia entre daño y prestación, en estos supuestos debe otorgarse la indemnización correspondiente a la IPP» (GINÉS I FABRELLAS, A. (2012): *Prestaciones de Seguridad Social por contingencias profesionales*, Albacete (Ed. Bomarzo), p. 68).

Por el contrario, para CAVAS MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ ORRICO no sería posible apreciar la situación de Gran invalidez desde una situación de Incapacidad permanente parcial (CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2006): *La cobertura de las contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi), p. 231-232). En el mismo sentido MEDINA CRESPO, M. (2008): *La Incapacidad permanente en el sistema legal de valoración de los daños corporales*, Madrid (Ed. Dykinson), p. 82 y 84). Todos los autores anteriores aparecen citados en GINÉS I FABRELLAS, A. (2012): *Prestaciones de Seguridad Social por contingencias profesionales*, op.cit., p. 68.

37. A este respecto, RODRÍGUEZ DURANTEZ indica que tras la modificación operada por la DF 5ª de la Ley 13/1982, la Gran Invalidez no es exclusivamente tributaria de la Incapacidad permanente absoluta, ni se configura como un grado siguiente a la misma. Como ejemplo, refiere el caso de la ceguera que no conlleva necesariamente la declaración de IA, aunque sí la de GI. Por consiguiente, también los inválidos totales pueden requerir esa ayuda y postular una GI. No obstante, la situación de GI continúa siendo un grado de IP y el hecho de que la misma no implique necesariamente la IA no supone en modo alguno la desvirtuación de la GI como un grado de IP (RODRÍGUEZ DURANTEZ, M. «Problemática actual sobre la gran invalidez» (1988), *Actualidad laboral*, nº 2, pp. 1715-1720).

BAVIERA PUIG; no obstante, resalta que «(...) si el origen de la prestación se insertaba en la misma legislación de accidentes de trabajo, la actual ubicación trasciende de lo estrictamente indemnizatorio, hecho que cobra un especial relieve en la prestación de Gran invalidez, y que muestra su controvertida naturaleza como grado autónomo de incapacidad permanente» (BAVIERA PUIG, I. (2007): *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Navarra (editorial Thomson Aranzadi the global law collection), pp. 169 y 170).

38. (Rec. 997/93) (Ponente FERNÁNDEZ LÓPEZ).

trabajo. Pero continúa subsistiendo en su integridad el número 1 de dicho artículo 135 que clasifica diversos grados de invalidez permanente, entre ellos-apartado d)-el de Gran Invalidez; precepto que se mantiene inalterado tras las sucesivas reformas introducidas en el Capítulo VI, Título II, LGSS, relativo a la invalidez, por la Ley 26/1985, de 31 de julio y por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre»³⁹.

Y es que ni la Ley 26/1985⁴⁰, norma posterior pero relativamente cercana en el tiempo a la LISMI, suprimió del art. 135.1 de la LGSS/1974 la referencia al grado de Gran Invalidez, ni tampoco la Ley 26/1990⁴¹, pudiendo haberlo hecho, derivó la protección de tal situación al nivel no contributivo de protección, e igualmente la Ley 24/1997, que modificó de forma importante el art. 137 de la LGSS/1994⁴², referido a los grados, mantuvo el grado de Gran Invalidez.

39. Doctrina que fue reiterada en STS de 15 de abril de 1994 (Rcud. núm.1255/1993).

40. Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social. BOE de 1 de agosto.

41. Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. BOE de 22 de diciembre.

42. Esta modificación se hizo siguiendo la recomendación 13ª del Pacto de Toledo, que señalaba «la necesidad de adoptar medidas destinadas a mejorar la gestión de las prestaciones por incapacidad temporal y por invalidez». Sin embargo, la reforma no se orientó en el plano de la gestión, ya que en ese ámbito se habían adoptado medidas recientes con el RD 1300/1995 y la Orden de 18 de enero de 1996. (ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, Madrid (Ed. La Ley, 1ª edición), p. 377, citando a DESDENTADO BONETE, A., «La protección de la incapacidad permanente en el Proyecto de Ley de Consolidación del sistema de Seguridad Social», Texto mecanografiado, p. 6).

Siguiendo a VENTURA PRAT las principales modificaciones en materia de Incapacidad permanente que la Ley de 15 de julio de 1997 pretendió llevar a cabo, se implantarían finalmente o no, podrían sintetizarse de la forma que sigue:

a) Remitir al desarrollo reglamentario la calificación de la Incapacidad permanente. Tras el art. 8. Uno de la Ley 24/1997, de 15 de julio, del anterior art. 137 LGSS/94 solo debía subsistir la relación listada de grados, pues, para la calificación de cualquiera de ellos, se preveía que, mediante Decreto, se estableciera el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo.

El Reglamento, que debía aprobarse y no se ha aprobado hasta el momento, debía incluir una lista de enfermedades, su valoración a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo y determinación de grado aplicable, y un régimen de incompatibilidades, previo informe del Consejo General del INSS.

b) Suprimir la posibilidad de acceder a las prestaciones de Incapacidad permanente una vez cumplidos los 65 años, que en ese momento era la edad ordinaria de jubilación, con carácter inicial, cuando se reunían todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación. Se entendía que la Ley se refería a la de la modalidad contributiva, aunque no lo aclaraba de forma explícita.

c) Dar una nueva «denominación» a las pensiones de Incapacidad permanente al cumplir los titulares la edad de jubilación ordinaria: los 65 años. A partir de dicha fecha pasarían a llamarse pensiones de jubilación. Este cambio de nombre no implicaría «modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo», ni, tampoco, según el art. 7.2 del Reglamento de desarrollo debía alterar «el régimen jurídico de las prestaciones que pudieran derivarse» (RD 1647/1997, de 31 de octubre (BOE de 13 de noviembre de 1997) (VENTURA PRAT, J. M.^a (2009): *Jurisprudencia de Seguridad Social*, op. cit., pp. 371 a 373).

3. La conservación del grado de Gran invalidez en la Ley 24/1997. La pretendida y fallida introducción de un nuevo sistema de graduación conforme a baremo

La Ley 24/1997, dictada en desarrollo del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social⁴³, pretendía limitar la discrecionalidad de los órganos evaluadores que intervienen en el procedimiento abierto para el reconocimiento del grado de Incapacidad permanente, para conseguir «una mayor seguridad jurídica a los interesados y mayor objetivación» en este. Así lo subrayaba en su Exposición de Motivos.

Precisamente a fin de lograr «introducir la necesaria seguridad jurídica, tanto para el sistema de Seguridad Social como para los beneficiarios», el citado Acuerdo, que mantenía todos los grados de Incapacidad permanente, incluido el de Gran Invalidez, disponía con carácter general que el reconocimiento de las pensiones por incapacidad permanente en sus distintos grados se efectuaría en función de una lista en la que se fijara la graduación correspondiente. Esta lista debía ser aprobada por vía reglamentaria previo informe del Consejo General del INSS.

En consonancia con lo establecido en el Acuerdo, la Ley 24/1997 mantuvo los mismos grados de Incapacidad Permanente, pero no las definiciones de estos, ya que introdujo un nuevo sistema de clasificación «en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado», valorado de acuerdo con una lista de enfermedades que debía aprobarse reglamentariamente⁴⁴.

Un aspecto especialmente criticado de la reforma proyectada por la Ley 24/1997 sobre esta cuestión fue la deslegalización de la conceptualización de los grados de Incapacidad Permanente, y el reenvío de esta, así como también de la elaboración de la lista de enfermedades y de la valoración de estas a efectos de determinar la reducción de la capacidad de trabajo, al desarrollo reglamentario⁴⁵.

43. Este Acuerdo fue suscrito el 9 de octubre de 1996 por el Gobierno y las organizaciones sindicales CC.OO. y UGT en el marco de las recomendaciones del Pacto de Toledo.

44. La conservación de los grados de IPP, IPT e IPA y la indicación de que los mismos se medirán con carácter general en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo evidencian que «se va a continuar protegiendo una invalidez específica y una invalidez genérica» y que «se mantiene la diferenciación cuantitativa en la proyección de la invalidez específica en una incapacidad parcial y otro total». (ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 377, citando a DESDENTADO BONETE, A., «La protección de la incapacidad permanente en el Proyecto de Ley de Consolidación del sistema de Seguridad Social» op. cit., p. 9.).

45. ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 377; En la misma línea, MERCADER UGUINA, J.R. (1997): «La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, n.º 23, pp. 62 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F. (1999): *Comentarios a la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social*, Valencia (Edit. Tirant lo Blanch), pp. 61 y ss. También OLARTE ENCABO, S. y MOLINA NAVARRETE, C. (1997) en «La política y el derecho de la Seguridad Social en el horizonte 2001: ¿El «adiós» al «modelo progresivo» o el arte de lo posible? Reflexiones a propósito de la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*», n.º 175 (Centro de Estudios Financieros), p.93, se suman a las críticas a la deslegalización de la conceptualización de los grados de Incapacidad permanente.

También el Consejo Económico y Social, en su Dictamen sobre el «Anteproyecto de Ley de Consolidación y de Racionalización del Sistema de la Seguridad Social criticó parcialmente esta remisión al Reglamento, argumentando que «la calificación y definición en sus diversos grados de las situaciones de incapacidad permanente afecta a prestaciones básicas que integran la acción protectora del sistema de la Seguridad Social que, por ello, deben ser definidas en la Ley», y propuso «dar una nueva redacción al primer párrafo del apartado 2 del nuevo art. 137 del TRLGSS para definir en la Ley los diferentes grados de incapacidad laboral, dejando al desarrollo reglamentario la elaboración de la lista de enfermedades, la valoración de estas a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo y de su encuadramiento en los distintos grados de incapacidad definidos en la Ley». El nuevo proceso de determinación de la incapacidad presentaría la ventaja de dotarlo de mayor objetividad y automaticidad, al limitar la discrecionalidad del órgano evaluador administrativo o judicial⁴⁶, pero su puesta en marcha plantea enormes dificultades técnicas, no solo en lo relativo a la especificación de las concretas enfermedades susceptibles de causar Incapacidades permanentes, sino también por la necesidad de determinar el efecto incapacitante de cada una de ellas sobre cada actividad profesional, lo que presupone conocer todas las existentes en el mercado de trabajo, y, por si ello no revistiera ya suficiente complejidad, en la valoración se tendría que tener en cuenta el estado global de salud del trabajador, es decir, el conjunto de dolencias, lesiones y enfermedades por él padecidas⁴⁷.

En contra de la opinión mayoritaria, GOERLICH PESSET entiende que la deslegalización de la materia no resulta improcedente (GOERLICH PESSET, J.M (1999): «La Reforma de la Incapacidad permanente». VV. AA *La Reforma de las pensiones* (COORD. PARDELL VEA), Barcelona (Ed. Marcial Pons), p. 48).

46. VENTURA PRAT, que se manifiesta muy escéptico en lo que a la viabilidad del futuro desarrollo reglamentario se refiere, indica las ventajas y los inconvenientes del proyectado proceso de determinación de la Incapacidad permanente, en los siguientes términos: «Por lo que hace a la deslegalización de la calificación, tomando como base unas enfermedades listadas en Decreto, si la previsión se perfecciona (lo que, se repite, no sucederá) puede ser tan positiva como peligrosa y aún innecesaria. Positiva, porque se orientaría a reducir radicalmente el extraordinario margen de discrecionalidad que se registra en la actualidad. Peligrosa, prácticamente por lo mismo y todavía en función de si es abierta o cerrada.

En el primer supuesto (listado abierto) provocaría sin duda un sinnúmero de casos particulares adicionales, de los que la gestión (y los Juzgados) de la Seguridad Social tienen tan dilatada como nefasta experiencia.

En el segundo (en la práctica parece casi imposible una relación cerrada) no quedaría más remedio que relacionar enfermedad concreta con categoría o grupo profesional susceptibles de afectación y, simultáneamente, con grados de la propia enfermedad desencadenantes de los respectivos porcentajes de reducción laboral. De ahí el riesgo de innecesariedad; nos encontraríamos en realidad ante un nuevo (o paralelo, mejor dicho) Cuadro de Enfermedades Profesionales (quizás más completo), cuya protección requeriría de carencia previa» (VENTURA PRAT, J. M.^a (2009): *Jurisprudencia de Seguridad Social*, op. cit., p. 373).

Para BARBA MORA, abandonar el actual sistema de calificación abierta por uno conforme a baremo supone una «regresión» a un sistema anterior (BARBA MORA, A. (2001): *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Pamplona (Ed. Aranzadi), pp. 64 y 65).

47. Según GÁRATE CASTRO podrían presentarse problemas relacionados con la viabilidad de que la lista de enfermedades recoja todas las dolencias que potencialmente pueden causar enfermedades

Precisamente, la práctica imposibilidad de elaborar el baremo proviene de la utópica utilidad que debería tener, esto es, determinar de forma objetiva y automática el porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, y ello porque realmente el baremo no sería adecuado para medir las incapacidades laborales, ni las específicas ni la genérica⁴⁸. Distinto sería si su objeto fuera valorar un daño en la integridad física del trabajador, como ocurriría si de un accidente de tráfico o de una lesión permanente no incapacitante se tratara, o una evaluación en abstracto de la discapacidad o la dependencia de aquel.

Aunque como se ha dicho, por el momento esta nueva forma de valorar y clasificar la incapacidad permanente se encuentra postergada sin fecha, cabría preguntarse si la previsión de determinar los grados de incapacidad permanente conforme a porcentajes de reducción de la capacidad de trabajo resultaría también aplicable en el caso de la Gran Invalidez de llegar a producirse ese desarrollo reglamentario pospuesto por más de 20 años. Y, dado que la norma

que afecten a la capacidad de trabajo y con la determinación de los porcentajes de reducción que implicarían (GÁRATE CASTRO, J. (1997): «Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente», *Tribuna Social*, nº 78, p. 18). También sobre este punto, MERCADER UGUINA, J.R. (1997): «La reforma de la acción protectora en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social», op. cit., p. 78.

Tal como argumenta GETE CASTRILLO: «(...) será harto difícil superar la dificultad técnica de especificación concreta y circunstanciada de cuantas enfermedades incapacitantes puedan presentarse, máxime teniendo en cuenta la necesaria conexión entre enfermedad y su efecto incapacitante con la actividad profesional, así como la conveniencia de hacer una valoración de cada caso con arreglo a un criterio de «multicausalidad» en la apreciación de la incapacidad protegible en el que también se tenga en cuenta la susceptibilidad individual de cada persona» (GETE CASTRILLO, P. (1997): «La Ley de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social: un hito ambivalente en la persona interminable del sistema de la Seguridad Social» en *la Reforma pactada de las legislaciones laboral y de Seguridad Social*, Valladolid (Ed. Lex Nova), p.449).

Prueba de la enorme dificultad que reviste la tarea encomendada al desarrollo reglamentario es que más de dos décadas después sigue sin emprenderse. Sí se ha hecho algún intento en tal sentido por parte del INSS a través de la publicación de su guía de valoración profesional (La tercera edición (2014) de esta guía puede verse en <http://www.seg.social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>).

48. ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 386, citando a DESDENTADO BONETE, A., «La protección de la incapacidad permanente en el Proyecto de Ley de Consolidación del sistema de Seguridad Social» op. cit., pp. 11 y ss.

De hecho, un baremo que aborde toda posible patología sería más propio de un Tratado de Medicina, no solo por su extensión sino principalmente por su complejidad (PÉREZ PINEDA, B, y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. (1999), *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Granada (editorial Comares), p.128).

También se muestran muy escépticos con la posibilidad de que, conforme a lo establecido en la Ley 24/1997, la graduación de la incapacidad permanente pueda llevarse a cabo por medio de un baremo RODRÍGUEZ JOUVENCEL (RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M. (1993): *La incapacidad para el trabajo*, op. cit., p. 85) y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (2000): «Reflexiones sobre la reforma de la incapacidad permanente», *Tribuna Social*, núm. 115, p. 14). También, citando a los dos autores anteriores, BAVIERA PUIG insiste en que «un baremo así estaría creando expectativas de objetividad inalcanzables» (BAVIERA PUIG, I. (2007): *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 156).

no lo excluye ni explícita ni implícitamente, en principio la respuesta debería ser afirmativa siempre que el acceso a tal grado tuviera lugar en una calificación inicial, no así cuando fuera consecuencia de una revisión por agravación de un grado de incapacidad permanente ya declarado. Obviamente, además, ya que conforme al Acuerdo de 1996 la regulación de la Gran Invalidez no debía experimentar variaciones, tendría que seguirse dando una protección adicional para compensar la necesidad de asistencia de tercera persona y, para valorar este último aspecto, el baremo sí resultaría particularmente idóneo⁴⁹.

En definitiva, parece que en el improbable caso de hacerse finalmente efectiva la reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997 en este punto, no podría defenderse la configuración de la Gran invalidez al margen por completo de lo laboral⁵⁰.

De haberlo querido así, lo que la norma debería haber hecho es excluir su consideración como grado de Incapacidad Permanente, y haberla configurado como una protección adicional a la otorgada por cualquiera de los grados restantes cuando el beneficiario requiriese de la asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida. Pero, una vez más, como ya había ocurrido en las Leyes de 1985 y 1990 antes referidas, no se hizo.

Por otra parte, si antes de la reforma operada por la Ley 24/1997 la Ley General de la Seguridad Social de 1994 empleaba en los títulos el término «invalidez» y, sin embargo, a la hora de definir los distintos grados cambiaba tal término por el de «incapacidad», salvo en el caso de la Gran invalidez; tras la promulgación de la Ley 24/1997 se dispuso que las referencias contenidas en la LGSS/1994 y en las normas de desarrollo a la «Incapacidad permanente» se entenderían efectuadas a la «Incapacidad Permanente», reservándose el término «invalidez» para la pensión de la modalidad no contributiva⁵¹.

49. ROQUETA BUJ entiende que el sistema de baremo no es idóneo para medir las incapacidades laborales, pero sí puede serlo en el caso de las incapacidades comunes, como la Gran invalidez (ROQUETA BUJ, R. (2000) «Las últimas reformas en materia de incapacidad permanente: logros e insuficiencias», RL, Tomo II, p. 416).

50. No parece entenderlo así ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 380, quien, (citando a DESDENTADO BONETE, A., «La protección de la incapacidad permanente en el Proyecto de Ley de Consolidación del sistema de Seguridad Social» op. cit., pág. 9) indica que la reducción de la capacidad de trabajo no opera en la Gran invalidez, que tiene una configuración al margen de lo laboral, siendo solo los tres primeros grados los que se definen en atención a la pérdida de la capacidad de trabajo.

51. Como subraya RICO LETOSA el término «invalidez» parece reservarse solo para el «grado más extremo» de la modalidad contributiva de Incapacidad permanente, «o para aludir a la invalidez no contributiva». (RICO LETOSA, S. (1999): «Sobre la pendiente reforma de la pensión de Incapacidad Permanente», revista de Relaciones laborales, disponible en <https://dialnet.uniroja.es/articulo/229750.pdf>, p. 128. Consultado el 4/10/2016 a las 16:20). Para BAVIERA PUIG, la diferencia entre los términos «incapacidad» e «invalidez» estaría en que el primero se emplea fundamentalmente «con respecto a un trabajo», y el segundo para aludir a «una situación o estado de la persona», y así se ha conservado para la Gran invalidez (BAVIERA PUIG, I. (2007): *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 157).

El cambio terminológico, que no acababa ahí para los tres primeros grados de la Incapacidad permanente, ya que se suprimieron las referencias a la «profesión habitual» en la Incapacidad permanente parcial y en la Incapacidad permanente total, y a «todo trabajo» en la Incapacidad permanente absoluta, no afectaba a la Gran invalidez, que mantenía la denominación anterior.

De esta forma, la Gran Invalidez en la redacción definitiva del art. 194.1 de la LGSS/2015 de llegar a producirse el cada vez menos probable desarrollo reglamentario previsto en el apartado 3º del mismo artículo⁵², no cambiaría de nombre, a diferencia del resto de los grados⁵³.

4. La imposibilidad de considerar en la actualidad a la Gran invalidez como un mero complemento de las prestaciones básicas de Incapacidad permanente

El hecho de que el término «invalidez» se mantuviera solo para el cuarto grado de la Incapacidad permanente contributiva después de la reforma operada por la Ley 24/1997, que insistió en utilizar la expresión «incapacidad» para el resto de los grados⁵⁴, se ha interpretado por algunos autores como una

52. El desarrollo reglamentario debería haberse producido antes del 5 de agosto de 1998, fecha en la que finalizaba el plazo de un año establecido en la Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS/1994. Posteriormente el plazo se amplió, y conforme a la Disposición Adicional 39ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, las disposiciones reglamentarias deberían haberse llevado a término antes de 31 de diciembre de 1999, previo informe del Consejo General del INSS, según preveía el art. 137.3 LGSS/1994. En su momento, MERCADER UGUINA consideró que podía entenderse caducada la habilitación legal por transcurso de los plazos concedidos para el referido desarrollo reglamentario sin que este hubiera tenido lugar (MERCADER UGUINA, J.R. (1999): «Uso y abuso de las Leyes de acompañamiento» (I). Relaciones Laborales nº 5, p. 113)

53. La Disposición transitoria vigésima sexta. Dos. LGSS/2015 establece que hasta que no se produzca el desarrollo reglamentario, todas las referencias que en este texto refundido y en las demás disposiciones se realizasen a la «incapacidad permanente parcial» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente parcial para la profesión habitual»; las que se realizasen a la «incapacidad permanente total» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente total para la profesión habitual»; y las hechas a la «incapacidad permanente absoluta», a la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo».

Como indica ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 384, los diferentes grados «mantienen el nombre, pero no el apellido», lo que es indicativo de la menor importancia que tendría la actividad profesional en la determinación de los grados. Sin embargo, nada se dice con respecto a la Gran Invalidez, que conservaría su nombre.

54. Con respecto al análisis conceptual de los términos incapacidad/ invalidez, algunos autores opinan que la utilización de estas acepciones es más literaria que jurídica, ya que en la práctica «todos los operadores jurídicos refieren indistintamente invalidez o incapacidad (dándole un único significado» (ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), p.37.

Para BARBA MORA, A. «el término incapacidad es más genérico y precisa el adjetivo laboral para concretar la contingencia, en tanto que la palabra invalidez más específica, ya que aparece como una

confirmación de que en la Gran Invalidez desaparece la conexión con la actividad profesional⁵⁵.

Al respecto, se plantean si el hecho de conservar la anterior denominación solo para la Gran invalidez obedece a una intención de separar los supuestos referidos a la «incapacidad para el trabajo», esto es, los constitutivos de alguno de los tres primeros grados de la Incapacidad, de los de invalidez, reconducibles al cuarto de los grados, para la que se tendría en cuenta la minusvalía en sí misma considerada y no en referencia a la repercusión que pudiera tener en la capacidad laboral⁵⁶.

categoría de aquella incapacidad, en concreto con un significado de incapacidad permanente» (BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades Laborales y Seguridad Social*, op. cit., p.28)

55. En la insistencia en utilizar para el resto de los grados el vocablo «incapacidad» y en mantener, en cambio, el término «invalidez» solo para la Gran invalidez, PIÑERO DE LA FUENTE, A. ve la confirmación de que se trata de un grado distinto, en el que desaparece la conexión con la actividad profesional.

Resulta interesante la conexión que el autor realiza entre la Gran Invalidez y las Lesiones Permanentes no invalidantes (actualmente, lesiones permanentes no incapacitantes), para quien ambas situaciones, por exceso o por defecto, escapan al ámbito profesional, pero se ha considerado oportuno protegerlas dentro del nivel contributivo bajo determinadas circunstancias.

Sobre este particular, conviene resaltar que cuando el autor escribió el texto las Lesiones permanentes no invalidantes, que siempre deben derivar de contingencias profesionales, y la Gran Invalidez compartían la acepción terminológica. Posteriormente para las lesiones permanentes se cambió el término «invalidantes» por el de «incapacitantes», mientras que, una vez más, el cambio terminológico no afectó al cuarto grado de la Incapacidad permanente.

Retomando ya la argumentación de PIÑERO DE LA FUENTE, el autor se plantea que si lo que se pretende con el cambio terminológico es separar claramente los supuestos de incapacidad (para el trabajo) de los de invalidez (minusvalía en sí misma considerada, prescindiendo de su repercusión a la hora de realizar una actividad profesional), sería más aconsejable otra clasificación de los grados, en la que, o bien la prestación complementaria por Gran Invalidez pasara al nivel no profesional (asistencial) y el resto de los grados permanecieran en el contributivo, o bien, la Gran invalidez permaneciera en el nivel contributivo, pero sin conexión con la actividad laboral porque para eso ya estaría el grado propio de IPT o de IPA cuyas prestaciones económicas se podrían cobrar simultáneamente con el complemento de Gran invalidez. Por otra parte, reflexionando sobre las consecuencias de una caracterización puramente asistencial de la prestación complementaria por Gran Invalidez, el autor indica que estas serían no solo de distribución financiera, sino que también podrían posibilitar la protección por equiparación a otras situaciones semejantes en las que la persona no pueda realizar por sí mismo los actos esenciales para la vida, «como, por ejemplo, envejecimiento». Esto ya enlazaría con el tema de la «dependencia» (PIÑERO DE LA FUENTE A. (2008): *La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad en el sistema español de Seguridad Social*, Reus (Editorial Reus, Primera edición), pp. 58 a 60 y 123).

56. RODRÍGUEZ PIÑERO considera que la nueva terminología pone el énfasis en la capacidad de trabajo y en la alteración de esta por las lesiones sufridas y no tanto en las limitaciones orgánicas y funcionales en sí mismas (RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1999): «El empleo de las personas con minusvalía», *Relaciones Laborales*, nº 3, p. 1 y ss.). Con carácter general, ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA abogan por utilizar el término «invalidez» para designar a la incapacidad que reviste carácter de permanencia porque «(...) define la contingencia de una manera más genérica, menos apegada al origen profesional de su protección histórica (...). En suma, se trataría de proteger al inválido por lo que es, no porque solamente carezca de capacidad para el trabajo» (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1991): *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Tecnos, 4ª edición), p. 247).

Mucho se ha debatido sobre si no habría resultado más acertado caracterizar la Gran Invalidez como complemento de las prestaciones básicas de Incapacidad Permanente Absoluta y Total, en lugar de como grado autónomo, basándose en la finalidad concreta y específica que aquí, y no en los otros grados de Incapacidad Permanente, se cubre.

La principal razón que ha servido para argumentar la postura de que la Gran invalidez es un complemento prestacional otorgado para cubrir situaciones de dependencia, y no propiamente un grado de la Incapacidad Permanente, aunque legal y jurisprudencialmente así se haya venido considerando después de la LISMI, consiste en entender que se trataría solo de una connotación de imposibilidad personal que se añade a otra de incapacidad profesional, que es la que justifica la prestación básica. De forma que la protección se concede a quienes, estando incapacitados permanentemente para el trabajo, total o absolutamente, además no puedan realizar por sí mismos los actos más esenciales de la vida⁵⁷.

Al respecto se insiste en que no es necesario que la incapacidad permanente para el trabajo que sirve de base a la situación de Gran invalidez sea la Absoluta, siendo perfectamente admisible también la total, pero, en cualquier caso, sí debe haber una situación de incapacidad permanente para el trabajo.

Y esta argumentación, que era perfectamente válida mientras la Gran invalidez estuvo vinculada a una previa Incapacidad Permanente Absoluta, y lo seguiría siendo actualmente si fuese declarada como resultado de una revisión por agravación de alguno de los otros grados, no contempla la posibilidad de que tal situación también puede ser objeto de una calificación inicial, y que en este último caso habrían de ser objeto de valoración dos cuestiones y no solo una: por un lado, la propia incapacidad permanente para el trabajo y, por otro, la necesidad de ayuda para realizar los actos más esenciales de la vida. Eso sí, esta última valoración se hará sin graduar la situación de dependencia, sin que quepan situaciones intermedias, por lo que solo se decidirá si hay o no necesidad de asistencia de tercera persona y, en función de ello, se será o no gran inválido.

Por otra parte, este planteamiento según el cual la Gran invalidez sería simplemente un complemento prestacional no termina de casar con el concepto de

57. Con base en esta argumentación, GONZÁLEZ ORTEGA, S. niega que, por mucho que se pretenda, la Gran Invalidez pueda considerarse un grado más de la Incapacidad permanente, pese a que el legislador haya optado por configurar la Gran invalidez como «una prestación económica autónoma e independiente, correspondiente a un nivel o grado de incapacidad también autónomo». Para el autor la configuración más correcta sería la de un complemento de otra prestación básica de Incapacidad permanente («GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G (COORD.): *Protección social de las personas dependientes*, Madrid (La Ley), pp. 21 y 22). También CANO GALÁN indica que la Gran invalidez no es en sí misma un grado de Incapacidad permanente, aunque el reconocimiento de esta situación esté íntimamente relacionado con esta (CANO GALÁN, Y. (2017):» Determinación del grado de incapacidad permanente y recurso de casación para la unificación de doctrina: Especial referencia a las deficiencias visuales», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum, Estudios de Doctrina Judicial*, p. 179).

que de tal grado se recoge en el art. 194.6 TRLGSS/2015, en la redacción provisional dada por la Disposición Transitoria Vigésima Sexta del mismo texto legal, que la define como «la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

La definición legal no deja dudas sobre la consideración legal de la Gran Invalidez como grado autónomo dentro de la Incapacidad Permanente, pues pudiendo haberla conceptualizado sin más como aquella situación en la que la persona no puede realizar por sí solo los actos más esenciales de la vida y requiere para ello de la asistencia de tercera persona, hace hincapié en la necesidad de que quien se encuentra en la misma sea un «trabajador afecto de incapacidad permanente».

De esta forma, a diferencia de la Incapacidad permanente total cualificada, que no deja de ser una variante del grado de Incapacidad permanente total que simplemente conlleva un incremento del porcentaje a aplicar a la base reguladora de la pensión de IPT correspondiente, la Gran Invalidez no solo supone un aumento cuantitativo de la pensión, sino que se configura como un grado más de la incapacidad permanente⁵⁸.

Se trata, eso sí, de un grado que, a diferencia de los otros, atiende también a factores extraprofesionales⁵⁹, pero no solo a ellos, porque después de su consideración como grado independiente, y de exigirse legalmente que el beneficiario esté «afecto de incapacidad permanente», la Gran invalidez también tiene en cuenta factores profesionales.

58. A esta diferencia entre Incapacidad permanente total cualificada y Gran invalidez hace referencia LÓPEZ PRIETO, L.A. (2016): «Conceptos protegidos, requisitos de acceso y prestaciones previstas». En VV.AA. *Incapacidades Laborales. Análisis práctico de su regulación* (director: BLANCO MARTÍN, J.M), op. cit., p. 285). ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 377 destaca que la reforma de la Ley 24/1997 no eliminaría la protección adicional en la IPT en función de las condiciones del ambiente económico-social en que el interesado se encuentra y actúa, en relación con sus posibilidades concretas de colocación, lo que vendría a constatar que de llegar a producirse el tantas veces referido desarrollo reglamentario, la Incapacidad Permanente total cualificada no dejaría de ser una modalidad de la IPT y no un grado autónomo de la Incapacidad permanente, a diferencia de la Gran invalidez.

59. Podría afirmarse que durante el tiempo en que la situación de Gran invalidez solo constituía una agravación de la Incapacidad permanente absoluta, efectivamente solo atendía a factores extraprofesionales, porque se entiende que a los profesionales ya atendía la invalidez permanente absoluta a la que iba inexorablemente unida.

Así, La STS de 4 de junio de 1981 advertía que el grado de Gran invalidez «no dice relación con la aptitud residual para el trabajo del enfermo, sino que se relaciona con la posibilidad de realizar por sí mismo los actos a que hace referencia el precepto legal que lo define». A continuación, citando la de 20 de marzo de 1967 de la misma Sala, diferenciaba entre Gran invalidez y las incapacidades que son primordialmente profesionales. Y lo hacía subrayando que a diferencia de estas, la Gran invalidez «no se concatena con el oficio que desempeñara el obrero que en ese estado se encuentra, sino con las más elementales necesidades del ordinario vivir» (STS 3213/1981, de 4 de junio, ECLI:ES:TS:1981:3213 (Nº de Resolución:920/1981, recurso de casación por infracción de Ley), Id Cendoj: 28079140011981100631).

Y de ahí la distinta finalidad de las dos prestaciones a que la protección por esta situación da lugar: una de ellas, tal como acontece también para la cobertura del resto de los grados, iría dirigida a sustituir el salario que el beneficiario deja de percibir como consecuencia de la reducción o anulación de su capacidad de trabajo, y la otra, la propia y específica del cuarto grado de la Incapacidad permanente, iría dirigida a remunerar a la persona que asiste al beneficiario en la realización de los actos más esenciales de la vida.

5. Una primera aproximación a las repercusiones de la inclusión de la Gran invalidez en una contingencia del nivel contributivo en cuanto a la protección de la situación de dependencia que conlleva

La protección social de la Incapacidad permanente se incluye dentro del nivel contributivo⁶⁰ y la de la Gran invalidez no es una excepción, al incardinarse dentro de aquélla. Al asociarla la norma a la incapacidad profesional hasta convertirla en un escalón más de la misma, la dota de una dimensión también laboral o profesional⁶¹. Y es precisamente esta vinculación de su régimen jurídico con el establecido para la incapacidad permanente en general la que va a justificar su función limitada a la hora de proteger la situación de dependencia que lleva implícita, al limitarla al tiempo anterior a la finalización de la vida laboral activa.

Y así resulta que uno los efectos inmediatos de su inclusión como grado de una contingencia del nivel contributivo es que la protección por Gran invalidez derivada de contingencias comunes solo dará cobertura a quienes no hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación: los 65 años o la edad de jubilación superior a esta aplicable cada año a partir de 2013⁶², salvo en el caso de que la prestación se hubiese obtenido antes de esa edad, en cuyo caso podrá conser-

60. Sobre las diferentes funciones o finalidades de las prestaciones del nivel contributivo y no contributivo, MONEREO PÉREZ y RODRÍGUEZ INIESTA señalan que mientras el nivel contributivo busca una renta de sustitución ante la disminución o anulación definitiva de la «capacidad de trabajo» de una persona, el nivel no contributivo ofrece solo una renta de compensación por un factor biológico con relevancia social: el grado de minusvalía o «incapacidad» de una persona sin recursos económicos, al margen de su incidencia en la capacidad de trabajar» (MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016, tercer trimestre): «La complejidad de la Incapacidad Permanente y la necesidad de su abordaje (a casi 20 años de la reforma anunciada en 1997)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n° 8, p. 14).

61. Sobre este particular, véase GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G (COORD.): *Protección social de las personas dependientes* op.cit., p. 21.

62. El sistema de la Seguridad Social solo cubre situaciones de dependencia personal que acontezcan antes de los 65 años (esto siempre será así en el nivel no contributivo de protección) o de la edad de jubilación igual o superior a los 65 años aplicable en cada momento en función del tiempo cotizado por el trabajador a partir de 2013 (en el nivel contributivo de protección). Se protegerá fren-

vase⁶³. Lo que, dicho de otra forma, significa privar de la protección que otorga el complemento de la pensión a los potenciales beneficiarios de este precisamente a partir del momento en que suelen hacerse patentes las enfermedades que determinan la necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Precisamente esta vinculación de la Gran invalidez a la Incapacidad Permanente como un grado más de esta justifica el establecimiento de límites a su función protectora de la situación de dependencia.

Así lo entendió el Tribunal Constitucional en su Sentencia 197/2003, de 30 de octubre, al rechazar la inconstitucionalidad del art. 143.2 LGSS/1994⁶⁴ que establecía la imposibilidad de instar la revisión del grado de incapacidad a partir de los 65 años, y, consecuentemente, la de obtener el reconocimiento de la Gran invalidez, a partir de dicha edad.

Se trazaba de esta forma una línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de esta, que permitía distinguir las situaciones de dependencia que afectaban a las «personas mayores», consecuencia del «ordinario declive de las facultades por razón de la edad», de la protegida por la Gran invalidez, consecuencia de una incapacidad permanente para el trabajo que, antes de la edad de jubilación, ha cobrado la intensidad de la dependencia personal.

De esta forma, las situaciones de dependencia a las que daría cobertura la protección por Gran invalidez quedan tan ligadas al trabajo, que, con carácter general, solo podrán ser sujetos protegidos quienes hayan desarrollado una actividad profesional, se encuentren en situación de incapacidad laboral permanente, y su necesidad de ayuda de tercera persona se hubiera materializado antes del cumplimiento de la edad de jubilación, no después⁶⁵.

te a la dependencia solo si la prestación se ha reconocido «en los tiempos vitales en los que la incapacidad profesional es relevante» (Ibídem, p. 21)

63. Podrá conservarse la prestación si la declaración de la Gran Invalidez por contingencias comunes se ha obtenido antes del cumplimiento de la edad de jubilación, sea cual sea cada año a partir de 2013.

64. Actualmente, art. 200.2 LGSS/2015.

65. Sintetizando la argumentación contenida en la referida Sentencia, GONZÁLEZ ORTEGA, S. dice que para el Tribunal Constitucional, la Gran invalidez es la protección particular de un incapaz permanente cuya dependencia personal se considera tan ligada al trabajo (aunque luego no siempre sea así en cuanto al reconocimiento de la Gran invalidez, ya que no se exige de forma rigurosa que la dependencia personal se derive de las lesiones o patologías que ocasionaron la incapacidad permanente para el trabajo) que deja de ser relevante si se manifiesta después de la edad de jubilación, momento a partir del cual no podrá ya obtenerse, aunque exista realmente esa situación de dependencia personal. La función de la Gran Invalidez sería la de proteger de forma especial a quienes, estando aún en edad de trabajar, no puedan hacerlo debido a limitaciones de la capacidad, «mejorando la tutela por razón de circunstancias de dependencia personal solo a quienes están en condiciones, solo por edad, porque en el resto de las perspectivas esa posibilidad es más bien ficticia, de retornar al trabajo». En opinión del autor, parece como si para el legislador solo quien está en edad activa puede encontrarse en situación de dependencia, mientras que esta no afecta a quienes se jubilan, es indiferente si por vía contributiva o no contributiva; o que, al menos, es una circunstancia irrelevante, subsumida su protec-

Este hecho permitía también diferenciar entre la Gran invalidez causada antes del cumplimiento de la edad de jubilación, para la que se mantenía intacta después de dicha fecha la protección que otorgaba, por más que todas las pensiones de incapacidad permanente pasaran a partir de ese momento a denominarse pensión de jubilación (art. 143.4 LGSS), y la que se manifestara con posterioridad a dicha fecha, que no obtendría amparo⁶⁶.

En palabras del Tribunal Constitucional: «Ciertamente, la argumentación del Auto de planteamiento de la cuestión destaca que la peculiar naturaleza de la Gran invalidez —necesidad de la asistencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida— la aparta del régimen general de la incapacidad permanente, por lo que su reconocimiento, viable antes de los 65 años, debería igualmente ser hacedero después de esa edad, tesis ésta que, como advierte el Abogado del Estado, daría lugar prácticamente a una universalización de la prestación, dado que la avanzada edad, en la mayoría de los casos, puede desembocar en la situación descrita».

Pero el TC recuerda, siguiendo su jurisprudencia sobre los principios Rectores de la Política Social y Económica, que habrá que atender a las posibilidades económicas del Estado para valorar la posibilidad de protección de todas las situaciones de Gran Invalidez que pueden producirse después de la jubilación y que pondrían a prueba el sistema asistencial de cualquier Estado. Y aunque sería un «ideal claramente deseable», el Tribunal Constitucional entiende que «no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6), lo que no ocurre en el caso que se examina, pues (...) el criterio diferenciador del art. 143.2 LGSS parte de la existencia de regímenes jurídicos distintos para los trabajadores en situación de actividad y para los que ya han alcanzado la edad de jubilación», considerando de esta forma perfectamente admisible la diferencia de trato.

Puede resultar más o menos criticable, por injustificado, que la protección o su ausencia vayan a acabar dependiendo de si la necesidad de ayuda de otro se hace patente antes o después del cumplimiento de la edad de jubilación, máxime si se tiene en cuenta que se permite conservar el complemento de Gran invalidez cuando esta se hubiera declarado antes de dicha fecha, pero tal extremo no deja de ser «una opción político-normativa» que se adoptó en un momento concreto, en el que la dependencia personal se percibía como un fenómeno aislado o marginal, consecuencia de la agravación de una incapacidad profesio-

ción, aunque solo teóricamente, por la pensión de jubilación (GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G (COORD.): *Protección social de las personas dependientes*, op. cit., pp. 23 y 25).

66. Actualmente, art. 200.4 LGSS/2015, que establece que: «Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y siete años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo».

nal y que, como tal debía manifestarse dentro de un tiempo en el que, aunque solo fuera por razón de la edad, la posibilidad de volver a trabajar quedara abierta, es decir, hasta los 65 años»⁶⁷.

6. Primeras conclusiones

De lo hasta ahora expuesto surgen dos importantes cuestiones que interesa referir. En primer lugar, es evidente el hecho de que la disminución o anulación de la capacidad de trabajo no tiene por qué llevar aparejada una situación de dependencia personal, pero puede ocurrir como en el caso de la Gran Invalidez⁶⁸. En segundo lugar, el legislador a partir de la LISMI, en las sucesivas reformas que en esta materia afectaron a los TRLGSS de 1974 y 1994, podría haberse decantado por atribuir a la situación de Gran invalidez la naturaleza de complemento prestacional, a adicionar no solo a la pensión de Incapacidad Permanente Absoluta, sino también a la prestación económica por Incapacidad Permanente Total⁶⁹, pero no fue esa la opción, sino que prefirió conservarse su carácter de nivel o grado autónomo de la Incapacidad Permanente⁷⁰.

67. Para GONZÁLEZ ORTEGA, S. «esta delimitación subjetiva no tiene por qué significar un recorte de su ámbito material que podría, y debería, extenderse a todas aquellas personas que, habiendo obtenido la prestación de incapacidad permanente, sufren, es independiente de si antes o después de la edad de jubilación, la contingencia, conceptualmente independiente de la primera, de la dependencia personal» (Protección social de las personas dependientes, op. cit., p. 24). Incluso se abogaba por extender la protección por necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida no solo a todos los inválidos, sino también a los jubilados: «La protección de la IP debería centrarse en la incapacidad laboral, concediéndose el incremento prestacional previsto para los supuestos de falta de autonomía no sólo a los inválidos, sino también a los jubilados, al menos en cuanto a la alternativa de acogimiento en centros especiales o de asistencia domiciliaria» (ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.(1999) «Los principios de organización de las pensiones públicas», en VV.AA. *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*, Madrid (IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Parte I), p. 207). Recuérdese que, en ese momento, la opción entre complemento e internamiento era todavía posible y que todavía no se había promulgado la Ley de Dependencia.

Sobre la posibilidad de proteger la situación de Gran invalidez que surja a partir de los 65 años, la STC 197/2003 se limita a afirmar que sería un «ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en los arts. 41 y 50».

68. TORRENTE GARI indica que «A pesar de que formalmente aparece como un grado más de incapacidad, materialmente protege una situación de dependencia entendida como falta de autonomía, aunque su configuración permanezca atada a la profesionalidad de la que arranca, por la cuantía de la pensión, los requisitos, etc.» (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, Albacete (Ed. Bomarzo), p.67).

69. MORGADO PANADERO señala que la Gran Invalidez no es propiamente un grado de Incapacidad Permanente, sino una prestación adicional (MORGADO PANADERO, P. (2007): «Presente y futuro de las situaciones de dependencia en la Seguridad Social», en VV.AA. *Cuestiones sobre la dependencia* (Coordinadores Ascensión García Trascasas y Justo Reguero Celada), Granada (Ed. Comares), p. 178).

70. Según GONZÁLEZ ORTEGA, S. en *Protección social de las personas dependientes*, op. cit., p. 21, citando a MERCADER UGUINA y MUÑOZ RUIZ, sobre el análisis de la STS 22 de julio de 1996 (Ar. 6383), se trata de una prestación concebida, prácticamente y a efectos de cálculo de su cuantía, como comple-

De alguna forma, separando claramente las dos prestaciones que conforman la protección económica por Gran Invalidez: la básica que correspondería por la disminución o anulación de la capacidad de trabajo, y que sería de cuantía equivalente a la de la pensión de Incapacidad Permanente Total o de la Incapacidad permanente absoluta, y la complementaria, que va dirigida a remunerar a la persona que cuida del gran inválido, hubiera sido sencillo suprimir la Gran Invalidez de la clasificación de los grados de Incapacidad permanente. Bastaría con que la norma, en el artículo relativo a las prestaciones económicas, hubiera establecido que en caso de que el Incapacitado Permanente total o el Incapacitado Permanente Absoluto requiriesen de la asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tendrían derecho a incrementar su pensión con un complemento destinado a remunerar a la persona que les atiende. Con ello la prestación de Gran invalidez habría vuelto a su origen, aunque con matizaciones, ya que entonces se trataba de una indemnización.

Pero, aunque la referencia a los «apartados anteriores» en lugar de al «apartado anterior» en el art. 196.4 de la LGSS/2015 (y antes de este en el art. 139.4 LGSS/1994), pudiera interpretarse como un refuerzo de la concepción de la Gran Invalidez como complemento prestacional de las pensiones de Incapacidad permanente total e Incapacidad permanente absoluta, que operarían como rentas sustitutivas del salario dejado de percibir⁷¹, lo cierto es que la caracterización que la norma quiere dar a la Gran Invalidez no es la de complemento de prestaciones básicas de Incapacidad Permanente, sino la de grado de esta, no solo porque se contemple como tal en el art. 194.1 LGSS/2015, sino porque además el apartado 4º del art. 196 del mismo texto legal⁷² comienza diciendo que: «Si el trabajador fuese calificado como gran inválido...», en vez de emplear una fórmula similar a la siguiente: «Si el declarado afecto de Incapacidad permanente total o de incapacidad permanente absoluta...».

Cuestión distinta es que el complemento por Gran invalidez funcione en ciertos aspectos de forma independiente con respecto a la prestación económica principal, y ello pese a que su reconocimiento siempre debe producirse con-

mento de otra prestación básica de incapacidad, pero legalmente y jurisprudencialmente como una prestación autónoma e independiente, correspondiente a un nivel o grado de incapacidad también autónomo (MERCADER UGUINA, J y MUÑOZ RUIZ, A. (2004): «La protección social de la dependencia», en AA.VV. *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada (Ed. Comares), pp. 842-845).

Una amplia visión de la jurisprudencia existente sobre la consideración de la Gran Invalidez como grado autónomo en GARCÍA VIÑA, J. (2001): «La evolución jurisprudencial de la gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (1990-2000)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 206, págs. 630 y ss.).

71. PIÑEYROA DE LA FUENTE A. (2008): La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad en el sistema español de Seguridad Social, op.cit., p. 60).

72. El primer inciso del art. 196.4 de la LGSS/2015 establece lo siguiente: «Si el trabajador fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según los establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende».

juntamente con el de aquélla. Su naturaleza «asistencial»⁷³ posibilita que el complemento goce de un tratamiento individualizado con respecto a la pensión de Incapacidad permanente absoluta o de Incapacidad permanente parcial en cuanto a determinados aspectos, tales como el hecho de que pueda seguir percibiéndose pese a la suspensión de la prestación básica por realización de trabajos incompatibles con el estado del gran inválido o de que no se vea afectado por los topes establecidos para las pensiones públicas en las Leyes de Presupuestos generales del Estado⁷⁴.

A la vista de lo anterior, no cabe duda de que legalmente la Gran invalidez es en la actualidad un grado autónomo de la Incapacidad permanente y no como fue antes de la Ley 13/1982 una mera calificación adicional de la Incapacidad permanente absoluta. Tampoco es, tal como fue considerada en un primer momento por la base 7ª de la Ley de 4 de julio de 1392, simplemente una prestación complementaria, es decir, un mero suplemento que incrementa el importe de la pensión de Incapacidad permanente correspondiente⁷⁵.

Como subraya la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014⁷⁶, es un grado autónomo dentro del reconocimiento de una Incapacidad permanente porque «participa de esa cualidad de incapacidad permanente», que se refiere indudablemente a la incapacidad para trabajar. Esa autonomía «ha de entenderse con relación a los otros grados en el sentido de que puede participar de alguno de ellos añadiendo la necesidad de asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida».

Y eso porque como se ha dicho, tras la modificación introducida por la Disposición Final 5ª de la LISMI, lo que no se exige es que el grado que sirva como soporte de la Gran invalidez reconocida deba ser necesariamente el de Incapacidad permanente absoluta, aunque ciertamente este siguió y sigue siendo el

73. Esta naturaleza asistencial ha sido resaltada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 15 de diciembre de 1993 (Rec. 997/1993) y de 7 de mayo de 2004 (Rec. 2074/2003). Prueba de este carácter asistencial es que el art. 139.4, segundo párrafo, de la LGSS/1994 permitió la sustitución del incremento de la pensión «por el alojamiento y cuidado (del gran inválido) a cargo de la Seguridad, y en régimen de internado, en una institución asistencial adecuada».

74. Sobre el carácter asistencial del complemento y su funcionamiento como prestación autónoma, véase GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (2007, julio): «Protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social. Carencias funcionales y problemas de interacción con las nuevas prestaciones del sistema de autonomía y atención a la dependencia», *Actualidad Laboral*, nº 14, pp. 1688-1689.

75. No obstante, en alguna ocasión, el Alto Tribunal parece poner en duda la naturaleza de grado autónomo de la Gran invalidez. Así la STS de 16 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8492) entienden que «no es un grado más de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común, profesional o accidente, sino un estado o situación del incapaz que cualifica la prestación para paliar el coste de la necesidad de atención, por pérdida de la más básica autonomía de vida personal, mediante una ayuda complementaria». Véase DE VAL TENA, A.L. (2017): «Incapacidad permanente y trabajo: situaciones activas compatibles con una incapacidad laboral reconocida» en *Incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*. VV.AA. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia (Ediciones Laborum, 1ª edición), p. 711.

76. STS 441/2014. Id. Cendoj: 28079140012014100018. Ponente: LUELMO MILLAN, M.A.

supuesto habitual, porque el grado subyacente también podría ser el de Incapacidad permanente total y, más dudosamente, el de Incapacidad permanente parcial, ya que en este último caso la prestación correspondiente es una indemnización a tanto alzado y la proporcionada como prestación principal en caso de Gran invalidez debe ser una pensión.

En síntesis, legal y jurisprudencialmente, hoy en día la Gran invalidez es un grado autónomo de la Incapacidad permanente al que se puede acceder bien inicialmente, bien por revisión debida a error de diagnóstico o a la agravación del estado de quien ya tiene reconocido un grado de Incapacidad permanente. Se requieren para ello dos condiciones: una, que exista una situación objetiva de Incapacidad permanente, que no tiene que imposibilitar necesariamente la realización de toda profesión u oficio, aunque obviamente tal impedimento puede existir, y otra que el incapacitado requiera de la asistencia de otra persona para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida.

II. EL CONCEPTO DE GRAN INVALIDEZ EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El concepto de Gran invalidez es el previsto en el art. 194.6 de la LGSS/2015 en la redacción «provisional» dada por la Disposición transitoria vigésima sexta. uno del mismo texto legal:

«Se entenderá por Gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

El factor decisivo de la existencia del grado de Gran invalidez es sin duda la necesidad del beneficiario de recibir ayuda de otra persona para poder realizar los actos más esenciales de la vida. Por tanto, será fundamental para poder delimitar el concepto de Gran Invalidez, y con ello los supuestos que en la práctica puedan llegar a tener cabida dentro de este grado, acotar con claridad qué debe entenderse por «actos esenciales», ya que su enumeración en la norma es meramente enunciativa y, tal como se indica, es posible recurrir a la analogía, y por «necesidad» de asistencia de otra persona para realizarlos.

Ahora bien, siendo esta situación de dependencia personal del beneficiario el elemento relevante del concepto de Gran invalidez⁷⁷, tampoco puede obviarse el hecho de que al tratarse de un grado de Incapacidad permanente y ser esta una de las contingencias protegidas por el nivel contributivo del sistema

77. En la precisión del grado de Gran Invalidez destaca la necesidad o no de concurso de una tercera persona que ayude al incapacitado como elemento diferenciador del resto de grados de incapacidad (ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p.25).

de la Seguridad Social⁷⁸, el régimen jurídico previsto con carácter general para todos los grados, principalmente en lo que a los requisitos exigidos para poder reconocerlos y tener derecho consiguientemente a las oportunas prestaciones económicas, pase a resultar también aplicable al cuarto grado de la Incapacidad Permanente.

Y esto es así, porque la persona que va a beneficiarse de la posibilidad de obtener el complemento por Gran invalidez para remunerar a la persona que le atiende es un «trabajador afecto de Incapacidad permanente», con lo que a la connotación de dependencia personal se suma la exigencia de una incapacidad profesional o laboral inherente a la modalidad contributiva de protección de la incapacidad permanente.

1. Cuestiones previas

1.1. Las contingencias cubiertas por las prestaciones que otorga el grado de Gran invalidez

Dos son las condiciones legales que se exigen para que el potencial beneficiario de la protección que otorga la Gran Invalidez pueda tener derecho a ella. La primera es que exista una situación objetiva de incapacidad permanente, aunque esta no necesariamente debe impedir la realización de toda profesión u oficio, y la segunda, que debido a la pérdida de la más básica autonomía para la vida personal, se requiera que una tercera persona ayude en la realización de alguno/s de los actos más esenciales para la vida ⁷⁹.

Llegados a este punto, cabría preguntarse qué contingencia/s se dirige/n a cubrir las prestaciones que otorga este grado de Incapacidad Permanente. Las preguntas que habría que hacer serían las siguientes: ¿se cubre únicamente, como en el resto de los grados, la Incapacidad permanente para el trabajo?; ¿se

78. Mientras en la valoración de la Incapacidad Permanente contributiva se va a atender a la forma en que las reducciones anatómicas o funcionales repercuten en la capacidad de trabajo disminuyéndola o anulándola, en la invalidez no contributiva se va a valorar «un grado de discapacidad» o de enfermedad crónica, teniendo en cuenta para su determinación tanto los factores físicos o sensoriales o el estado patológico como los factores sociales complementarios mediante la aplicación de los baremos establecidos. Más sobre este particular en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C y QUESADA SEGURA, R. (2017): *Manual de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Tecnos, 13ª edición), p. 327.

79. DE VAL TENA, A.L. (2017): «Incapacidad permanente. Concepto, grado y requisitos». En VV.AA. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), op. cit., p. 785.

Como indica SEMPERE NAVARRO, en la Gran invalidez «lo más significativo de la protección es su vinculación con el previo trabajo: las situaciones de incapacidad son relevantes porque inhabilitan al sujeto para trabajar, un aspecto que en la nueva protección de la dependencia no cumple función alguna» (SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley», VV.AA. *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y coord. CHARRO BAENA, P), op. cit., p. 91).

¿cubre solo una situación de dependencia personal del beneficiario? o ¿se cubren ambas contingencias?

Parece claro que la respuesta a estos interrogantes es que el grado de Gran Invalidez, a diferencia del resto de los grados, protege frente a dos contingencias conceptualmente distintas: la Incapacidad Permanente para el trabajo y la dependencia personal.

Como ya se ha indicado, por lo que respecta a la segunda de las contingencias protegidas, la de dependencia personal, no se va a dar una protección completa frente a la misma, pues la vinculación de la Gran Invalidez al trabajo convierte la cobertura en relativa. Pero aun así se protegerá al trabajador frente a una dependencia personal, ligada a una situación de incapacidad laboral de carácter permanente, que se haya hecho patente antes de cumplir la edad de jubilación. Aunque, si se obtuvo la protección antes de dicha fecha, por más que la pensión cambie de nombre, podrá conservarse el derecho al complemento para remunerar a la persona que asista al gran inválido.

Legalmente parece darse por hecho, que después de cumplir la edad de jubilación sin haber obtenido la declaración de Gran invalidez, la protección de la situación de dependencia personal que pudiera surgir debería cubrirse por la pensión de jubilación, en cualquiera de sus modalidades, contributiva o no contributiva⁸⁰.

Por tanto, aunque el dato relevante del grado de Gran invalidez es «la falta de autonomía del interesado»⁸¹, no por ello deja de ser un grado de Incapacidad Permanente, y como tal, su régimen jurídico, y dentro de este, por supuesto, el del complemento de la pensión al que da lugar, va a «contaminarse» de previsiones pensadas para incapacidades laborales, y prestaciones que solo atienden a criterios profesionales y no a un doble criterio, profesional y no profesional, como ocurre en el caso del cuarto grado de la Incapacidad Permanente⁸².

80. GONZÁLEZ DE PATTO deduce que basándose en el perfil profesional de las prestaciones de Incapacidad permanente, que legalmente se conciben como indisolublemente anudadas al periodo de vida laboral activa de los potenciales beneficiarios, seguramente «el legislador ha considerado que rebasada la edad que legalmente marca el inicio de la vida inactiva carece de relevancia, a efectos protectores, la merma o pérdida de la capacidad laboral del afectado, por cuanto una vez cumplida dicha edad puede terminarse o, al menos, presumirse como terminada, la vida laboral o profesional» (GONZÁLEZ DE PATTO, R.M. (2007, julio): «Protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social. Carencias funcionales y problemas de interacción con las nuevas prestaciones del sistema de autonomía y atención a la dependencia», op.cit., p. 1689).

81. TORRENTE GARI, S. (2007): El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente, op. cit., p.68.

82. Al estar integrada en el nivel contributivo, y con independencia de que se le quiera dar el carácter de grado o de complemento, el régimen jurídico de la Gran invalidez está fuertemente determinado por el de las prestaciones de Incapacidad Permanente. Ejemplos de ello son que sólo pueden acceder a la Gran invalidez quienes, por haber sido trabajadores activos, han podido tener derecho a la prestación básica de incapacidad laboral; que el complemento no guarde relación con las situaciones generadas por la dependencia, ni que se controle en modo alguno que este se destine efectivamente a la finalidad marcada por la ley, quizá por considerar que, existente la dependencia vital, necesariamente se ha de destinar alguna cantidad a recompensar a quien se ocupe de la persona en si-

Y ello porque la Gran Invalidez, por lo que respecta a la protección de la dependencia personal, atiende a criterios extraprofesionales⁸³, pero, al exigirse al beneficiario «estar afecto de incapacidad permanente» también atiende, como el resto de los grados, a criterios profesionales.

Prueba de ello es que cuando se accede directamente a la Gran Invalidez en una calificación inicial, deberá valorarse no solo la pérdida de autonomía del sujeto, y la necesidad de asistencia de una tercera persona por tal motivo, sino también la repercusión de las lesiones en su capacidad de trabajo para constatar que efectivamente el trabajador está «afecto de incapacidad permanente».

Así, cuando se trate de una calificación directa del grado, la mención de que la Gran invalidez es «la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente» alude a la necesidad de verificar que se reúnen todos los requisitos exigidos para que la incapacidad permanente para el trabajo pueda ser reconocida como tal, lo que exige comprobar que se cumplen las exigencias que se piden para que esta contingencia resulte protegida, exactamente igual que para cualquiera de los otros tres grados, entre otras, haber seguido el tratamiento médico prescrito, que las lesiones sean previsiblemente definitivas, etc.

Por el contrario, para poder reconocer la Gran invalidez como consecuencia de la agravación de un grado de Incapacidad permanente ya reconocido, no será preciso verificar el cumplimiento de todos los requisitos apuntados, porque eso ya tuvo que hacerse cuando se calificó el grado de Incapacidad permanente existente, sino que la valoración atenderá solo a la pérdida de la autonomía y a la necesidad de asistencia de tercera persona para realizar los más esenciales de la vida⁸⁴.

Hechas las anteriores consideraciones, se puede concluir que dos son los elementos del concepto legal de Gran Invalidez:

tuación de dependencia, y por último, que, salvo que la Incapacidad Permanente derive de contingencias profesionales no sea posible obtener el complemento a partir del cumplimiento del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. (GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G (COORD.): *Protección social de las personas dependientes*, op. cit., p. 22).

83. En numerosas Sentencias anteriores a la reforma llevada a cabo por la Ley 13/1982, el Tribunal Supremo entendió que la Gran invalidez no se determinaba con base en criterios profesionales, sino en consideración extraprofesional a las necesidades del ordinario vivir. Muestra de ello son las SSTs 20 de marzo de 1967; 14 de marzo de 1972; 25 y 31 de octubre de 1974; 8 de marzo de 1976; 8 de mayo de 1978; 29 de marzo y 18 de octubre de 1980; 24 de noviembre de 1981). Resulta evidente que al tiempo de dichas resoluciones no había otra opción, ya que en ese momento la Gran invalidez implicaba necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo.

84. Así parece entenderlo la STSJ del País Vasco, de 5 de junio de 2001, Ar. 304522, extractada por TORRENTE GARI, S. (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., p.68). Y es que en caso de existir una Incapacidad permanente Absoluta previa (aunque cabría entender lo mismo para el caso de que se tratara de una Incapacidad permanente total) «la Gran invalidez se calificará en función de la pérdida de autonomía, porque es evidente que la incapacidad ya es permanente». «Pero si resulta solo probable que en un futuro como resultado del tratamiento permita que se valga por sí mismo, hay que reconocer la pensión y, cuando proceda, revisar el grado».

- Estar afecto de Incapacidad permanente.
- Sufrir pérdidas anatómicas o funcionales que determinen la necesidad de recibir ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Ambos serán objeto de atención más adelante.

1.2. La posibilidad de obtener prestaciones en caso de Incapacidad permanente no sobrevenida pero no de acceder a la Gran invalidez si ya existía la situación determinante de este grado antes de la afiliación

Conforme establece el art. 193. 2 LGSS/2015: «Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación».

Este segundo párrafo fue añadido por la Disposición Adicional 2^a de la Ley 35/2002, de 12 de julio al apartado 1 del art. 136.1 de la LGSS/1994⁸⁵. Hasta entonces, existía una diferencia notable entre las modalidades contributiva y no contributiva, ya que en la primera la Incapacidad permanente debía ser sobrevenida, es decir, solo podía surgir con posterioridad a la afiliación, por lo que

85. El párrafo 2º se añadió al apartado 1 del art. 136 de la LGSS/1994 por la Disp. Adicional 2ª de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de una jubilación gradual y flexible (BOE 13 de julio) con la siguiente redacción: «Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.». Los anteriores párrafos segundo y tercero pasaron a ser los párrafos tercero y cuarto.

BRUNA REVERTER resalta el hecho de que la redacción dada por la disposición adicional 2ª de la Ley 35/2002 al párrafo 2º del art. 136.1 de la LGSS/1994 fue resultado de acoger una consolidada línea jurisprudencial, de forma que el legislador asumió la jurisprudencia que ya existía sobre esta materia (BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, Granada (Editorial Comares, p. 80). Sobre la misma cuestión, véase VALLE MUÑOZ (VALLE MUÑOZ, F. (2014): «La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación en la Seguridad Social», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 374 (Centro de Estudios Financieros), p. 90). La doctrina jurisprudencial existente sobre esta cuestión, que motivó el referido cambio legislativo, puede encontrarse, entre otras, en las Sentencias de 19 de junio de 1974 (RJ 1974/3130); de 15 de octubre de 1979 (RJ 1979/3557) de 10 de junio de 1986 (RJ 1986/3522); de 23 de febrero de 1987 (RJ 1987/1100), de 26 de febrero de 1987 (RJ 1987/1129); de 10 y 11 de noviembre de 1988 (RJ 1988/8573 y 8576); de 31 de enero y 10 de abril de 1989 (RJ 1989/334 y 2955); de 9 de marzo de 1990 (RJ 1990/2042) y de 27 de julio de 1992 (RJ 1992/5664).

era preciso haber desempeñado una actividad laboral o profesional⁸⁶, y la consecuencia de ello, era que las lesiones congénitas que existieran antes de la afiliación no podrían dar derecho a las prestaciones económicas de Incapacidad permanente. Por el contrario, en la modalidad no contributiva la determinación del nivel de incapacidad no guardaba relación alguna con el hecho de estar afiliado o no al sistema de la Seguridad Social.

La previsión normativa del art. 193.1, párrafo 2º LGSS/2015 posibilita calificar la Incapacidad permanente de aquellas personas que ya presentaran reducciones anatómicas o funcionales con anterioridad a sus afiliación al sistema de la Seguridad Social, aunque, eso sí, solo en el caso de que con posterioridad a dicha afiliación, se produzca una disminución o anulación de su capacidad laboral y no cuando esta no experimente cambio alguno⁸⁷.

La agravación que provoca un cambio, a peor, en la capacidad laboral de la persona con discapacidad previa a la afiliación puede ser sin más consecuencia de la agravación de las dolencias padecidas en ese momento, algunas de las cuales pueden haber estado latentes, o venir motivada por la concurrencia de nuevas lesiones o patologías posteriores a esta, que sumadas a las anteriores determinen la incapacidad permanente para el trabajo⁸⁸. Lo relevante a efectos de la calificación de la Incapacidad permanente es que, como consecuencia de

86. GARCÍA NINET, J.I. (1991): «La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos», *Tribuna Social*, nº 10, p. 31 y ss.

87. Sobre «riesgo preconstituido», es decir, en referencia a las lesiones, enfermedades o defectos físicos que se padecieran con anterioridad al inicio de la relación jurídica de la Seguridad Social, constituye doctrina legal consolidada que no son evaluables a efectos de Incapacidad permanente aquellos que permanezcan inalterables (ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2008): «La incapacidad permanente: Su evolución en el Proceso de Reforma de la Seguridad Social». VV.AA. *La Seguridad Social a la luz de sus formas presentes, pasadas y futuras* (Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación), op. cit., p. 846).

Sobre esta cuestión, VALLE MUÑOZ concreta que si bien la regla general es que las patologías anteriores a la afiliación a la Seguridad Social no son asegurables a efectos de calificar una incapacidad permanente, admite una importante excepción, especialmente en lo concerniente a la enfermedad común: que el trabajador durante la prestación de servicios, es decir, con posterioridad a su acceso al mercado laboral, sufra una agravación de sus dolencias preexistentes que haya alterado, se entiende que a peor, por supuesto, la capacidad laboral que tenía en el momento de su afiliación a la Seguridad Social. De ser asegurables las patologías incapacitantes que el trabajador pudiera padecer antes de su afiliación a la Seguridad Social, admitiéndose el derecho a la prestación en tales casos, «se abrirían las puertas al fraude, al aceptarse implícitamente la posible compra de pensiones». Pero como no existen controles médicos en el momento de la afiliación, si se acepta el encuadramiento del trabajador con lesiones incapacitantes ya en ese momento, corresponderá a la entidad gestora «demostrar no solo que el trabajador ya padecía dichas dolencias con anterioridad, sino que las mismas le inhabilitan antes de la afiliación» (VALLE MUÑOZ, F. (2014): «La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación en la Seguridad Social», op. cit., pp. 103 y 109-110).

88. ALBERT EMBUENA, V. L. subraya la importancia que tendrá la prueba objetiva en estos casos, y al respecto indica que deberá tenerse en cuenta la prueba pericial médica, valorativa el daño corporal, y los documentos obrantes en el expediente de la Seguridad Social, para determinar en qué momento surge la lesión o enfermedad susceptible de causar incapacidad para el trabajo, por sí misma, o por concurrencia con otra lesión o enfermedad concurrente, en ambos casos, con posterioridad al momento de la afiliación.

la valoración conjunta de todas ellas, exista una capacidad de trabajo inferior a la que se tenía en el momento de la afiliación⁸⁹.

Por lo tanto, la discapacidad originaria, previa a la afiliación, no debería tenerse en cuenta a efectos de calificar la incapacidad permanente, salvo que con posterioridad a ella se hubiera producido una agravación trascendente que minorara la capacidad de trabajo. A estos efectos, la situación a valorar es la que presente el trabajador en el momento en que se inicia el expediente de Incapacidad permanente. Esto significa que las «reducciones anatómicas o funcionales» que se han de computar son todas las existentes en el momento último y actual en que se lleva a cabo el trámite del expediente de incapacidad⁹⁰.

Por otra parte, del artículo art. 193.1, párrafo 2º LGSS/2015, igual que del párrafo 2º del art. 136.1 del anterior TRLGSS/1994, se desprende con total claridad que «La necesidad de agravación (...) se predica (...) exclusivamente de la «afiliación» (...)» porque no se menciona «para nada el «alta» en los diversos Régimenes (reconocimiento administrativo de estar incluido en el campo de aplicación del Régimen de que se trate), acto respecto del que tanto las razones antedichas en nuestra doctrina referencial (a ella nos remitimos), cuando la general configuración pública de la Seguridad Social y la específica referencia a la protección de los estados de necesidad como misión de los poderes públicos que hace el art. 41 CE (...) parecen apuntar al debilitamiento del tradicional esquema del seguro privado en la cobertura —pública— de las prestaciones, tal como para ciertos aspectos ha declarado la jurisprudencia constitucional (así las SSTC 103/1983, de 22/Noviembre, EDJ 103; 121/1983, de 15/Diciembre, EDJ 121; y 65/1987, de 21/Mayo, EDJ 65), en planteamiento que parece razonablemente extensible a esta muy concreta faceta del riesgo asegurable y de sus circunstancias»⁹¹.

Tal como lo ve el autor, las lesiones o enfermedades que estaban latentes antes de la afiliación, pero que no resultan incapacitantes hasta transcurridos años, o que generan incapacidades por concurso de nuevas dolencias que sumadas a aquellas provocan la incapacidad para trabajar, «obligan al individuo a probar que el paso de los años o esa circunstancia nueva han impactado en su enfermedad o lesión, de forma tal que la misma, si bien en el momento de la afiliación no le afectaba hasta el extremo de incapacitarle para trabajar, en ese momento sí le afecta para trabajar en grado suficiente para generar una incapacidad» (ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op. cit., pp. 44 y 45).

89. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1992, Ar. 5664) en relación con la interpretación del art. 136.1 LGSS/1994 ya indicaba que en la valoración de la incapacidad permanente cuando había dolencias previas a la afiliación, debía estarse a su posible agravación. En el mismo sentido, STS de 26 de septiembre de 2007, EDJ 184476, posterior a la introducción del 2º párrafo en el art. 136.1 LGSS/1994 por la Disp. Adicional 2ª de la Ley 35/2002, de 12 de julio.

La STS de 31 de enero de 1989, EDJ 846, argumenta que cuando se trata de dolencias de carácter evolutivo, «para determinar si la situación protegida ha tenido o no lugar antes de la afiliación o, en su caso, el alta, ha de estarse al momento en que aparece el efecto invalidante (...), y no aquel otro en que se inicia la enfermedad».

90. STS 6-11-2008 (EDJ 234693). En el mismo sentido, SSTS 28 de noviembre de 2006 (EDJ 345851); de 26 de septiembre de 2007 (EDJ 184476) y de 21 de febrero de 2008 (EDJ111741).

91. STS 6-11-2008 (EDJ 234693). También en este sentido, (TS 4ª 26-9-2007, EDJ 184476; 21-2-2008, EDJ 111741, ambas citadas). Todas ellas sobre art. 136.1 LGSS/1994.

Resulta así claro que es en la fecha en que tuvo lugar la afiliación en el sistema de la Seguridad Social, y no en la de la última alta en el Régimen correspondiente, en la que debemos fijarnos para valorar si con posterioridad a ella se ha producido o no un agravamiento de tal entidad que haya ocasionado una disminución de la capacidad de trabajo.

De ahí que para poder declarar la Incapacidad permanente de una persona con discapacidad se deba comparar la capacidad de trabajo que tiene en el momento en que se inicia el expediente de Incapacidad permanente con la que tenía en la fecha en que se produjo su afiliación en el sistema de la Seguridad Social con ocasión de su primer trabajo, por cuenta propia o ajena, y no con la que poseía en la fecha en que se practicó el alta en el Régimen correspondiente por razón de su último trabajo por cuenta propia o ajena del trabajador.

En resumen, por lo que a los tres primeros grados de la Incapacidad permanente respecta, se exigen tres requisitos para que resulte de aplicación lo previsto en el art. 193.1, párrafo 2º LGSS/2015⁹²:

- 1) Que existieran lesiones con anterioridad a la afiliación del trabajador a la Seguridad Social, que determinaran una efectiva discapacidad del interesado.
- 2) Que la afiliación a la Seguridad Social haya ido seguida de una real y efectiva prestación de servicios en cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social.
- 3) Que las dolencias originarias se hayan visto agravadas, bien como consecuencia de su evolución degenerativa, bien por concurrencia con nuevas lesiones, de forma que se haya producido efectivamente una disminución o anulación total de la capacidad laboral del interesado con respecto a la que tenía en el momento de la afiliación a la Seguridad Social, y no en la fecha de la última alta en el Régimen profesional correspondiente.

La STS de 19 de julio de 2016⁹³ analizó un supuesto en el que la cuestión a resolver consistía en determinar si era posible declarar en situación de Gran invalidez a un agente vendedor de cupón de la ONCE que, con anterioridad a su afiliación en el Sistema de Seguridad Social presentaba ya patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona. Estas dolencias se habían visto agravadas, con posterioridad a la afiliación, por un traumatismo que le impedía realizar el trabajo que venía desempeñando.

El supuesto concreto era el siguiente: cuando el trabajador se afilió al sistema de la Seguridad Social padecía, desde el año 1985, una tetraplejia postraumática, por lo que ya entonces necesitaba la ayuda de tercera persona para

92. Sobre estos presupuestos básicos, VALLE MUÑOZ, F. (2014): «La incapacidad permanente por patologías previas a la afiliación en la Seguridad Social», op. cit., p. 110.

93. RJ 2016, 4421 (Rcud. 3907/2014).

realizar los actos esenciales de la vida, como vestirse, asearse, desplazarse, etc. Posteriormente, una vez afiliado a la Seguridad Social e iniciada su actividad laboral como vendedor de cupón de la ONCE, la situación patológica derivada del accidente causante de la tetraplejía experimentó complicaciones esfinterianas, tróficas, neurovegetativas generales y musculoesqueléticas. En el año 2012, el trabajador sufrió un traumatismo que le ocasionó rotura tendinosa del dedo pulgar de la mano izquierda, lo que acarreó la pérdida de pinza y de la funcionalidad de esa mano, cuando la otra ya era una mano afuncional por completo. Todo ello supuso que el trabajador quedara privado de la escasa funcionalidad que conservaba en el momento de su afiliación a la Seguridad Social, impidiéndole en lo sucesivo la realización de su actividad laboral.

El INSS le reconoció en situación de Incapacidad permanente absoluta. Frente a esta resolución, el trabajador formuló reclamación previa y demanda ante el juzgado de lo social que fue estimada, reconociéndosele la situación de Gran invalidez.

El INSS recurrió dicha Sentencia en suplicación y la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, en su sentencia de 24 de octubre de 2014 (Rec. 2034/2014), revocó la sentencia de instancia y dejó subsistente la declaración de Incapacidad permanente absoluta, al entender que no procedía la declaración de Gran invalidez porque la situación determinante de tal grado era previa a la afiliación del actor a la Seguridad Social y que las nuevas lesiones lo que habían venido a causar era una inhabilidad para llevar a cabo todo tipo de trabajo⁹⁴.

La Sentencia citada fue recurrida en casación para unificación de doctrina por la representación del trabajador, aportándose como sentencia de contraste la dictada en suplicación por el TSJ de la Comunidad Valenciana de 2006 (Rec. 3807/2005), que estimando la demanda del trabajador, había revocado la sentencia de instancia y declarado al actor en situación de Gran invalidez.

En este caso se trataba de un trabajador al que a finales del año 2003 le había sido reconocida por el INSS una Incapacidad permanente absoluta. En ese momento presentaba ya ceguera en ambos ojos, así como un trastorno límite de la personalidad con estado depresivo y crisis de agresividad, del cual se estaba tratando desde 1997. Precisaba además del uso de un marcapasos por bloqueo —ventrículo completo y sufría de incontinencia urinaria de esfuerzo.

El actor solo había prestado sus servicios laborales por cuenta de la empresa ONCE, y lo había hecho en razón de su grave alteración visual, a partir del año 1974. En el año 2001 sufrió desprendimiento de retina del ojo izquierdo —el ojo derecho era un ojo ciego—. Pese a ser intervenido dos veces, su agudeza visual cayó a movimiento de manos. Desde que sufrió el desprendimiento de retina, su cuadro psicológico se agravó con explosiones de agresividad.

La Sala consideró que, dadas las importantes agravaciones no solo de la lesión esencial, es decir, la que afectaba a la visión, sino también de otras ajenas a esta, el hecho de que el trabajador precisara con anterioridad de la asistencia

94. Fundamento de Derecho primero STS de 19 de julio de 2016

de tercera persona no debía ser obstáculo para el reconocimiento de la situación de Gran invalidez postulada por el trabajador.

Por el contrario, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de julio de 2016, entendió que la doctrina correcta se encontraba en la sentencia recurrida, y que, por tanto, no era posible reconocer la Gran invalidez a quien ya con anterioridad a la afiliación necesitaba la ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida. Lo razonaba de la siguiente forma: «habida cuenta de que el actor presentaba, con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador, de ahí que se le reconozca por agravamiento de las lesiones que padecía y la aparición de otras nuevas una IPA (...)».

No cabe duda de que la argumentación del Tribunal Supremo es consecuente con lo previsto en el art. 193.1, párrafo 2º LGSS/2015, que solo establece la posibilidad de declarar una Incapacidad permanente cuando se haya producido una disminución o anulación de la capacidad de trabajo existente en el momento de la afiliación en la Seguridad Social. Nada se dice en la norma con respecto a si es o no posible declarar la Gran invalidez cuando la situación de dependencia personal se origina con posterioridad al ingreso del trabajador discapacitado en el mundo laboral, pero cabe entender que si esta va acompañada de una merma de la capacidad laboral con posterioridad a este momento, no debería haber inconveniente para poder reconocer el grado de Gran Invalidez.

Ahora bien, en el supuesto estudiado en la Sentencia de 19 de julio de 2016 lo que existe como consecuencia de un traumatismo sufrido con posterioridad a la afiliación en la Seguridad Social no es una pérdida de la autonomía personal para la realización de los actos más esenciales de la vida, que ya existía con anterioridad, ni tampoco un empeoramiento en la situación de dependencia, que, por otra parte, no podría haber sido tenido en cuenta a efectos de calificar una Gran invalidez, ya que la dependencia no es graduable en este caso, sino una pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador. Por lo tanto, como indica acertadamente la Sentencia, el grado que puede reconocerse por agravación de las lesiones padecidas y de otras nuevas es el de Incapacidad permanente absoluta y no el de Gran invalidez.

Queda claro tras este pronunciamiento del Tribunal Supremo, que quien con anterioridad a su ingreso en el mercado de trabajo ya padeciera una situación que le obligara a depender de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, no podrá obtener en ningún caso el reconocimiento del grado de Gran invalidez, ni siquiera en el caso de que su condición de falta de autonomía personal empeorase. Por tanto, en estos casos, a la hora de valorar la Incapacidad permanente solo se podrá tener en cuenta la repercusión que el empeoramiento del estado global de salud, con posterioridad a la afiliación en la Seguridad Social, pudiera tener en la capacidad de trabajo, por agravamiento

de las lesiones preexistentes en ese momento, o por concurrencia de estas con otras nuevas.

Eso sí, en todo caso, la valoración habrá de hacerse no en comparación con la capacidad laboral considerada normal para un trabajador ordinario, «sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador». En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador ⁹⁵.

También la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 168/2021, de 9 de febrero⁹⁶, que analiza un supuesto en el que el trabajador padecía ceguera con anterioridad a su afiliación a la Seguridad social, sostiene que en este caso no procede reconocer el grado de Gran invalidez, reiterando la doctrina recogida, entre otras, en las SSTs de 29 y 30 de septiembre de 2020 del Pleno⁹⁷.

2. Los elementos del concepto de Gran invalidez en la Ley General de la Seguridad Social

Del concepto de la situación de Gran invalidez se desprende que para poder reconocer este grado de Incapacidad permanente se exigen dos requisitos: uno deriva del hecho de su enclavamiento dentro la contingencia de Incapacidad Permanente, y por eso lo comparte con los otros tres grados, aunque con matices. Otro es propio y específico de este grado. Este segundo elemento del concepto de Gran invalidez se ha decidido considerar de forma separada, prestando atención, por una parte a las lesiones físicas y psíquicas susceptibles de generar esta situación, por otra, al concepto de actos esenciales; y, por último, a la necesidad de asistencia de tercera persona.

2.1. La necesidad de que exista una Incapacidad permanente para el trabajo para poder reconocer el grado de Gran invalidez

El art. 193.1 LGSS/2015 define la incapacidad permanente contributiva como «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anu-

95. Fundamento de Derecho tercero de la STS de 19 de julio de 2016.

96. Rec. 3847/2018. Ponente: MORALO GALLEGO.

97. Rcu. 4716/2018 y 1090/2018, respectivamente.

len su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo»⁹⁸.

2.1.1. La exigencia de una Incapacidad Temporal previa a la Incapacidad permanente y sus excepciones

Como regla general, el art. 193.2 LGSS/2015 exige que la Incapacidad Permanente haya venido precedida de una Incapacidad Temporal (en adelante IT).

La finalidad de esta previsión no es otra que la de exigir con carácter general al potencial beneficiario de las prestaciones de Incapacidad Permanente que se someta a un tratamiento previo, médico y/o quirúrgico, con la finalidad de conseguir, si fuera posible, la curación de la enfermedad o, en caso contrario, llegar a una situación clínica y funcional definitiva o previsiblemente irreversible, pero «sin que dada la razón y finalidad del precepto», la inexistencia de una IT previa pueda «significar cerrar las puertas de la Seguridad Social a aquellos productores que, bien por subjetivos estímulos profesionales, bien necesidades económicas, conveniencias sociales o ciertas razones de respeto humano, siguieran realizando su tarea laboral hasta que la gravedad de su estado con presentación de limitaciones funcionales o secuelas permanentes y de imposible tratamiento médico les impidiera realizar su trabajo, o a aquellos productores que por la súbita aparición de una enfermedad quedaren desde luego en una situación patológica, intratable e irreversible»⁹⁹.

98. En relación al concepto de «Incapacidad permanente» (modalidad contributiva) y de Invalidez (modalidad no contributiva), ÁLVAREZ DE LA ROSA subraya que aunque el núcleo de ambos conceptos es parecido, su función es diversa. El concepto de Incapacidad permanente se ocupa de fijar la disminución de la capacidad laboral; mientras que el segundo pone el acento «en detectar una disminución que produce sobre quien la padece una secuela invalidante, exactamente un grado de minusvalía (...)» (ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2008): «La incapacidad permanente: Su evolución en el Proceso de Reforma de la Seguridad Social. En VV.AA. *La Seguridad Social a la luz de sus reformas presentes, pasadas y futuras* (Homenaje al profesor José Vida Soría con motivo de su jubilación), op. cit., p. 842). Véase también GOERLICH PESET, J.M. (2001): «La incapacidad permanente». VV.AA. *Seguridad Social práctica, 2ª edición* (directores: BLASCO LAHOZ, J.F y LÓPEZ GANDÍA, J.), Valencia (Ed. Tirant lo Blanch).

99. STS de 10 de febrero de 1969 (Ar. 595). En esta importantísima Sentencia, el Tribunal Supremo acepta la posibilidad de que la Incapacidad permanente se presente de forma súbita y haga innecesario un periodo previo de Incapacidad temporal, y así manifiesta que: «La contienda queda reducida a decidir si hay posibilidad legal de calificar el estado de la actora como integrante de una incapacidad permanente y absoluta y reconocer su derecho a la pensión de invalidez (...) o, por el contrario, esta declaración es improcedente por no haber precedido, a la situación patológica y estable de la enferma, otra de incapacidad transitoria del mismo origen etiológico (...). «El recurso se fundamenta en la necesidad de que la invalidez se derive de una situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad; criterio que no puede ser compartido, porque si parece deducirse preceptivamente esa exigencia, una razonable, lógica y sistemática interpretación de la norma legal hace resaltar que no puede estar ni estuvo en la intención del legislador otro propósito que el de establecer con carácter general la necesidad de un tratamiento previo, médico o quirúrgico, para conseguir la curación de la enfermedad si fuera posible o llegar a una situación clínica o funcional definitiva y previsiblemente irreversible, (...)». Reiterando y sintetizando la doctrina contenida en la sentencia anterior, la STS de

La intención de la norma es que con anterioridad a la Incapacidad permanente se haya realizado un seguimiento de la evolución de las dolencias o lesiones provocadas por la enfermedad o por el accidente por parte de los servicios médicos de la Seguridad Social, y que después del tratamiento prescrito por estos no se haya producido el completo restablecimiento del trabajador, esto es, existan secuelas irreversibles o, al menos previsiblemente definitivas.

Claro está que el carácter irreversible de las lesiones provocadas por el accidente, y la incapacidad que determinan, puede haber quedado patente desde el primer momento, como ocurre en los supuestos de pérdidas anatómicas instantáneas, en cuyo caso no cabría exigir una situación de Incapacidad temporal previa a la Incapacidad permanente. Esta posibilidad es particularmente predecible de algunas de las lesiones que pueden ser constitutivas de Gran invalidez, como la pérdida total o parcial de extremidades superiores o inferiores¹⁰⁰.

A estos supuestos en los que la Incapacidad permanente surge de forma súbita, completa e irreversible, haciendo excepcionalmente innecesaria la Incapacidad Temporal previa, hace referencia la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1972¹⁰¹ argumentando lo siguiente: «si bien es normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro de tipo transitorio, hay realidades patológicas —como la presente— en que el estado de incapacidad permanente ha surgido de forma completa e irreversible, por lo que no es necesaria la previa y transitoria incapacidad y ello es así por la propia naturaleza de las cosas que impide pasar por un estado transitorio de incapacidad cuando la misma ha sido presentada en su total y compleja patología»¹⁰²:

10 de noviembre de 1999 (Ar.9785) determina que «la interpretación razonable, lógica, sistemática y finalista de la norma legal permite afirmar que la intención del legislador fue sólo la necesidad de establecer la necesidad de un tratamiento médico o quirúrgico para conseguir la curación de la enfermedad si fuera posible, pero sin cerrar las puertas de la Seguridad Social a quienes por motivos subjetivos, económicos o sociales, a pesar de la enfermedad y de las molestias y dificultades que les causara, siguieron realizando su trabajo hasta que la gravedad de su estado o de las secuelas de carácter irreversible les impidieron continuarlo».

100. Se debe admitir la existencia de incapacidades en las cuales la declaración o situación de incapacidad se origina sin tratamiento médico previo ni calificación temporal alguna como es el caso de un accidente con una pérdida anatómica instantánea que origina una situación de incapacidad desde el mismo momento del accidente sin existir un periodo de incapacidad temporal anterior a la incapacidad permanente ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 39, citando a BARBA MORA, A. (2001): *Incapacidad Permanente y Seguridad Social*, op.cit., p. 31).

Sobre estas lesiones que ya se han consolidado como definitivas sin necesidad de un proceso de curación, ver STS de 1 de octubre de 2001, RJ 2001, 8485).

También sobre la no necesidad de esperar al resultado de un tratamiento médico para conocer las secuelas que le van a quedar al trabajador y la repercusión de las mismas en su capacidad de trabajo, véase MARTÍN PUEBLA, E. (2000): *La protección social de la Incapacidad Permanente para el trabajo*, Granada (Ed. Comares), p. 61; PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALLEJO ORTE, A. (2010): *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), pp. 30 y ss.

101. Ar.2898.

102. En el mismo sentido, sobre estos supuestos excepcionales en los que la Incapacidad permanente no iría precedida por otra de tipo transitorio, también se pronunció el Tribunal Supremo en sus

En igual sentido se manifestó el Alto Tribunal en su Sentencia de 11 de junio de 1980¹⁰³, señalando que: «Esta Sala se ha visto en la necesidad de excluir dicha exigencia (...) cuando el accidente ha producido tan espectaculares lesiones que no es necesario esperar ningún tratamiento para poder definir el grado de invalidez permanente; cuando la sigilosa enfermedad profesional no ha consentido su conocimiento hasta que ya son irreversibles sus estragos; cuando el trabajador, por su incuria, no ha ejercitado su derecho a las prestaciones asistenciales y económicas previas; o si demostrada y resignadamente ha conllevado en el trabajo sus dolencias hasta que es real su permanente invalidez; en todos estos supuestos, ha dicho la doctrina legal que la dicción literal del precepto (artículo 132.5 LGSS) no le priva al interesado del derecho a las prestaciones que pudieran corresponder cuando ha llegado el momento de la invalidez (...)».¹⁰⁴

Pero, además de estos supuestos aceptados por la jurisprudencia, el art. 193.2 LGSS/2015 establece otras excepciones que permiten acceder directamente a la situación de Incapacidad permanente, sin necesidad de Incapacidad Temporal previa:

- A quienes carecen de protección por Incapacidad temporal, bien por encontrarse en una de las situaciones asimiladas al alta que, de conformidad con lo previsto en el artículo 166 no la comprenda, o bien por tratarse de uno de los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 155.2 del mismo texto legal.
- A quienes accedan desde una situación de no alta a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez, conforme a lo previsto en el artículo 195.4 de la LGSS/2015.

Hechas estas consideraciones, conviene insistir en que los supuestos anteriormente referidos no dejan de ser excepcionales¹⁰⁵, porque lo normal es que

Sentencias de 2 de febrero de 1970 (ar. 588); de 3 de mayo de 1971 (A. 1979); de 11 de junio de 1980 (A.2546). de 24 de junio de 1982 (A.4077); de 22 de enero de 1990 (EDJ 426); de 27 de septiembre de 1974 (RJ 1974/3479), de 26 de marzo de 1987 (1987/ 1743); de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 187); de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9785); de 16 de enero de 2001(EDJ 2684) y, más recientemente, de 21 de marzo de 2005 (EDJ 76860).

103. STS de 11 de junio de 1980 (A.2546).

104. En la Sentencia referida se está interpretando el art. 132.5 LGSS/74, que establecía que «la invalidez, permanente o provisional, habrá de derivarse de la situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad, común o profesional, o a accidente, sea o no de trabajo (...)».

105. A estos supuestos excepcionales hace referencia el párrafo 2º del FJ 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003 (RCUD 1363/2002), que reitera la doctrina existente sobre interpretación del art. 134.3 LGSS/1994 en la redacción dada por la Ley 42/1994, citando la contenida en la Sentencia de 13 de febrero de 2001 (Recurso 2129/2000), según la cual: «la invalidez habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el art. 125, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el número 2 del art. 114 de esta Ley, bien en los casos de acceso a la invalidez permanente

toda situación de Incapacidad permanente haya venido precedida de un tiempo más o menos largo de Incapacidad Temporal, el llamado de curación clínica¹⁰⁶, que haya concluido con una recuperación incompleta del trabajador.

Lo habitual es, pues, que exista una Incapacidad Temporal previa a la Incapacidad permanente, y, que, por tanto, se hayan seguido por el trabajador uno o varios tratamientos, médicos, rehabilitadores e incluso quirúrgicos, pero su falta no puede ser motivo para excluir la calificación de esta última contingencia, porque este requisito «no puede considerarse propiamente como un requisito autónomo para el acceso a la protección por incapacidad permanente, (...) lo que describe es el proceso lógico de articulación de la protección en el tiempo, en el que normalmente no se accede directamente a las prestaciones de incapacidad permanente, sino que se llega a éstas a partir de la incapacidad temporal, (...) lo que supone, como regla general, que ni la gestora ni el trabajador pueden iniciar directamente el expediente de declaración de la incapacidad permanente, sin haber recurrido al tratamiento sanitario y/o rehabilitador preciso durante el cual se está en una situación de incapacidad temporal»¹⁰⁷.

En definitiva, siendo la regla general la de existencia de una situación de Incapacidad Temporal previa a la Incapacidad permanente, las excepciones a la misma son varias, y obedecen fundamentalmente a tres motivos:

- Que se trate de supuestos en los que no se tiene derecho a la protección por Incapacidad Temporal, pero sí, al menos potencialmente, a la procurada por las prestaciones de Incapacidad permanente. Esto sucederá para quienes carezcan de protección de Incapacidad Temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el art. 166 LGSS/2015, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilados a los trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el art. 155.2 LGSS/2015 y; por último, para quienes accedan a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez desde una situación de no alta conforme a lo previsto en el art. 195.4 LGSS.
- Que obedezca a la fuerza de voluntad del trabajador, que pese a padecer una enfermedad desde hace tiempo ha continuado trabajado con

desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el núm. 3 del art. 138». Debe recordarse que el art. 134 pasó a ser el art. 136, después de la nueva numeración introducida por el art. 15 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Por otra parte, la redacción no es en lo sustancial diferente de la que establecía el art. 132.5 de la LGSS/ 1974 y anteriormente el número 4 del mismo artículo en la LSS/ 1966. Otras Sentencias no citadas anteriormente sobre no necesidad de Incapacidad temporal previa a la Incapacidad permanente son las de 16 de enero, 13 de febrero y 1 de octubre de 2001, Sala Cuarta, RCU 1830, 2129 y 4396/2000, respectivamente.

106. Estos son los términos utilizados por ALONSO OLEA (ALONSO OLEA, M. (1974): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas, 5ª edición, p. 81).

107. STS 4ª 1-10-2001 (EDJ 35772), interpretando el art. 134.3 LGSS/1994, en relación con un supuesto en el que «(...) la mencionada exigencia pierde su razón de ser (...) cuando, como en el presente caso, la lesiones ya se han consolidado como definitivas sin que sea necesario un proceso de curación».

notable esfuerzo hasta que las consecuencias incapacitantes de esta se lo han impedido.

- Que se deba a la irreversibilidad inmediata de las lesiones sufridas como consecuencia de un accidente.

La primera de estas excepciones se contempla expresamente en la LGSS/2015¹⁰⁸, y las otras dos han sido, como se ha visto, comúnmente aceptadas como tales por la jurisprudencia y la doctrina científica.

En definitiva, lo cierto es que la posibilidad de que se deniegue la declaración de la Incapacidad permanente por no existir una previa situación de Incapacidad Temporal es muy remota, y de hecho no hay jurisprudencia ni interpretación doctrinal alguna que avale esta eventualidad, por lo que esta concreta exigencia del artículo 193.1 LGSS/2015 carece de relevancia jurídica, por lo menos en el Régimen General de la Seguridad Social¹⁰⁹.

No ocurre lo mismo, en el caso de la Incapacidad Permanente de los Funcionarios Civiles del Estado, ya que el artículo 23.1 del RD-Ley, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado¹¹⁰. Si bien define la Incapacidad permanente en términos prácticamente idénticos a los del art. 193.1 LGSS/ 2015, en su inciso final establece que: «La incapacidad permanente habrá de derivarse, cualquiera que sea su causa, de la situación de incapacidad temporal». Y exige tal requisito sin excepciones, por lo que en este caso no será posible acceder a la protección de la Incapacidad Permanente si no ha existido una previa situación de Incapacidad Temporal.

Otra cuestión de interés con respecto a la exigencia de Incapacidad temporal previa es la relativa a los efectos que en relación con la calificación de la Incapacidad permanente pueda tener la negativa del trabajador a seguir el tratamiento prescrito.

Debe advertirse que aquí no se está haciendo referencia a si es posible o no que un paciente se niegue a seguir el tratamiento médico indicado, cuestión esta que se regula actualmente en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹¹¹, sino a si

108. La enumeración no puede considerarse cerrada, «sino que puede ampliarse por analogía a otros supuestos (...)» (STS de 1 de octubre de 2001 (EDJ 35772).

109. ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales), op.cit., p. 39.

En el mismo sentido, GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M. (2006). *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*. VV.AA. PÉREZ PINEDA, B. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. (Coords.), Granada (Ed. Comares, 5ª edición), p. 31).

110. BOE 28 de junio.

111. Esta cuestión está regulada actualmente en los arts. 2 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y de documentación clínica (BOE de 15 de noviembre).

El artículo 2 de esta norma reconoce el derecho de todo paciente o usuario a negarse, siempre por escrito, al tratamiento, excepto en los casos determinados en el art. 9.2 de la misma Ley, que están

esta negativa podría justificar la denegación del acceso a las prestaciones de Incapacidad permanente por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Al respecto, el Tribunal Supremo tiene dicho en reiterada doctrina que no es posible supeditar la calificación jurídica de incapacidad permanente al resultado de una intervención quirúrgica, fundamentalmente cuando esta entrañe un grave riesgo para el trabajador¹¹² o no sea la primera a la que tenga que someterse debido al fracaso de otra anterior¹¹³, porque en tales supuestos, el trabajador está en su derecho de asumir o rechazar el riesgo.

Por el contrario, la voluntad irracional del trabajador a someterse al tratamiento sanitario indicado por los facultativos, sobre todo si la persistencia de las dolencias es consecuencia de tal rechazo, sí impediría la declaración de la incapacidad permanente¹¹⁴. Pero eso exigirá prueba por parte de la Entidad Gestora de que la negativa del trabajador no obedece a una causa razonable¹¹⁵.

Debe en este punto considerarse que ocasiones el rechazo al tratamiento obedece a principios morales o religiosos. También en estos casos, la Entidad Gestora deberá valorar si la negativa del trabajador es irracional o, por el contrario, puede considerarse justificada¹¹⁶.

regulados prácticamente en los mismos términos en que lo hacía el derogado art. 10.9 de la Ley General de Sanidad.

De esta forma, los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas; b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización.

112. Sirva como ejemplo la argumentación de la STS de 15 de julio de 1987 (Tol 2332428): «se han agotado ya los medios de recuperación normales sin que el actor haya mejorado de sus lesiones, que por desgracia han ido agravándose con el paso del tiempo, sin que pueda estimarse como un proceso de recuperación normal el tener que someterse a una arriesgada operación de corazón de resultado incierto y cuyo riesgo puede asumir o rechazar (...)».

113. Este es el supuesto analizado en la STS de 10 de septiembre de 1986 (Tol 2315489): «la parte actora padece «necrosis idiopática de cabeza de fémur izquierda, prótesis total que le ha sido retirada, negándose el demandante a una nueva intervención quirúrgica para ponerse otra prótesis por haber rechazado la anterior. Dolencias que sólo le permiten actividades sedentarias si bien no puede desplazarse para realizarlas». En tales circunstancias y por aplicación de la correspondiente doctrina jurisprudencial de esta Sala, que por notoria no es preciso citar (...), procede (...) la desestimación del motivo: No puede supeditarse la calificación jurídica laboral de incapacidad al resultado de una nueva intervención jurídica, decisión libérrima del paciente que en uso de su libertad puede aceptar o no, máxime cuando una primera ha fracasado».

114. STS de 29 de marzo de 1980 (Tol 969988).

115. STS de 25 de marzo de 1987 (Tol 2333889).

116. En estos casos en que se cuestione por la Entidad Gestora la racionalidad del rechazo al tratamiento médico prescrito, el beneficiario «habrá que acudir, no solo a las pruebas periciales médicas que valoren el daño corporal y el psicológico, sino también a las testificales, en las que los propios familiares del testigo valoren el daño psicológico, o incluso una pericial practicada por un religioso de una determinada orden, que acredite su pertenencia a la misma, sus estudios religiosos y

Por último, es preciso recordar que el art. 193 LGSS/2015 no exige el alta médica, requerimiento que sí había establecido el art. 134.1 LGSS/1994, salvo en los casos en que las secuelas fueran definitivas¹¹⁷. El apartado 1 del art. 136 LGSS/1994 se modificó por la disposición final 4.5 de la Ley22/2013, de 23 de

puedan comparecer como perito»(ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 42.

117. Antes del cambio introducido por la disposición final cuarta de la LISMI, el art. 132 LGSS/1974 definía la Incapacidad permanente como «la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo».

La disposición final cuarta de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos modificó el artículo 132 de la LGSS/1974, para que la Incapacidad permanente pudiera ser valorada sin necesidad de alta médica cuando las secuelas fueran definitivas.

ALONSO GARCÍA indica que con ello probablemente se trató de evitar la situación anómala que se originaba en el periodo comprendido entre el alta médica y la declaración formal de invalidez, ya que «(...) en estos casos, ni se estaba en situación de ILT —art. 129.3 LGSS/74, ni de invalidez provisional— art. 133. a) y b) LGSS/74, ni de invalidez permanente, ya que ésta aún no había sido declarada». Con la modificación de la Ley 13/1982 desapareció la situación de vacío legal existente, creándose un sistema sin solución de continuidad frente a la regulación anterior derivada de la LGSS, art. 132.2 (ALONSO GARCÍA, B. (1991): «La invalidez permanente absoluta y el artículo 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social» (Trabajo presentado en el curso de doctorado, la Reforma de la Seguridad Social, impartido por el Profesor Titular Dr. José Luis Tortuero Plaza. Facultad de Derecho, Universidad Complutense. Curso 1989-1990). *Civitas REDT*, nº 46 (marzo-abril), p. 231.

El art. 34.1 de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 31 de diciembre) modificó la redacción del art. 134.1 de la LGSS/94, que pasó a ser la siguiente: «En la modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo».

No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, no será necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente en los casos en que concurren secuelas definitivas».

La jurisprudencia, antes del cambio legislativo, ya había entendido que no era requisito necesario para declarar la Incapacidad permanente la exigencia del alta médica cuando concurrieran secuelas definitivas. Así, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 17 de noviembre de 1987 (Tol 2345290 indica que el requisito de alta médica para la calificación de la Incapacidad Permanente «podría conducir a situaciones absurdas, cual sería negar la invalidez a quien por enfermedad común se le amputasen los dos miembros inferiores (...)» cuya invalidez es manifiesta (...)). En el mismo sentido, STS de 22 de febrero de 1986 (Tol 2323002).

Posteriormente, el art. 15 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE de 6 de noviembre) cambió la numeración, de forma que el art. 134 LGSS/1994 pasó a ser numerado como art. 136, formando el contenido de la sección 1.a del capítulo V del Título II de la Ley General de la Seguridad Social mientras que las secciones 3.a, 4.a y 5.a pasan a numerarse, respectivamente, secciones 2.a, 3.a y 4.a con idéntico contenido.

diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre), que eliminó y suprimió el requisito de alta médica¹¹⁸.

2.1.2. *Análisis de los elementos del concepto de Incapacidad permanente en general y en relación con la Gran invalidez en particular*

Si se atiende a la definición legal de la Incapacidad permanente contributiva se advierte que los elementos que delimitan conceptualmente tal situación son los siguientes: a) haber estado sometido al tratamiento médico prescrito; b) presentar reducciones anatómicas o funcionales graves; c) que dichas lesiones sean susceptibles de determinación objetiva; d) que sean previsiblemente definitivas y e) que disminuyan o anulen la capacidad laboral.

Estos elementos configuradores de la Incapacidad permanente no solo deben concurrir conjuntamente, sino que además están condicionados por el último de ellos: la necesidad de que se produzca una reducción o anulación de la capacidad laboral¹¹⁹.

A continuación, se analizarán prestando especial atención a las particularidades de su exigencia en el caso de la Gran invalidez: el cuarto grado de la Incapacidad permanente.

118. El apartado 1 del art. 136 LGSS/1994 se modificó por la disposición final 4.5 de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre) que eliminó y suprimió el requisito de alta médica, así como la consideración como incapacidad permanente de la subsistencia de incapacidad una vez transcurrido el plazo máximo de duración de incapacidad temporal determinado en el artículo 128, 1^a en relación con el artículo 131 bis, 2.

El apartado 1 del artículo 136 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, quedó redactado como sigue: «En la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación».

El resto del artículo mantuvo la misma redacción.

119. El hecho de que los elementos configuradores de la Incapacidad permanente estén condicionados por la necesidad de la afectación de la capacidad laboral es lo que hace «que no quepa hablar o sea invariable hacer una lista de enfermedades o padecimientos graves o no y de ahí concluir en la posible existencia de una incapacidad permanente»(RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016): «Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente» en *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad social con Trabajo*. VV.AA. (Dir. Sánchez Triguero, C.), Navarra (editorial Aranzadi), p. 462.

2.1.2.1. La «gravedad» de las reducciones anatómicas o funcionales

El primer elemento del concepto de Incapacidad permanente es la exigencia de que las reducciones anatómicas o funcionales sean graves. Su origen puede ser común o profesional, por lo que pueden ser consecuencia de una enfermedad común o un accidente no laboral, en el primer caso, o de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, en el segundo. El riesgo del que derive la Incapacidad permanente no tiene trascendencia alguna en cuanto a su consideración como contingencia protegida, pero sí determina diferencias importantes en los requisitos para acceder a la prestación y en la intensidad de la protección.

Las reducciones anatómicas consisten bien en la amputación de un miembro o de parte de este, bien en la extracción de un órgano; mientras que las reducciones funcionales determinan la pérdida o disminución de la capacidad del órgano o del miembro para realizar sus funciones con normalidad¹²⁰. Aunque realmente esta distinción tiene relevancia si se atiende a la integridad física de la persona¹²¹, no es así cuando se pone en relación con la capacidad de trabajo, porque desde esta perspectiva, por motivos obvios, una reducción anatómica siempre va a conllevar una reducción funcional, que será parcial o total en función de si se conserva o no parte del miembro o del órgano de que se trate.

120. (...) Lo determinante de una incapacidad permanente y su correspondiente grado es el déficit orgánico o funcional que provocan las secuelas y su incidencia en la capacidad laboral del trabajador. (ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 47).

En relación con la imposibilidad de declarar automáticamente una Incapacidad permanente total o absoluta a quien no presenta limitaciones funcionales que disminuyan o anulen su capacidad de trabajo por el solo hecho de haber transcurrido el plazo máximo de Incapacidad Temporal sin haber sido dado de alta médica, la STS 4ª 12/7/2001, EDJ 69380, indica que «La incapacidad permanente, total o absoluta, viene condicionada por el hecho de que el presunto beneficiario presente reducciones anatómicas o funcionales graves previsiblemente definitivas que disminuyan o anulen su capacidad laboral, requisito exigible en todos los regímenes de la Seguridad Social. Por ello (...), no puede reconocerse, automáticamente, una incapacidad permanente a quien no presenta limitaciones funcionales que disminuyan o anulen su capacidad para el trabajo, por el solo hecho de haber agotado una situación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración de esa situación sin ser alta médica». En el mismo sentido, STS 3/5/2006, (EDJ 84009) y STS 12/6/2007, (EDJ 80469).

Se debe admitir la existencia de incapacidades en las cuales la declaración o situación de incapacidad se origina sin tratamiento médico previo ni calificación temporal alguna como es el caso de un accidente con una pérdida anatómica instantánea que origina una situación de incapacidad desde el mismo momento del accidente sin existir un periodo de incapacidad temporal anterior a la incapacidad permanente (ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 39 citando a BARBA MORA, A. (2001): *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, op.cit., p. 31).

121. La gravedad está relacionada con la repercusión de las dolencias en la capacidad laboral, anulación de esta o, al menos, limitación importante; por lo que se refiere no tanto a la lesión en sí misma, como a la afectación de esta sobre la capacidad de trabajo, aunque obviamente puedan darse ambas circunstancias a la vez.

A este respecto conviene recordar que, con carácter general, en la Incapacidad permanente contributiva, a diferencia de la modalidad no contributiva, la nota de gravedad de las secuelas o lesiones no hace referencia a la que revistan las lesiones o la enfermedad en sí mismas, sino a la que tengan en relación con la capacidad laboral, que debe quedar afectada de forma relevante, «sin que sea suficiente una ligera disminución o una dudosa incapacidad»¹²². Prueba de ello es que en la Incapacidad permanente parcial, que es el grado menor de la Incapacidad permanente, se exige que el rendimiento normal del trabajador para su profesión habitual experimente una reducción mínima del 33%. Por debajo de ese porcentaje, no habrá Incapacidad permanente¹²³.

Cierto es que las dolencias que pueden repercutir de forma importante en la capacidad de trabajo suelen ser también graves en sí mismas, y; sin embargo, existirán lesiones o enfermedades graves que no incapaciten por sí solas, sobre todo en cuanto a los dos primeros grados de la Incapacidad Permanente, donde la pérdida o disminución de la capacidad laboral va siempre referida a la profesión habitual del trabajador. También puede ocurrir que la gravedad provenga de la concurrencia de una enfermedad no grave de por sí con otras enfermedades o lesiones, lo que ocurre frecuentemente cuando el cuadro clínico se ve agravado por un estado de depresión.

Pero la cosa cambia cuando se trata de los dos grados más altos de la Incapacidad permanente y, señaladamente del último de ellos. Porque en el caso de la Gran invalidez, la gravedad puede ser incluso más predicable de las propias lesiones o enfermedades que ocasionan la necesidad de ayuda de tercera persona, que de la afectación que causan en la capacidad de trabajo.

De alguna forma, aunque no sea el supuesto habitual en la práctica, el hecho de que después de la modificación introducida por la LISMI sea posible que la persona en situación de la Gran invalidez esté solo impedida para realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, pero pueda dedicarse a otras distintas¹²⁴, hace que las lesiones sufridas puedan no ser tan graves desde el punto de vista de su repercusión en la capacidad de trabajo como debían serlo cuando la Gran Invalidez llevaba implícita una Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, y no obstante, afectar de forma muy grave la autonomía de la persona, al obligarle a tener que valerse de la ayuda de otro para realizar los actos más esenciales de la vida.

122. GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M. (2006). *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*. VV.AA. PÉREZ PINEDA, B. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. (Coords.), op.cit., pp. 32 y 33.

123. Aunque si la lesión deriva de contingencias profesionales y está prevista en el baremo de Lesiones Permanentes no Incapacitantes, podría resultar indemnizable.

124. En estos casos, la capacidad de trabajo residual resulta superior a la prevista para la Incapacidad permanente absoluta, que conforme a la definición legal es ninguna, aunque el amplio régimen de compatibilidad con el trabajo establecido lo desmienta.

Por otra parte, la distinción entre reducción anatómica y reducción funcional¹²⁵ en lo que respecta a los tres primeros grados de la Incapacidad permanente no tiene demasiado sentido, ya que la gravedad hace referencia a la repercusión de la lesión en la capacidad de trabajo, no a la lesión en sí misma, aunque puedan darse y, de hecho suelen darse, ambas circunstancias. Pero aquí, en definitiva, lo que se valora es la pérdida funcional, pues lo que importa es la «relevancia del proceso patológico en el cumplimiento de las funciones del órgano u órganos afectados, lo que tendrá o no trascendencia anatómica»¹²⁶. Sin embargo, esta distinción sí puede ser importante cuando de la Gran Invalidez se trata, aunque desde una perspectiva diferente a la meramente laboral. Ello es así porque la necesidad de asistencia de tercera persona, consustancial al cuarto grado de la Incapacidad permanente, muchas veces es consecuencia de lesiones intrínsecamente graves, derivadas de la amputación de miembros superiores y/o inferiores o de parte de ellos, y estas reducciones anatómicas acarrearán obviamente pérdidas en la capacidad para realizar los actos más esenciales de la vida, al margen de su mayor o menor repercusión también en la capacidad de trabajo.

Y es que si en los otros tres grados de la Incapacidad permanente, a la hora de valorar la nota de gravedad, más que la que en sí reviste el cuadro patológico del paciente, se ha de tener en cuenta en qué medida las dolencias por él sufridas limitan o anulan su capacidad de trabajo, en la Gran invalidez además deberá determinarse si como consecuencia de ellas se requiere o no de la asistencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, extremo este que guarda relación exclusivamente con la afectación de la autonomía personal del trabajador, y en modo alguno con su capacidad de trabajo.

Ahora bien, la valoración se limitará a dilucidar si como consecuencia de las lesiones, enfermedades o dolencias padecidas se requiere o no de la asistencia de otra persona para realizar alguno de los actos básicos para la vida, sin ir más allá, sin entrar a valorar la intensidad en qué queda afectada la autonomía personal del trabajador, ya que en el caso de la Gran invalidez no se admite graduación alguna de la situación de dependencia. De esta forma, se será gran inválido si se requiere de la ayuda de otra persona, porque resulte imposible la realización de alguno de los actos esenciales para la vida, y no se será en caso contrario, por más que la ejecución de estos se lleve a cabo con cierta e incluso con mucha dificultad.

125. Como ejemplos de reducción funcional, RODRÍGUEZ IZQUIERDO señala la pérdida de movimientos, el cansancio, el dolor, etc. (RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. (2008): «Concepto jurídico y grados de incapacidad permanente». VV.AA. *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico* (Dir. RIVAS VALLEJO, P., Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edición), p. 89).

126. FERNÁNDEZ BERMÚDEZ J. (2001): «Sobre la perversión del concepto jurídico de incapacidad permanente contributiva y la infructuosa búsqueda por el Tribunal Supremo de su hecho causante», disponible en <http://www.westlaw.es> <http://www.westlaw.es> (BIB 2001, 725), p. 6, citado por BLASCO LAHOZ, J.F. (2018): «La protección de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la Seguridad Social como instrumento para su desarrollo. *Revista de Información Laboral*, nº 11, p. 47.

2.1.2.2. La «objetividad» de las lesiones

El segundo elemento del concepto de Incapacidad permanente es el relativo a la exigencia de la objetividad de las lesiones. Las reducciones anatómicas o funcionales han de ser también objetivables, es decir, se han de poder constatar médicamente de forma indudable, requiriendo por ello, de un diagnóstico médico emitido bajo criterios comúnmente aceptados por la ciencia médica, huyendo de meras especulaciones subjetivas o de vaguedades o descripciones carentes de base científica, a pesar de que la medicina no sea una ciencia exacta y a pesar de que existen enfermedades como las mentales o psíquicas, cuya determinación objetiva con medios instrumentales resultará muchas veces imposible¹²⁷.

La determinación objetiva de las lesiones es quizá la que plantea más problema en el ámbito administrativo y explica la gran judicialización de las invalideces, ya que no hay incapacidades en abstracto sino personas con incapacidades. «No hay invalideces sino inválidos», y por eso una incapacidad nunca es igual a otra, porque incluso tratándose de dos personas que sufren la misma lesión, la capacidad de trabajo de ambas no va a quedar afectada de idéntica forma, pues los factores que deben ponerse en conexión a la hora de valorar la Incapacidad permanente son difícilmente repetibles: estado global de salud, edad, intensidad de las limitaciones funcionales que provocan las dolencias, y, por supuesto, la profesión habitual en los casos de Incapacidad permanente parcial e Incapacidad permanente total¹²⁸.

Determinar objetivamente las lesiones equivale a probar que realmente existen. Deben poder corroborarse las manifestaciones subjetivas de quienes sufren las lesiones o enfermedades, y, aunque actualmente esta tarea resulta más sencilla gracias a la utilización de las cada vez más modernas pruebas y técnicas de diagnóstico, en modo alguno está exenta de problemas¹²⁹.

127. OJEDA AVILÉS, A. (1976): «El concepto legal de invalidez en el régimen general de la seguridad social», en *Revista política Social*, nº 109, pp. 27 y sigs. y RODRÍGUEZ JUVENCEL, M. (1993): *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona (Ed. Bosch), pp. 176 y 177, ambos citados por ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 50. SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. añaden que se precisa una «constatación oficial». No basta con que la deficiencia de salud exista. No configura una IP si es sentida por el trabajador, admitida por el empleador o proclamada por terceros distintos a los órganos competentes en la materia (SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, op. cit., p. 29).

Sobre la necesidad de diagnóstico médico, sin que baste la mera manifestación subjetiva del interesado, ver STSJ de Aragón de 17 de septiembre de 2013, JUR 2014, 14985.

128. Incidiendo sobre esta dificultad de que se produzca una identidad sustancial, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018): «Endometriosis e incapacidad permanente en perspectiva de género». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 422 (Centro de Estudios Financieros), p. 67.

129. Sobre esta cuestión GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M. exponen que lo habitual es que los procesos queden acreditados clínicamente, pero «entendiendo esta acreditación en el contexto de la ciencia médica». A este respecto, ponen los siguientes ejemplos: Para admitir la existencia de una hiperlipemia, que consiste en una elevación de las grasas en sangre, sería suficiente con que al menos tres controles anuales realizados durante uno, dos o más años confirmasen elevadas ci-

En cuanto a la vivencia subjetiva de la enfermedad, cuando el paciente refiere padecer unos síntomas cuya veracidad no puede ser constatada médicamente de una forma objetiva¹³⁰, no solo se plantea el problema de diagnosticar médicamente la enfermedad o lesión en sí, sino también el de valorar de qué forma incide en la capacidad de trabajo, lo cual resulta fundamental a efectos de declarar la Incapacidad permanente en el grado correspondiente, fundamentalmente en el caso de los tres primeros.

La Ley y la doctrina judicial son claras a este respecto: para determinar la existencia de las reducciones anatómicas o funcionales es necesario que estas queden «constatadas médicamente de forma clara e indudable y que no basta con la mera manifestación subjetiva del interesado»¹³¹, porque la objetividad requerida es enemiga de especulaciones subjetivas y de las vaguedades o descripciones carentes de base científica¹³².

Con todo, pese al avance en los medios y pruebas diagnósticos, siguen existiendo lesiones, dolencias o enfermedades, de etiología física o psíquica, de difícil objetivación¹³³.

fras de colesterol o triglicéridos; y, la objetivación de un defecto de consolidación inoperable en hueso largo, por una fractura compleja, sería posible gracias a una simple radiografía. Mientras que, por el contrario, una angina de pecho inestable, con alto factor espasmódico y una coronariografía normal, se haría evidente por la clínica y la respuesta al tratamiento. En este caso, estaríamos en presencia de una determinación semiobjetiva, «ya que la sintomatología es subjetiva, los electros no admiten una interpretación inequívoca y el cateterismo para radiografiar las coronarias no pone de manifiesto la patología» (GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M. (2007): «La incapacidad permanente en el funcionario». *Manual médico-legal de la Incapacidad permanente de los funcionarios civiles y militares (MUFACE, MUGEJU; ISEAS)*, Granada (Ed. Comares), p. 75.

130. «La cuestión es resolver, partiendo de que cada persona es un mundo, cómo se pueden objetivar lesiones y enfermedades (...) que son sólo sintomáticas, es decir, que el individuo parece o cree padecer y que, sin embargo, no existe prueba que determine la veracidad de la sintomatología que refiere el mismo». En última instancia, será «el Juez el que, bajo el prisma de la sana crítica e imparcialidad determina la incapacidad o no del mismo y, en su caso, el grado de incapacidad, motivando esa objetividad exigida en el precepto legal». (ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 50). También RODRÍGUEZ INIESTA hace hincapié en la complejidad que reviste objetivar determinadas patologías psíquicas, como depresiones, cuadros de ansiedad, etc., cuando estamos ante una neurosis rentada, o «nuevas enfermedades», como las fibromialgias, el síndrome de fatiga crónica, etc. Además no solo la objetivación es compleja, también lo es determinar la incidencia de los padecimientos en la capacidad laboral del trabajador, y ello porque es necesario «encontrar el cuadro patológico de una persona en los distintos grados» RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016): «Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente» en *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad social con Trabajo*. VV.AA. (Dir. Sánchez Triguero, C.), op.cit., pp. 463 y 464).

131. STSJ de la Rioja 30 de diciembre de 1997 (AS 1997/4709 y, en términos similares, STSJ Madrid 15/2/2001 (Tol 3646378) y STSJ Navarra 30/12/2011 (Tol 2475686).

132. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018): «Endometriosis e incapacidad permanente en perspectiva de género», op. cit., p. 67. Un estudio en profundidad del impacto de género en las incapacidades laborales puede verse en RIVAS VALLEJO, P. (2008): «Las incapacidades laborales de las mujeres». En VV.AA. *Mujer y trabajo: entre la precariedad y la desigualdad*, Madrid (CGPJ, Estudios de Derecho Judicial), pp. 189 a 242.

133. Piénsese, además de en las «patologías psíquicas», en las llamadas «enfermedades nuevas» o, en las así denominadas, «enfermedades raras» (DE VAL TENA, A.L. (2017): «Incapacidad permanente.

El ejemplo por excelencia de esa subjetividad que impide objetivar las lesiones es el de las enfermedades cuyo síntoma más característico es el dolor que siente el paciente, porque el umbral del dolor, la capacidad de soportar la sensación de dolor varía de unas personas a otras, y de ahí que este síntoma sea percibido de forma muy diferente por cada sujeto.

Paradigma de estas enfermedades es la fibromialgia, enfermedad que cursa con dolor musculoesquelético generalizado, que se agrava con la presión de puntos específicos del cuerpo¹³⁴, y para la que el único medio de diagnóstico clínico aceptado es la exploración física¹³⁵.

En el caso de esta enfermedad, que, como se ha dicho, cursa con síntomas que no tienen un origen físico identificable, lo más frecuente es que la Incapacidad permanente para el trabajo no se aprecie cuando aparece con el «carácter de primaria, es decir, como la única alteración de la salud existente, sino en calidad de enfermedad asociada a otras patologías, normalmente de índole depresivo»¹³⁶.

Lo mismo puede decirse de otra enfermedad, también de difícil diagnóstico, como es la endometriosis¹³⁷, que tampoco da lugar por sí misma al reconocimiento de una Incapacidad permanente para el trabajo, sino por concurrencia con otras enfermedades, que son las determinantes a efectos de la calificación¹³⁸. Pero, en este caso, además, los escasos avances en las técnicas diagnósticas

Concepto, grado y requisitos». En VV.AA. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), op cit. p. 774).

134. La rigidez muscular y el dolor en músculos y tejidos blandos (ligamentos y tendones), que en ocasiones puede llegar a ser muy intenso, son los síntomas más característicos de esta enfermedad crónica, que suele ir acompañada también de un cansancio o agotamiento severo, cefalea, sequedad de mucosas y/o alteraciones del sueño. La fibromialgia suele diagnosticarse cuando los puntos dolorosos son más de 11 de los 18 señalados en una persona con dolor generalizado.

135. No existen por el momento criterios diagnósticos definitivos que puedan ser aplicados de forma generalizada a todos los pacientes aquejados de esta enfermedad que no se ve pero se sufre, y de ahí la dificultad de objetivar su diagnóstico clínico, que suele ser realizado después de que las pruebas de laboratorio y de imagen que se realizan para los diagnósticos de enfermedades con síntomas similares arrojen resultados negativos.

Véase sobre los efectos incapacitantes de la fibromialgia, DE ALCÁNTARA Y COLÓN, J.M. (2014): «La fibromialgia. Concepto. Evolución jurisprudencial. Su naturaleza incapacitante y grados, Criterios de determinación, Conclusiones», *Revista de Información Laboral*, n° 3, p. 65 a 75 y DOMINGO MONFORTE, J. y BERMEJO FERRER, Y. (2005): «Tratamiento jurídico forense de los efectos invalidantes de la fibromialgia», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 667, p. 1-3.

136. ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales), op.cit., p. 54.

137. En la endometriosis, también el dolor constituye la principal limitación a la hora de trabajar. A veces puede llegar a ser tan intenso que resulta incompatible con la ejecución de cualquier tarea, y precisa de tratamiento en la unidad de dolor con medicamentos muy fuertes, incluso con parches de morfina, tras un historial de múltiples cirugías, tratamientos hormonales, efectos secundarios de los mismos, y periodos de Incapacidad Temporal (ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018): «Endometriosis e incapacidad permanente en perspectiva de género», op. cit., pp. 69 y 70).

138. En estos casos, la endometriosis está presente en el cuadro clínico junto con otras enfermedades, pero no es la decisiva en la argumentación previa al reconocimiento de la Incapacidad permanente. Ejemplo de ello son, entre otras, la STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2014 (rec.

pueden conducir a que una enfermedad que provoca lesiones no permanentes en sus estadios iniciales, motivo por el cual se suele denegar la Incapacidad permanente, vaya empeorando progresivamente, lo que ocurre en al menos un 50% de los casos, y que tras una demora de entre 7 y 15 años en el diagnóstico se vuelva irreversible¹³⁹.

La hipersensibilidad electromagnética también forma parte del conjunto de enfermedades de etiopatogenia desconocida, cuyo diagnóstico solo cabe realizar a través de la exploración clínica, y no de otras pruebas médicas que puedan objetivar de forma fehaciente su existencia¹⁴⁰. Lo habitual es que tal como ocurre en el caso de las enfermedades referidas anteriormente, la incapacidad permanente se conceda, más que por la electrosensibilidad en sí, por concurrencia con otras enfermedades de más fácil objetivación¹⁴¹.

Otras veces, aun tratándose de enfermedades para las que sí existen pruebas diagnósticas que pueden determinar de forma fehaciente la veracidad de las dolencias padecidas, la dificultad en la evaluación de la Incapacidad permanente puede derivar del hecho de que las «limitaciones orgánico-funcionales» sean consecuencia de una enfermedad «que por sus características no permite la total y definitiva objetivación de las secuelas de ellas derivadas, que poco a poco van incrementándose», precisando unas veces intervenciones quirúrgicas y otras «un tratamiento de choque»¹⁴².

Una complicación que podría acabar impidiendo la determinación objetiva de las lesiones se da cuando siendo esta posible, porque se dispone de las pruebas diagnósticas adecuadas, la realización de las mismas suponga un riesgo para el paciente o resulte perjudicial para él. Esta circunstancia podría llevar al potencial beneficiario de una prestación de Incapacidad permanente a negarse

5908/2014); la del TSJ de Galicia de 7 de julio de 2016(rec. 3756/2015); la del TSJ de Murcia de 10 de octubre de 2016 (rec. 64/2016).

139. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018): «Endometriosis e incapacidad permanente en perspectiva de género», op. cit., pp. 61 y 70.

140. Como indica GARCÍA GONZÁLEZ, en el caso de esta enfermedad el dictamen pericial adquiere una gran importancia y debe ir dirigido no tanto a probar su existencia, como a determinar su repercusión funcional en el trabajador individualmente considerado (GARCÍA GONZÁLEZ, G. (2016): «La hipersensibilidad electromagnética como causa de incapacidad permanente: algunas reflexiones clínicas», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* (Ed. Aranzadi), p. 153).

141. No obstante, la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 6 de abril de 2016 (JUR. 2016/89380) reconoce la Incapacidad Permanente Absoluta en caso de electrosensibilidad, argumentando que impone al trabajador que la sufre: «evitar todo contacto posible con productos químicos volátiles y radiaciones eléctricas o magnéticas ambientales cercanas». En igual sentido, STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2015 (JUR. 2015/110183) y antes también la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2011 (JUR2011, 247927). Esta excepcional consideración de la hipersensibilidad electromagnética como patología decisoria del grado de incapacidad del trabajador es destacada por GARCÍA GÓNZALEZ, G., quien cita las sentencias referenciadas en «La hipersensibilidad electromagnética como causa de incapacidad permanente: algunas reflexiones clínicas», op.cit., p. 155.

142. STS de 13 de febrero de 1987 (EDJ 1225) y STS de 14 de noviembre de 2006 (EDJ 325781). En ambas Sentencias la Invalidez enjuiciada derivaba de una enfermedad de cáncer.

a someterse a ellas y perder, consiguientemente, la posibilidad de que su dolencia quede objetivamente determinada¹⁴³.

Por último, también resulta complicada la determinación objetiva de ciertas enfermedades psicológicas. La «vivencia subjetiva» acompaña a todas las alteraciones mentales en mayor medida que en cualquier patología causada por lesiones físicas, aunque esto no afectaría a los trastornos mentales severos. Por otra parte, el parámetro de la «normalidad» que se toma como referencia es más fácil de reconocer en las enfermedades físicas¹⁴⁴.

Hasta el año 1932 se había aplicado en España un criterio fisiológico para la valoración de la Incapacidad permanente, expresión del cual eran los baremos que listaban las lesiones de las que podía derivar aquella. La Ley de 10 de octubre de 1932¹⁴⁵, Ley de Largo Caballero, determinó el fin del criterio fisiológico y, ello tuvo por consecuencia que las lesiones psíquicas quedaran fuera de la protección de la Incapacidad permanente, no solo por la exigencia de su determinación objetiva, muy difícil en algunos casos, sino también por el temor al fraude causado por la simulación¹⁴⁶. Pese a ello, la jurisprudencia no tardó

143. Sobre esto advierte ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., pp. 51 y 52.

144. TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., pp. 16 y 17). Sobre estas enfermedades, ALONSO OLEA distingue las denominadas psicosis, neurosis o ansias de renta de las lesiones cerebrales o enfermedades constatables por los médicos a través de infinidad de informes: Las primeras «(...) similares a la obsesión por la conservación de la pensión de invalidez una vez obtenida, que dificulta la revisión por mejoría y los procesos de recuperación, aversión psicológica al trabajo, molestias subjetivas (...), o que no presentan síntomas médicos de orden objetivo, (...), bien por su proximidad a la simulación que a su vez, puede ser consciente, obedecer o no a la deliberación previa del simulador, bien porque sean vencibles mediante decisión o acto de voluntad del afectado. Protegidas, en cambio, están las que derivan de lesiones cerebrales o enfermedades mentales constatables, esto es observadas por los médicos, a través de pluralidad de informes (...)» (ALONSO OLEA, M. (1985): *Instituciones de seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas), pp. 203-204). De entre estas últimas serían definitivas las «no susceptibles de curación con el adecuado tratamiento» (ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L. (1990): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas, 12ª edición), p. 239).

El Tribunal Supremo se había pronunciado sobre esta cuestión en su Sentencia de 29 de febrero de 1980 (Ar. 1572) manifestando que no es posible declarar una Incapacidad permanente (en este caso se solicitaba la absoluta) mientras se continúe» sometido al oportuno tratamiento médico por la neurosis reactiva que padece, la cual a su vez es susceptible de curación con la adecuada medicación psicopsicoterápica». Incluso, en su Sentencia de 2 de febrero de 1989 (A. 680), se dice que el trabajo puede ser positivo en el caso de la psicosis que se padece, pues «(...) no es de aquellas dolencias que, dentro del amplio género de las mentales, hacen no ya posible, sino incluso aconsejable, alguna ocupación en el paciente —laboterapia— (...)».

145. Gaceta de 12 de octubre.

146. «(...) en la legislación sobre accidentes de trabajo existía una lista sobre las lesiones productoras de la Incapacidad introducida tanto por el Reglamento de AT, de 28 de julio de 1900, como por el Reglamento de Incapacidades de 8 de julio de 1903. Sin embargo, la Ley de 30 de enero de 1900, remitía a la determinación judicial de la valoración de la situación, para fijar los padecimientos que calificaban la ineptitud o habilidad. En 1904 se propuso una modificación por el Instituto de Reformas Sociales para solventar la falta de concordancia entre la Ley y el Reglamento. La respuesta de la Ley de 10 de enero de 1922, de nuevo supuso la remisión reglamentaria para calificar las lesiones que

en reconocer la posibilidad de que las enfermedades mentales pudieran ser causa de incapacidades permanentes, al igual que las lesiones físicas, en general de más fácil objetivación¹⁴⁷.

El problema derivado de la exigencia de que todas las lesiones psíquicas susceptibles de generar una incapacidad permanente deban poder determinarse objetivamente persiste en la actualidad, y dificulta la consideración de algunos trastornos mentales como lesiones constitutivas de Incapacidad permanente, no solo por la vivencia subjetiva de estos, sino también por la ausencia de medios técnicos para diagnosticarlos¹⁴⁸.

Ahora bien, los trastornos mentales particularmente graves, que son precisamente los constitutivos de los grados más altos de la Incapacidad permanente, no plantean tales problemas en cuanto a la determinación efectiva de su existencia, ya que en el caso de «determinados procesos psicóticos o de profundas alteraciones de la personalidad» parece que sí es posible emitir un «diagnóstico cierto» «por la pérdida de facultades esenciales para la comunicación con el mundo exterior o el riesgo que comportan para el enfermo o para terceros»¹⁴⁹.

2.1.2.3. El carácter «previsiblemente definitivo» de las dolencias o lesiones.

La posibilidad de que la declaración de Gran invalidez tenga efectos meramente suspensivos del contrato de trabajo

El tercer elemento del concepto de Incapacidad permanente es que las secuelas o dolencias tengan un carácter previsiblemente definitivo en el momento de la declaración de la Incapacidad permanente.

La condición de lesión previsiblemente permanente debe poder concluirse del diagnóstico médico emitido. La norma establece la obligatoriedad de que las secuelas sean previsiblemente definitivas, irreversibles o incurables, lo que enla-

volvían a ser listadas exhaustivamente en él. Solo la Ley de Largo Caballero introdujo elementos nuevos en el concepto de incapacidad permanente, al incorporar una definición genérica de los grados de incapacidad terminando de este modo con el criterio fisiológico de las lesiones recogido por los baremos» (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., pp. 52 y 53).

147. Por todas, SSTCT de 22 de noviembre de 1974, Ar. 4932; de 9 de noviembre de 1974, Ar. 4631, y SSTS de 3 de febrero de 1975, Ar. 426; de 6 de febrero de 1975, Ar. 452; de 19 de marzo de 1975, Ar. 1307.

148. Pese a ello, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de septiembre de 1988 (Ar. 6923) consideró la posibilidad de determinar objetivamente un trastorno fóbico a la situación de volar padecido por una auxiliar de vuelo de AVIACO, que con anticipación al vuelo padecía una sintomatología caracterizada por manifestaciones hiperhidrosicas, taquicardias disneicas, deiseptésicas, escalofríos, temblores y llanto incoercible (...). También en otros casos el Tribunal Supremo ha entendido que las enfermedades mentales, orgánicas o funcionales, pueden determinarse objetivamente (SSTS de 19/9/1988, Ar. 6923; de 2 de enero de 1986, Ar. 216 y de 14 de febrero de 1984, Ar. 877), existiendo en las primeras lesiones anatómicas en el cerebro y en las segundas únicamente alteraciones en la actividad funcional del órgano.

149. STS de 13 de junio de 1984, Ar. 3323.

za con el requisito de haber seguido el tratamiento médico prescrito por los facultativos de la Seguridad Social y haber concluido este sin curación completa¹⁵⁰.

En ocasiones se niega el carácter de definitivo porque existe una hipotética posibilidad de intervención quirúrgica que permita al trabajador recuperar su capacidad de trabajo¹⁵¹.

Por lesiones definitivas deben entenderse aquellas que no son provisionales o temporales¹⁵². No obstante, la norma no establece taxativamente el carácter definitivo de las lesiones, sino que para poder declarar la Incapacidad perma-

150. Mientras las dolencias sean susceptibles aún de tratamiento no inciden permanentemente en la capacidad laboral de quien las sufre, por lo que faltaría «el requisito del carácter definitivo e irreversible de las mismas» (STS de 29 de enero de 1987, A. 185).

151. En estos casos habrá de contrastarse si la exigencia de tal intervención quirúrgica es razonable o no y si el trabajador está obligado o no a aceptar someterse a ella (RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016): «Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente» en *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad social con Trabajo*. VV.AA. (Dir. Sánchez Triguero, C.), op. cit., p. 463).

Algunas Sentencias dictadas en suplicación indican que la negativa a someterse a la intervención quirúrgica debe razonarse mínimamente, pues de lo contrario las dolencias no pueden ser valoradas como permanentes o irreversibles (STSJ Castilla - La Mancha de 24 de febrero de 1998 (rec. 1439/1997) y de 11 de febrero de 2004 (rec. 1756/2003) y Navarra de 26 de julio de 2005 (rec. 259/2005). En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 7 de junio de 2011 (JUR 2011/ 299973) argumenta que la negativa del trabajador a someterse a una intervención quirúrgica impide confirmar el carácter previsiblemente definitivo de la lesión padecida. Ahora bien, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, si la negativa a someterse a la intervención quirúrgica fuera razonable por resultar esta particularmente penosa o por haberse realizado otras previamente sin que el resultado fuera positivo, deberá respetarse la voluntad del trabajador. Siguen este criterio, entre otras, las SSTSJ Extremadura, de 27 de julio de 2010 (rec. 268/2010); 28 de enero de 2009, (rec. 1119/2008) y 11 de marzo de 2007(rec. 834/2006); Baleares 18 de septiembre de 2008 (rec. 317/2008) y Galicia de 11 de marzo de 1992(rec. 4292/1990).

ROMERO RÓDENAS sostiene que aunque en estos casos no es posible acudir a generalizaciones, cuando la intervención quirúrgica permitiera la recuperación total o parcial de la capacidad de trabajo del trabajador, y pone como ejemplo una operación de cataratas para recuperar la vista, debería demorarse la calificación de la Incapacidad permanente, puesto que las secuelas no serían definitivas. Por el contrario, cuando la intervención quirúrgica tuviera meros efectos paliativos a criterio del personal médico que atiende al trabajador, debería calificarse la Incapacidad permanente y si posteriormente se produjera una mejoría, podría instarse la revisión del grado de Incapacidad (ROMERO RÓDENAS, M.^a J. «Incapacidad permanente. Cuantía, dinámica y procedimiento» en *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Tomo I. VV. AA (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), Murcia (Ediciones Laborum, 1^a edición, p. 794).

152. OJEDA AVILÉS, A. (1976): «El concepto legal de invalidez en el régimen general de la seguridad social», en *Revista política Social*, nº 109, p. 42, citado por ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 56. Como subrayan SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ exigir que las deficiencias observadas sean previsiblemente definitivas excluye la protección por IP de quienes solo vayan a merecer una protección transitoria (SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* op. cit., p. 29). El hecho de que los padecimientos o dolencias deban ser definitivos o de curación incierta o a largo plazo es una nota que diferencia la Incapacidad permanente de la Incapacidad temporal (RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016): «Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente» en *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad social con Trabajo*. VV.AA. (Dir. Sánchez Triguero, C.), op. cit., p. 463).

nente es suficiente con que se pueda conjeturar que será este el que revistan con una alta probabilidad con posterioridad a la calificación¹⁵³. La introducción en el art. 193.1 LGSS/2015 del adverbio «previsiblemente» indica que lo que se exige en el momento de la declaración de la Incapacidad permanente es que las lesiones no sean susceptibles de tratamientos médicos que permitan recuperar la capacidad de trabajo, pero no que se descarte la posibilidad de curación total, ni la mejoría o agravación del estado global de salud, de tal forma que si se produjeran estas circunstancias lo que procedería es la revisión de la Incapacidad permanente declarada¹⁵⁴.

La referencia en la LGSS/2015 a que las lesiones deben ser previsiblemente definitivas, y no definitivas sin más, permite:

- Calificar la Incapacidad Permanente cuando exista la posibilidad de recuperación de la capacidad de trabajo del incapacitado, aunque solo si esta se estima médicamente como incierta o a largo plazo (art. 193.1 LGSS/2015), por lo que no solo cabe declarar la Incapacidad permanente en caso de incertidumbre acerca de la posibilidad de recuperación sino también cuando sea presumible que la misma se producirá, aunque en un tiempo largo e imprecisable.
- Declarar la Incapacidad permanente incluso en aquellos supuestos en los que el órgano calificador entienda que esta vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita la reincorporación al puesto de trabajo en el plazo de los dos años contados a partir de la fecha de la declaración de la Incapacidad permanente.

153. La certeza en ese juicio no siempre podrá ser absoluta, «de ahí que el legislador rebaje la exigencia, siendo válida una previsión bien fundada» (DE VAL TENA, A.L. (2017): «Incapacidad permanente. Concepto, grado y requisitos». En VV.AA. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), op cit. p. 775). O, como indica ROMERO RÓDENAS, citando la STSJ de Extremadura de 10 de junio de 2005 (Rec. 203/2005), es «suficiente una previsión seria de irreversibilidad para fijar el concepto de invalidez permanente, pues al no ser la medicina una ciencia exacta, resulta difícil la absoluta certeza del pronóstico, que no puede emitirse sino en términos de probabilidad» (ROMERO RÓDENAS, M.^a J. «Incapacidad permanente. Cuantía, dinámica y procedimiento» en *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Tomo I. VV. AA (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), op cit. p. 793).

154. Como indica TORRENTE GARI «hay un cierto grado de reversibilidad perfectamente compatible con una incapacidad permanente». Incluso hay un acceso especial a esta contingencia prevista legalmente para quienes a lo mejor «podrán trabajar, pero no ahora», tal como argumenta la STSJ de Asturias, de 2 de marzo de 2001 (Ar. 139619) para los casos de enfermedades mentales en que el cuadro no cumpla con los criterios de menoscabo permanente, por ser «susceptible de tratamiento médico», pero "el estado físico psíquico del demandante no es actualmente compatible con el desempeño regular, eficaz y con rendimiento de cualquier profesión u oficio, por lo que debe ser declarado en incapacidad permanente absoluta» (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., pp. 50-52 y 64).

En este último supuesto, previsto en el art. 48.2 Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET/2015)¹⁵⁵, la declaración de Incapacidad permanente tendrá efectos meramente suspensivos sobre la relación laboral, dando lugar a una reserva de puesto de trabajo por un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución en la que se declare la Incapacidad permanente.

Y esta posibilidad no solo está prevista para el caso de que se declare una Incapacidad permanente Total para la profesión habitual¹⁵⁶, sino también para los grados de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez.

Conforme establece el art. 7.2 del RD 1300/1995, de 21 de julio¹⁵⁷, que continúa regulando esta cuestión, en estos supuestos se dará traslado al empresario afectado de la resolución dictada al efecto por la correspondiente Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Para que la declaración de Incapacidad permanente provoque la suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva del puesto de trabajo se exigen tres requisitos¹⁵⁸:

- Que la Incapacidad Temporal del trabajador se haya extinguido por la declaración de una Incapacidad Permanente en grado de total, absoluta o Gran invalidez.
- Que resulte previsible que el trabajador dentro del plazo de los dos años siguientes a la fecha de la resolución por la que se declare la Incapacidad permanente vaya a experimentar una mejoría tal que le permita reincorporarse a su anterior puesto de trabajo.

155. Art. 48.2 TRET/2015: «En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o Gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la Incapacidad Permanente». Como precisa VELA TORRES, la suspensión prevista en este artículo «se encuentra indisolublemente vinculada a que el órgano de calificación estime que la situación de invalidez vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría, sin que baste la mera previsión general de revisión por agravación o mejoría» (VELA TORRES, F.J. (2004): «La invalidez como causa de extinción del contrato de trabajo» en *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. VV. AA (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial VII (Consejo General del Poder Judicial), p. 277).

156. Sobre este aspecto, SELMA PENALVA, A. aclara que en el caso de la IPT no se impone la extinción del contrato, sino que simplemente se permite, a voluntad del empresario, la resolución del contrato SELMA PENALVA, A. (2016, 2º trimestre): «Cuestiones prácticas en torno a la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual», op. cit., p. 52).

157. Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (BOE de 19 de agosto), que desarrolla en materia de incapacidades laborales, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

158. Más sobre estos requisitos en LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M. J. (2011): *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Albacete (Ed. Bomarzo), pp. 95-98.

- Que en la resolución administrativa o judicial que declare la Incapacidad permanente en alguno de los grados antes referidos conste expresamente la previsión de revisión por mejoría del trabajador.

Si se dan todos los requisitos anteriormente apuntados, el contrato de trabajo no se extinguirá automáticamente, ni siquiera cuando el empresario así lo quiera, sino que se mantendrá en suspenso por el plazo de los dos años indicado. Una vez producida la revisión y constatada la mejoría, pese a que la norma no establezca explícitamente la forma en que queda garantizado este derecho a la readmisión, debe producirse la reincorporación del pensionista de Incapacidad permanente a su puesto de trabajo¹⁵⁹.

Por el contrario, transcurrido el plazo de dos años contados a partir de la fecha en que fue declarada la Incapacidad permanente sin que se haya producido una mejoría del estado del trabajador que permita su reincorporación al trabajo, se extinguirá el contrato de trabajo, salvo que, tratándose de la Incapacidad permanente total para la profesión habitual, la empresa reubique al trabajador en un puesto de trabajo compatible con su estado¹⁶⁰.

Pese a que el artículo 7 del Real Decreto 1300/1995 parece admitir la posibilidad de que el INSS proceda a la revisión por mejoría antes de que transcurran los dos años siguientes a la fecha de la resolución de la Incapacidad permanente si así se hace constar en esta¹⁶¹, el artículo 48.2 TRET/2015 se limita a establecer que la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo subsistirá durante un periodo de dos años, con lo que parece excluir la posibilidad de proceder a la revisión por mejoría antes de que se cumpla dicho plazo.

Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 17 de julio de 2001¹⁶² explica que: «La subsistencia de la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo prevista en el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores está indisolublemente vinculada a que el órgano de calificación

159. Véase ITURRE GÁRATE. (2007); «La integración laboral ordinaria de las personas con discapacidad. Realidad existente y sugerencias para el futuro». VV.AA. *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*. (Dir. ITURRE GÁRATE, J. C.), Cuadernos de Derecho Judicial XV - 2006, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), p. 322.

160. A este respecto, hay que tener en cuenta que salvo que exista compromiso de «segunda actividad» asumido convencionalmente por el empresario, u obligación de suspender el contrato por posibilidad de recuperación, no existe una norma que obligue al empresario a la recolocación en puesto de trabajo compatible, por lo que esta decisión corresponde a la voluntad exclusiva de la empresa.

161. El art. 7 del RD 1300/1995 establece lo siguiente: «La subsistencia de la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo, que se regula en el apartado 2 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sólo procederá cuando en la correspondiente resolución inicial de reconocimiento de invalidez, a tenor de lo previsto en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, se haga constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años».

162. EDJ 69388.

estime que la situación de invalidez vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría (...)» y resalta las dos consecuencias que de ello derivan:

- La primera, que si no fue declarada por el órgano calificador la previsión de revisión por mejoría el trabajador pierde definitivamente el derecho a la reserva del puesto de trabajo.
- La segunda, que el INSS no puede acordar la revisión por mejoría hasta que hayan transcurridos dos años desde la fecha en que fue declarada la Incapacidad permanente, porque «lo contrario significaría variar en contra del trabajador el derecho que le reconoce el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores». Ahora bien, «la imposibilidad del INSS de no acordar la mejora en dos años no le priva de sus funciones con respecto a posibles revisiones de la invalidez reconocida en plazos superiores».

En el caso de que efectivamente se haya previsto por el órgano calificador la posibilidad de proceder a la revisión por mejoría, si esta tiene lugar y efectivamente se ha producido una mejoría tal que le permita reincorporarse a su puesto de trabajo, el trabajador tendrá derecho al reingreso automático, incluso en el caso de que el INSS no hubiera comunicado en su día a la empresa la resolución inicial de calificación de la Incapacidad permanente en la que se preveía la revisión por mejoría, y pese a no haberlo hecho tampoco el trabajador interesado, porque la ley no le impone la obligación de poner en conocimiento de la empresa las resoluciones que hayan podido dictarse en materia de Incapacidad permanente, a diferencia de lo que se establece con respecto a los partes de alta, baja y confirmación de la baja en el caso de la Incapacidad temporal¹⁶³.

Por otra parte, esta posibilidad de que la Incapacidad permanente, en sus grados de Total, Absoluta y Gran invalidez, pueda dar lugar a la suspensión del contrato con derecho a reserva de puesto de trabajo, en vez de provocar su extinción automática, tal como prevé el art. 49.1, letra e) del TRET/2015¹⁶⁴, permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva

163. Así lo recalca VELA TORRES, F.J. (2004) en «La invalidez como causa de extinción del contrato de trabajo». *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. VV. AA (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), op.cit., p. 278).

164. De hecho, el art. 48.2 ET constituye «una importante excepción a la regla general de extinción del contrato de trabajo por declararse al trabajador afecto de incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez». Así lo ha resaltado MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2008): «Sobre la preexistencia de lesiones y su compatibilidad con la declaración de incapacidad permanente. El trabajo de los discapacitados», en *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. VV. AA (Dir. RIVAS VALLEJO, P), Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edición), p. 184). Al respecto, VELA TORRES advierte que únicamente las situaciones de Incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez han sido reconocidas por las Entidades gestoras de la Seguridad Social competentes sería posible que actuara la causa extintiva del contrato prevista en el art. 49.1, letra e) del TRET/2015 (VELA TORRES, F.J. (2004): «La invalidez como causa de extinción del contrato de trabajo». *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. VV. AA (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), op. cit., p. 273).

(extintiva de la relación laboral) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría (suspensiva de la relación laboral)¹⁶⁵. También permite diferenciar la revisión de la Incapacidad permanente prevista en el art. 48.2 TRET/2015 de la revisión de la Incapacidad permanente a que se refiere el artículo 200.2 LGSS/2015, ya que en el primer caso, la mejoría que permita recuperar la capacidad de trabajo no solo es previsible sino probable, o al menos, por coherencia con lo previsto en la resolución del INSS, debería serlo; mientras que en el segundo lo probable es que el beneficiario no experimente tal mejoría, al tratarse de situaciones de incapacidad permanente previsiblemente definitivas con efectos extintivos de la relación laboral¹⁶⁶.

2.1.2.4. La «disminución o anulación de la capacidad laboral» como elemento imprescindible pero no suficiente para declarar la Gran invalidez

La Incapacidad permanente exige la disminución o anulación de la capacidad laboral. Este último elemento configurador de la Incapacidad permanente puede ser calificado como el esencial, porque no habrá posibilidad de declarar la Incapacidad permanente en ninguno de sus grados si las reducciones anatómicas o funcionales objetivadas y previsiblemente definitivas sufridas por el trabajador, por más graves que sean intrínsecamente, no disminuyen o anulan su capacidad laboral. Y ello porque todos los requisitos examinados anteriormente han de ponerse en relación con este último que, en la modalidad contributiva, es el determinante¹⁶⁷.

Pero, además, la afectación que sobre la capacidad de trabajo tengan las lesiones es el criterio establecido para determinar el grado de Incapacidad per-

165. La STSJ de Galicia (Sala de lo social, sección 1ª) de 13 de julio de 2010, (AS/2010/1769), en relación con el art. 48.2 TRET, pone de relieve que: «Esta doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral».

166. Sobre esta diferencia entre las previsiones de los artículos 48.2 TRET y art. 200.2 LGSS acerca de la revisión de la Incapacidad Permanente, véase STS de 31 de enero de 2008 (RJ 2008, 1622).

Como dice LEÓN IGLESIAS, en el caso de que el EVI considere que «la situación funcional de la persona declarada inválida va a mejorar... (la) revisión se realizará con seguridad al llegar al plazo fijado, con el objetivo que, para el supuesto que se revoque la pensión previamente reconocida, el asegurado pueda reincorporarse a su puesto de trabajo, que tiene reservado por la empresa en la que trabajaba»; en el resto de casos, «la revisión por parte del INSS se puede producir o no —llegada la fecha o más adelante hasta que el sujeto se jubile—, pero no existe esa previsión de mejoría (...)» (LEÓN IGLESIAS, J. (2014): *El Libro Verde de las Incapacidades Laborales*, Bilbao (Ed. Gomylex), pp. 140-141).

167. Como indican PÉREZ ALONSO, M.ª A. y RODRÍGUEZ PASTOR solo si las reducciones graves repercuten en el trabajo, anulando o disminuyendo la capacidad laboral, encajarán dentro de la protección de la Incapacidad permanente contributiva. De lo contrario, se podría solicitar (si se reúnen los requisitos para poder acceder a la misma) una invalidez no contributiva, en la que lo determinante va a ser la minusvalía sufrida en relación con un baremo y no la capacidad laboral (PÉREZ ALONSO, M.ª A. y RODRÍGUEZ PASTOR. (2008): «La incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social» en *Nuevas prestaciones de Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Jubilación en el RGSS*, «Colección Laboral» 183 (Dir. ALBIOL MONTESINOS, I.) Valencia (Ed. Tirant lo blanch), p. 56).

manente, por lo menos en lo concerniente a los tres primeros. No así en la Gran invalidez que, aunque también requiere para poder ser declarada que las lesiones hayan producido una reducción o anulación de la capacidad laboral, el factor decisivo no es este sino el de necesidad de asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, dado que la calificación de la Gran invalidez no tiene carácter exclusivamente profesional como la del resto de los grados de Incapacidad permanente¹⁶⁸.

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo que a efectos de valorar el nivel de disminución de la capacidad laboral del trabajador, deben valorarse de forma conjunta todas las dolencias padecidas por este, tanto en la calificación inicial de la Incapacidad permanente como en su posible revisión¹⁶⁹.

Esto significa que el estado de salud del trabajador es una situación unitaria y, como tal, no debe ser examinado en actuaciones separadas, sino de forma global. No sería aconsejable hacerlo de otra forma, ni siquiera en el caso de que la exploración tenga por finalidad «diferenciar la incidencia que tiene el origen común o profesional de sus dolencias, pues esto rompería la unidad y globalidad de la evaluación que permite conocer el alcance de su incapacidad»¹⁷⁰.

Por otra parte, a efectos de declarar una Incapacidad permanente y de determinar el grado de esta, el concepto relevante es el de «capacidad laboral» y no el de «capacidad de ganancia». De hecho, este último no es determinante en la actualidad en modo alguno¹⁷¹.

168. Sobre este punto, BRUNA REVERTER asevera que el sistema de calificación de la Incapacidad vigente tiene carácter profesional, salvo en el caso de la Gran invalidez y de las Lesiones permanentes no incapacitantes (BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, op. cit., p. 83). Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, las lesiones permanentes no incapacitantes deberían o bien desaparecer o bien hacerse extensivas también a las derivadas de las contingencias comunes y la concesión de la Gran invalidez exige «cuantificar y cualificar las actividades esenciales de la vida diaria que pueden verse afectadas o impedidas» (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (2017): «El tratamiento jurídico de la Incapacidad para el trabajo en el sistema español de Seguridad Social», en *Incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social*, (AESSS), Murcia (Ediciones Laborum, 1ª edición), pp. 44-45).

169. Por todas, STS 28 de septiembre de 1988 (EDJ 7465); 15 de junio de 1990 (EDJ 6418); 9 de julio de 1990 (EDJ 7399); 24 de marzo de 2009 (EDJ 50844).

Como más recientemente resume la STSJ Castilla y León (Burgos) de 13 de octubre de 2011 (JUR 2011, 364253): «(...) aunque los diversos padecimientos que integren su estado patológico, y con independencia de su origen común o profesional, considerados aisladamente, no determinen un grado de discapacidad, sí pueden llevar a tal conclusión, si se ponderan y valoran conjuntamente».

170. Por todas, SSTS de 23 de septiembre de 2003 (EDJ 116072) y de 4 de noviembre de 2004 (EDJ 219454).

171. Aunque actualmente, la disminución o anulación de la capacidad de ganancia en modo alguno constituye un factor determinante de la Incapacidad permanente, sí lo fue en el pasado, ya que los órganos judiciales, señaladamente a la hora de reconocerla en su grado de Absoluta, tenían en cuenta cuál era la capacidad real de ganancia del futuro incapacitado. Pero esta posición judicial, que tenía en cuenta factores ajenos al estado de salud del trabajador y a la incidencia de este en su capacidad de trabajo, se abandonó después de que la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social

Hasta la Ley 24/1972, de 21 de junio, a la hora de valorar la Incapacidad permanente, y especialmente de calificar como Incapacitado permanente absoluto al trabajador que en lo sucesivo no iba a poder seguir realizando su profesión habitual por haber quedado inhabilitado para ello, se utilizaba por los órganos judiciales un criterio eminentemente socioprofesional, que tomaba en consideración circunstancias personales del trabajador y factores externos del mercado de trabajo que pudieran dificultar sus posibilidades de encontrar una nueva ocupación compatible con su estado¹⁷².

Hoy en día, se utiliza un criterio predominantemente profesional para el reconocimiento de la Incapacidad permanente y el grado de esta, siendo irrelevantes las dificultades de encontrar una nueva ocupación compatible con el estado de salud del incapacitado¹⁷³. Solo para reconocer el derecho al complemento del 20% correspondiente a la Incapacidad permanente total cualificada, que es una variante de la Incapacidad permanente total y no un grado distinto, se tienen en cuenta circunstancias que pueden dificultar la obtención de empleo

(BOE de 22 de junio), estableciera el incremento del 20% correspondiente a la Incapacidad permanente total cualificada.

172. Para valorar la incapacidad de ganancia se tienen en cuenta factores personales del incapacitado (nivel cultural y formación profesional y factores externos del mercado de trabajo, que juntos pueden influir en una mayor o menor probabilidad de obtener una ocupación retribuida (ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 58), citando BARBA MORA, A. (2001): *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, op. cit., p.51). Circunstancias subjetivas como la edad, la preparación profesional u otras análogas de tipo económico y social que pudieran concurrir, podrían configurar un grado de incapacidad permanente superior al que correspondiera en atención a razones objetivas de carácter médico exclusivamente (LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M.J. (2011): *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, op. cit., p. 8).

Pero, como indica ÁLVAREZ DE LA ROSA, «la disminución de la capacidad laboral es el eje en torno al que gira la protección por incapacidad permanente» y el criterio predominante para analizar la capacidad laboral es el denominado criterio profesional, entendido como aptitud genérica para el trabajo, no como dificultad para encontrar nuevo trabajo. «Salir fuera del criterio profesional para analizar y valorar circunstancias concurrentes que incidan favorable o desfavorablemente en la posibilidad de trabajo del inválido (edad, profesión, circunstancias culturales o de mercado de trabajo) está hoy constreñido pura y exclusivamente al supuesto concreto de la invalidez total cualificada que no es un grado autónomo». (ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2008): «La incapacidad permanente: Su evolución en el Proceso de Reforma de la Seguridad Social». VV.AA. *La Seguridad Social a la luz de sus reformas presentes, pasadas y futuras* (Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación), op. cit., pp. 844 y 845).

173. Sobre este punto, la STSJ Galicia de 10-12-1999 (AS 1999,6585) indica lo siguiente: «Ha de recordarse que en la actualidad, desaparecidas las «incapacidades típicas» características de la normativa previa a la LSS/1966, la IP es de índole profesional y por lo tanto ha de ser calificada en función de un determinado puesto de trabajo, de tal manera que de unas mismas lesiones objetivas pueden derivarse consecuencias invalidantes —calificaciones— diversas, de tal manera que unas mismas lesiones o secuelas pueden ser constitutivas o no de IP en función de las actividades correspondientes a la profesión del presunto incapaz, como inequívocamente se desprende del art. 137.2 LGSS/1994». Es decir, no hay incapacidades sino incapaces.

en actividad distinta de la habitual: edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia¹⁷⁴.

También, como se ha indicado anteriormente, la Gran invalidez constituye una excepción a esta regla general de utilización de un criterio exclusivamente profesional a la hora de calificar la incapacidad permanente, puesto que para este grado no solo se tiene en cuenta la incidencia del estado global de salud del trabajador en su capacidad laboral, sino también si aquél determina la necesidad de ser asistido por otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida. Se atiende, por tanto, no solo a factores profesionales, sino también extraprofesionales, aunque de forma limitada, porque dentro de estos últimos por ejemplo no resulta relevante la capacidad económica del beneficiario, ni su entorno familiar o social¹⁷⁵.

Hecha esta salvedad sobre la Gran invalidez, con carácter general, el reconocimiento de un grado u otro de Incapacidad permanente se hará teniendo en cuenta la mayor o menor afectación de la capacidad laboral. Cuando se trata de valorar la reducción de la capacidad de trabajo a efectos de reconocer las Incapacidades permanentes parcial y total, lo importante es determinar los efectos que las secuelas tengan sobre la realización de la actividad específica, por lo que resulta imprescindible conocer cuál era la profesión habitual del trabajador. Por el contrario, en la Incapacidad permanente absoluta, la valoración se hará en relación con la actividad laboral genérica, porque en este grado lo relevante es la imposibilidad de realizar cualquier profesión u oficio¹⁷⁶. Y, por último, a efectos del reconocimiento del grado de Gran Invalidez el factor determinante,

174. Art. 196.2, párrafo 2º LGSS/2015. Resumiendo la argumentación de la STS de 4 de marzo de 1993 (RCUD 1222/1992), VENTURA PRAT subraya que este incremento no es una prestación, sino el aumento de cuantía que experimenta la pensión de incapacidad permanente total cuando concurren determinadas dificultades de empleo, pero que, aunque no se trate de un grado de invalidez ni de una prestación independiente, lo cierto es que en los requisitos de acceso a la protección y la propia dinámica de ésta, el incremento tiene una relativa autonomía con problemas específicos que aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación (VENTURA PRAT, J. M.^a (2009): *Jurisprudencia de Seguridad Social*, op. cit., pp. 393-394). Por lo demás, como aclara RODRÍGUEZ INIESTA «factores de tipo subjetivo —preparación, formación del trabajador, etc.— u objetivo como la edad no pueden llevarnos a determinar la existencia de una incapacidad laboral o no. A lo sumo tendrían influencia en un mayor porcentaje de la pensión de incapacidad permanente total. De hecho el incremento de la pensión de IPT con un 20 por ciento más obedeció en su momento a evitar la interpretación subjetiva y amplia de la IPA que los tribunales venían haciendo de ella (art. 11.4 de la Ley 24/1972, 21 de junio)» (RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2016): «Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente» en *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad social con Trabajo*. VV.AA. (Dir. Sánchez Triguero, C.), op. cit., p. 471).

175. TORRENTE GARI manifiesta que en la Gran invalidez no se atiende al criterio profesional (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op.cit., p. 59).

176. En los cuatro grados de Incapacidad permanente, el fundamento es el criterio profesional, es decir, «aquel que toma como referencia el trabajo habitual o, en extremo, cualquier trabajo productivo» (ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2008): «La incapacidad permanente: Su evolución en el Proceso de Reforma de la Seguridad Social». VV.AA. *La Seguridad Social a la luz de sus reformas presentes, pasadas y futuras* (Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación), op. cit., p. 844).

aunque no exclusivo, será la pérdida de autonomía personal del beneficiario, porque también se exige que el beneficiario esté afecto de Incapacidad Permanente, por lo que las secuelas deben afectar también a su capacidad laboral, específica o genérica.

A modo de resumen, el proceso de valoración de la Incapacidad permanente ha sido resumido en términos similares a los siguientes¹⁷⁷:

- Es necesario un proceso de individualización, para poder adaptar la decisión a las concretas particularidades del caso.
- Dado el marcado carácter profesional del sistema de la Seguridad Social en cuanto a la Incapacidad permanente, lo que interesa valorar es cuál es la capacidad laboral residual que las secuelas, previsiblemente definitivas, van a permitir al afectado, bien sea en relación con la que ha sido su profesión habitual, bien, en general, en relación con cualquier actividad u oficio.
- A la hora de valorar la teórica capacidad de trabajo debe tenerse en cuenta que la prestación de los servicios o la realización de la actividad debe realizarse en condiciones normales de habitualidad, de forma que con un esfuerzo normal sea posible obtener el rendimiento que resulte razonablemente exigible, sin que para lograrlo se requiera de un sobreesfuerzo especial. Pero, además, la actividad debe llevarse a cabo con profesionalidad, es decir, conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia legalmente exigibles, teniendo en cuenta la jornada laboral ordinaria en el sector de actividad o en la empresa concreta.
- El desempeño de la teórica actividad no debe incrementar el riesgo físico, propio o ajeno, esto es, de compañeros de trabajo o de terceros.

Por último, debe insistirse en el hecho de que, pese a estar fundamentado en valoraciones médicas, la Incapacidad permanente es un concepto jurídico. Por esta razón cabe la posibilidad de que aun existiendo lesiones físicas o psíquicas que médicamente determinen sin lugar a dudas la inhabilidad permanente para trabajar, finalmente aquélla no se declare por faltar algún requisito para causar derecho a la pensión. Y esta circunstancia, que puede darse con relación a cualquiera de los grados, fundamentalmente tendrá lugar cuando la Incapacidad permanente derive de enfermedad común, al exigirse en este caso acreditar un periodo previo de cotización que el solicitante de la prestación económica podría no cumplir; si bien, por idéntico motivo, tampoco podría reconocerse la Incapacidad permanente absoluta y la Gran invalidez derivada de accidente no

177. DE VAL TENA, A.L. (2017): «Incapacidad permanente. Concepto, grado y requisitos». En VV.AA. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L y RODRÍGUEZ INIESTA, G.), op.cit, p.776, sintetizando la doctrina judicial contenida en la Sentencia del TSJ de Castilla y León/Burgos de 10 de enero de 2013 (JUR 2013, 20366).

laboral cuando esta se solicite desde una situación de no alta y el interesado no reuniese la cotización requerida.

2.2. La necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida debido a la existencia de reducciones anatómicas o funcionales graves

La necesidad de concurso de una tercera persona que asista al beneficiario en la realización de los actos más esenciales de la vida es el elemento que diferencia a la Gran invalidez del resto de grados de la Incapacidad permanente.

No es posible concebir la calificación de la Gran invalidez sin que exista ese tercero que preste asistencia al inválido, aunque no es preciso que su identidad quede determinada en modo alguno, por lo que la Seguridad Social no tiene por qué tener constancia de quién es esa persona. Simplemente el legislador da por hecho que si el gran inválido no puede realizar por sí mismo alguno de los actos más esenciales de la vida deberá haber alguien que le asista en su ejecución.

Así, el inciso final de la redacción dada al art. 194.6 en la Disposición Transitoria vigésimo sexta de la LGSS/2015 exige para la calificación de la Incapacidad permanente en el grado de Gran invalidez que el trabajador «(...), por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

Por tanto, el factor determinante a la hora de delimitar el concepto de Gran Invalidez, y con ello los supuestos que en la práctica pueden llegar a encajar dentro del mismo, es la acotación de lo que debe entenderse por «actos esenciales» y por «necesidad» de otra persona para realizarlos¹⁷⁸, sin descuidar el hecho de que precisamente son las reducciones anatómicas y funcionales graves las que determinan esa situación de dependencia personal.

Precisamente analizando estas lesiones que, además de incapacitar permanentemente para el trabajo habitual o para todo tipo de trabajo, pueden englobarse dentro de las que determinan una situación de dependencia personal que deja a quien la sufre imposibilitado para valerse por sí mismo en la realización de los actos esenciales, empezaré la explicación de este apartado.

2.2.1. Las lesiones constitutivas de la Gran Invalidez

El concepto de Incapacidad permanente recogido en el art. 193.1 LGSS/2015 exige que se constate la existencia de una patología física o psíquica, con independencia de la contingencia, común o profesional de la que derive, esto es,

178. LÓPEZ PRIETO, L.A. (2016): «Conceptos protegidos, requisitos de acceso y prestaciones previstas». En VV.AA. *Incapacidades Laborales. Análisis práctico de su regulación* (director: BLANCO MARTÍN, J.M.), op. cit., p. 286.

que estén presentes en el caso concreto las reducciones anatómicas o funcionales graves a las que se ha hecho referencia anteriormente.

Si en cualquiera de los tres primeros grados de la Incapacidad permanente deberá poder demostrarse la incidencia de las reducciones anatómicas o funcionales en la actividad laboral del trabajador, en el caso de la Gran invalidez ineludiblemente deberá observarse la repercusión de la lesión o de la enfermedad desde una doble perspectiva:

- a) La que pueda tener en la realización del trabajo habitual del trabajador.
- b) La que tenga en la realización de los actos más esenciales de la vida cotidiana del trabajador.

Así, una cuestión es la relativa a en qué medida afectan las reducciones anatómicas o funcionales a la realización del trabajo, es decir, si impiden al trabajador llevar a cabo todas o, al menos, las fundamentales tareas de su profesión habitual, o, incluso, cualquier actividad laboral; y otra es que esas lesiones determinen además, inexcusablemente, la necesidad de que el trabajador sea asistido por una tercera persona por no poder realizar por sí mismo al menos uno de los actos más esenciales de la vida. Solo en este último caso entramos en el terreno propio del cuarto grado de la Incapacidad permanente¹⁷⁹.

Y ello porque para el reconocimiento del grado de Gran invalidez no es suficiente con que el trabajador vea afectada su capacidad de trabajo de forma relevante, sino que el factor esencial a tener en cuenta es que la reducción anatómica o funcional conlleve la imposibilidad, y no la mera dificultad como se verá más adelante, de realizar por sí mismo al menos uno de los actos más

179. Incluso tratándose de dolencias graves o muy graves, si solo se da la primera de las circunstancias, es decir, la disminución o anulación de la capacidad laboral, lo que deberá reconocerse es la Incapacidad permanente total o la Incapacidad permanente absoluta. Ejemplo de lo primero sería el supuesto analizado por la Sentencia del TSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, de 24 de julio de 2012 (Rec. 494/2012). Se trataba de una camarera diestra con una neuropatía severa de nervio mediano que le ocasionaba una falta de funcionalidad en la mano izquierda consistente en la imposibilidad de hacer el movimiento de oposición del pulgar y en la falta de sensibilidad en los tres primeros dedos de dicha mano. Se le reconoce la Incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común, pues «aunque la trabajadora sea diestra, el desempeño de su profesión habitual como camarera exige y obliga al uso de forma continua y complementaria de ambas extremidades superiores». Ejemplo de que un conjunto de dolencias de carácter muy grave incluso aisladamente consideradas no determinan necesariamente la situación descrita como Gran invalidez es la que estudia la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Rioja, de 23 de julio de 2012 (r. 289/2012). El cuadro clínico en este caso se caracterizaba por estar presentes tres patologías: VIH en la categoría A; hepatopatía crónica por VHC (hepatitis C) y trastorno depresivo mayor sin síntomas psicóticos cronificado. Las dos primeras patologías no tuvieron ningún tipo de relevancia a efectos de reconocimiento de la Incapacidad Permanente absoluta porque se encontraban en un estado asintomático que no repercutía en la capacidad laboral del trabajador afectado. Sí se dio, por el contrario, a tales efectos, una gran relevancia al trastorno psíquico que padecía el trabajador, caracterizado por elevada ansiedad, tristeza, abulia, anhedonia, desesperanza, ideación de muerte e ideas autolíticas.

esenciales para la vida y que, por tal motivo, precise la asistencia de tercera persona¹⁸⁰.

2.2.1.1. Lesiones físicas. Particular atención a la ceguera

La lesión física por excelencia constitutiva de Gran invalidez ha sido y sigue siendo la ceguera¹⁸¹ y la falta de agudeza visual a ella equiparable¹⁸².

Aunque no existe una doctrina legal indubitada que establezca cuándo la falta de agudeza visual debe ser valorada como ceguera, en general se acepta que cuando aquélla resulta inferior a 0,1 en ambos ojos prácticamente la determina. Lo mismo ocurre cuando se limite a la percepción de luz o a ver «bultos» o incluso «dedos»¹⁸³. Por el contrario, viene considerándose que la agudeza visual igual o superior a 0,1 permite al sujeto realizar los actos más esenciales de la vida sin necesidad de asistencia de otra persona, lo que impide la calificación

180. No se han considerado constitutivas de Gran invalidez las siguientes situaciones, por entender que no impedían a quien se encontraba en alguna de ellas valerse por sí mismo para la realización de los actos más esenciales de la vida: una enfermedad pulmonar obstructiva de carácter severo con tratamiento de oxigenoterapia domiciliar durante dieciséis horas diarias (STSJ de Asturias de 4 de diciembre de 1998); un infarto cerebral con hemiplejía izquierda (STSJ de Galicia de 19 de enero de 1994 (Rec. núm. 110/1992), un proceso artrósico que afecta a las rodillas que obliga a deambular con ayuda de un bastón (STSJ de Castilla y León de 30 de septiembre de 1994 (Rec. núm. 212/1994). Así lo recoge, ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 375.

181. La privación total del sentido de la vista es constitutiva de Gran invalidez, especialmente si no es originaria o de nacimiento y sobreviene en fase más o menos avanzada del curso vital (STS de 10 de julio de 1989, EDJ 7061). Véase un estudio detallado del tratamiento jurisprudencial sobre la ceguera en GÁRATE CASTRO, J. (1979): «La ceguera como lesión constitutiva de gran invalidez». *Jurisprudencia Social y Sanidad*, nº 4.

Como indica ARASTEY SAHÚN, la idea de que la ceguera impide a la persona que la padece valerse por sí misma ha sido comúnmente aceptada «en todos los supuestos de valoración del daño corporal» (ARASTEY SAHÚN, M.L. (2008): «Enfermedades oftalmológicas: análisis jurisprudencial» VV.AA. Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico (Dir. RIVAS VALLEJO, P), Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edición), p. 1565).

182. Por ejemplo, degeneración macular asociada a la edad bilateral con membrana neovascular y estrías angioides de la que resulta una ceguera profunda bilateral, siendo la agudeza residual inferior a 0,05 en ambos ojos (STSJ Madrid de 28 de junio de 2004, EDJ 102569).

En todo caso debe tenerse en cuenta el efecto de la corrección óptica, es decir, si pese a existir esta, la agudeza visual sigue siendo equivalente a la propia de la ceguera casi absoluta (STSJ de Murcia de 21 de mayo de 2001 (JUR 2001, 190967).

La STS de 19 de septiembre de 1985 (RJ 1985, 4329), en relación con aquellos casos en los que el carácter progresivo de la enfermedad hiciera previsible que en un futuro llegara a ser imprescindible la asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, indica que el momento de la calificación debe ir referido siempre al momento presente. Estos supuestos podrían darse por ejemplo en el caso de una diabetes, como ocurre en los analizados en las SSTs de 18 de abril de 1984 (RJ 1984, 2115) y 11 de febrero de 1986 (RJ 1986,956) o de atrofia y miopía degenerativa (STS 31 de octubre 1974 (RJ 1974, 3994).

183. STS de 8 de marzo de 2018 (R. 262/2018; Tol 6574148).

de la Gran invalidez¹⁸⁴, salvo que concurra alguna otra circunstancia que impida la realización de alguno de tales actos¹⁸⁵.

Con respecto a la ceguera —y a las situaciones de alteración visual funcionalmente asimilables a esta— la cuestión consiste en determinar si por sí misma puede dar lugar a la Gran invalidez, porque la respuesta difiere en función del criterio —subjetivo u objetivo— que se utilice para valorar la necesidad o no de ayuda de tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida.

La utilización de un criterio subjetivo de valoración supone tener en cuenta las circunstancias personales de cada beneficiario a la hora de calificar o no la Gran invalidez. Se trataría de valorar si el incapacitado requiere de ayuda de un tercero no en función de la incapacidad generada por la lesión en abstracto, sino porque efectivamente no puede valerse por sí mismo, aplicando por extensión a esta falta de autonomía personal la máxima prevista en relación con la incapacidad laboral según la cual «no habría incapacidades, sino incapacitados».

De forma que en estos casos la calificación de la Gran invalidez deberá hacerse tomando en consideración las capacidades individuales de cada sujeto, en función de las habilidades adaptativas que haya podido adquirir. En definitiva, lo relevante desde esta perspectiva serían las condiciones o factores personales de cada potencial beneficiario, que pueden diferir de forma importante incluso tratándose de personas con la misma alteración visual¹⁸⁶.

La doctrina jurisprudencial limita la utilización de este criterio subjetivo de valoración a aquellos supuestos en que no exista una ceguera absoluta, pero sí una importante reducción de la capacidad visual, que aun impidiendo la realización de cualquier actividad laboral no afecta sustancialmente a la autonomía personal, siendo la cuestión a dilucidar en estos casos si la agudeza de visión que todavía conserva el beneficiario es suficiente para permitirle realizar por sí solo los actos esenciales de la vida, y no es, por tanto, precisa la ayuda de tercera persona¹⁸⁷.

184. STSJ Asturias de 16 de septiembre de 2011 (EDJ 227042).

185. STSJ Madrid de 28 de junio de 2004 (EDJ 143319), sobre un supuesto de agudeza visual igual a 0,1 unida a cofosis (sordera total) bilateral con déficit severo del lenguaje, situación que a criterio de la Sala puede considerarse comprendida en el supuesto legal de Gran invalidez.

186. Como dice GORELLI HERNÁNDEZ, desde esta óptica la cuestión se analiza «no tanto en función de la incapacidad generada, sino en función del propio inválido, y de que este pueda o no adaptarse a las limitaciones que sufre, pudiendo alcanzarse o no una situación de autonomía personal. De esta manera, no sería posible dar una respuesta exclusivamente en función de cuáles sean las reducciones anatómicas o funcionales sufridas, sino que es imprescindible analizar la repercusión de las mismas en el desarrollo de la vida del beneficiario (...)» (GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2014, 4º Trimestre): «Ceguera como situación determinante de Gran invalidez (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2014, RCU1246/2013). *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 1, p. 175).

187. Ejemplos de la utilización de este criterio, minoritario en la doctrina jurisprudencial, son las SSTs de 19 de enero de 1988 (RJ 1989/ 269); de 24 de octubre de 1988 (RJ 1988/8145); de 19 de junio de 1989 (RJ 1989/4818) y de 12 de junio de 1990 (RJ 1990/ 5064). Esta última resume que viene considerándose que la agudeza visual igual a una décima o superior, salvo que concurran otras circunstancias, permitiría realizar los actos más esenciales de la vida sin necesidad de asistencia de tercera persona, lo cual excluiría la consideración de tal supuesto como constitutivo de Gran invalidez.

Por el contrario, la utilización de un criterio objetivo de valoración supone considerar que los casos de ceguera total o supuestos asimilados generan automáticamente la calificación de Gran invalidez, pues en ellos objetivamente se requiere de la ayuda de un tercero para realizar los actos esenciales de la vida. Así lo resume la Sentencia de 21 de septiembre de 1987¹⁸⁸ cuando argumenta que «es claro que el invidente ha de ser ayudado constantemente por otras personas para subsistir vitalmente (...) quien tiene ceguera (...) precisa asistencia ajena constante para desplazamientos, comer y actos relativos de higiene corporal y otros».

Actualmente, la doctrina dominante se inclina por aplicar un criterio objetivo, expresión del cual es la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014, que por su importancia se pasa a analizar seguidamente¹⁸⁹.

La aplicación de las tablas de la Escala de Wecker es el método de medición de la agudeza visual habitualmente utilizado en España. Se trata; no obstante, de una valoración indicativa y, que por tanto, ofrece valores aproximados, que, cuando se trata de reconocer una Incapacidad permanente parcial o total, habrán de completarse en cada caso con el análisis de la actividad habitual del trabajador (Fundamento de Derecho tercero.1. B) de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2016, Rcu. n.º 1986/2014). Esta doctrina había quedado ya reflejada en la Sentencia de 21 de marzo de 2005 (RJ 2005, 5738) y en la de 23 de diciembre de 2014.

La primera consideraba que se tiene que atender no solo a la lesión, sino también a la profesión, y en función de ella preguntarse si la lesión impide o no su realización, y que «La profesión de picador minero requiere, por las condiciones en que se desarrolla y por el riesgo de producir accidentes propios y a terceros que comporta, (...) del mantenimiento de unas condiciones de visión binocular para el cálculo de las distancias y de una agudeza visual mayor de la que presenta el recurrente» (F.J. tercero). La segunda reconoce la Incapacidad permanente total a un gruista con visión monocular, al entender que también requiere una buena visión binocular. Por tanto, no debe aplicarse de forma estricta y automática las tablas de la Escala de Wecker, que solo atienden a la entidad de la lesión, ya que en determinadas profesiones u oficios como puede ser la de los picadores mineros, los gruistas y otros colectivos, como los conductores de vehículos, requiere visión binocular para evitar accidentes propios y a terceros (ver comentario a la Sentencia de 23 de diciembre de 2014 en MÁRQUEZ PRIETO, A. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (2015): «Incapacidad Total para un Gruista con Visión Monocular al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, n.º extraordinario; doctrina judicial en materia de Seguridad Social: Balance y análisis selectivo de sentencias del año 2015, Ed. Laborum, pp. 135-141).

Siguiendo también la doctrina conforme a la cual debe tenerse en cuenta la incidencia de la lesión en el desempeño de la profesión habitual, la Sentencia de 4 de mayo de 2016 (EDJ 7828) considera que la pérdida por un abogado de visión en el ojo derecho y la visión monocular que ello conlleva permite el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial.

188. RJ 1987/6244.

189. Algunas sentencias hacen referencia a la interpretación histórica para justificar la utilización del criterio objetivo de valoración. Al respecto, debe recordarse que el Decreto n.º 1328/1963, de 5 de junio modificó el art. 42 del Decreto de 22 de junio de 1956, por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y el Reglamento para su aplicación, «tipificando la ceguera como Gran invalidez», tal como recuerda la Sentencia de 23 de marzo de 1988 (RJ 1988/2367). En la misma línea, la Sentencia de 13 de octubre de 1987 (RJ 1987/6985) había expuesto que el ciego debe ser considerado gran inválido, «en cuanto tiene necesidad de otra persona para realizar actos esenciales de la vida, así como de protección para eludir o defenderse de una situación de peligro». También anteriormente las de 21 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6244) y 18 de octubre de 1980 (RJ 1980/4016).

En su Sentencia de 3 de marzo de 2014¹⁹⁰, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la Sentencia dictada por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en fecha de 14 de febrero de 2013. En la citada Sentencia, el Tribunal Supremo expuso que la persona que padezca ceguera total o pérdida de visión a ella equiparable reúne los requisitos para poder ser considerada en situación de Gran invalidez, incluso si ha llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin necesidad de ayuda de tercera persona o sin necesidad de que la ayuda sea continuada, y sin que a ello obste tampoco la posibilidad de que pueda llevar a cabo trabajos no perjudiciales con su situación.

En el supuesto examinado la trabajadora no tenía una ceguera absoluta sino que conservaba algún ámbito residual de función, pues podía distinguir bultos a cierta distancia y recibir estímulos luminosos o visuales, y; no obstante, su situación producía efectos similares a los de la ceguera absoluta¹⁹¹.

Otras sentencias del Tribunal Supremo que, sin hacer referencia a la regulación histórica, también atribuyen directamente a la ceguera el grado de Gran invalidez son las de 11 de febrero de 1986 (RJ 1986/956); 28 de junio de 1986 (RJ 1986/3755) y 15 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4975).

Algunas incluso van más allá e indican que el invidente total no solo es una persona incapacitada absolutamente para el trabajo, sino que también precisa de la asistencia continua de otra persona. Tal es el caso de la STS 13514/1989, de 10 de julio de 1989 (Id Cendoj: 28079140011989102123. Ponente VARELA AUTRÁN). En su Fundamento de Derecho primero recalca que «(...) la inevitable desorientación espacial y la consecuente falta de localización de los medios necesarios para la realización de los actos más esenciales de la vida constituyen, al invidente total, en principio y a reservas de una específica y no siempre posible reeducación, no solo en persona incapacitada en términos absolutos para el trabajo sino en sujeto necesitado de la continua asistencia de otra persona que es, precisamente, lo que configura la situación de Gran invalidez (...)».

190. Rcd. n.º 1246/2013 (Ponente: SALINAS MOLINA). El fundamento jurídico 4º de esta Sentencia admite situaciones de Gran invalidez objetivas.

Es importante destacar que hasta la Sentencia de 3 de marzo de 2014 solo de forma indirecta se había abordado la cuestión que nos ocupa en unificación de doctrina. Sí se había hecho resolviendo recursos en infracción de ley.

Precisamente un aspecto particularmente interesante de la referida Sentencia es la abundante cita de jurisprudencia que sobre ceguera y otras alteraciones visuales equiparables/Gran invalidez contiene. A estas Sentencias, todas ellas postconstitucionales hace referencia en su Fundamento Jurídico Tercero, remontándose las referencias a 1979. De entre ellas, interesa destacar la STS/Social de 18 de octubre de 1980 (rec.infr.ley) que argumentaba lo siguiente: «(...) estando afecto el demandante de enfermedad que le produce «ceguera absoluta» ello constituye a quien la sufre en un «Gran inválido», (...) pues aunque se admita que puede vestirse y comer, es evidente que los medios necesarios para realizar tan elementales necesidades de la vida, han de serles facilitados por una persona que necesariamente ha de auxiliarle para estas finalidades, así como para desplazarse aún dentro de su propio domicilio y otros análogos».

191. Sobre ceguera y situaciones equiparables a ella, véase SSTs 11 de junio de 1979 (RJ 1979, 2641) y 1 de abril de 1985 (RJ 1985,1837) y de 13 de marzo de 1989 (RJ 1989/1831). Esta última Sentencia, que analizaba un supuesto de «severa disminución de la agudeza visual por retinosis pigmentaria: catarata bilateral y reducción del campo visual», recordó que las Sentencias de 28 de junio y 7 de noviembre de 1986 y 23 de junio de 1987 ya habían precisado que «(...) son constitutivas de Gran invalidez no solo la ceguera total, sino también las situaciones de pérdida de visión que, sin implicar

La cuestión planteada en el recurso consistía fundamentalmente en determinar si una persona con una alteración visual que indiscutiblemente se hallaba dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, podía ser objetivamente considerada como gran inválido a efectos de las prestaciones de Incapacidad permanente de la Seguridad Social o, por el contrario, debía ser excluida de tal situación por haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias que le permitían realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de que la ayuda fuera permanente, e incluso dedicarse a trabajos no perjudiciales para su situación¹⁹².

La Sentencia de suplicación del País Vasco, impugnada en casación unificadora por la Entidad Gestora¹⁹³, había dado una respuesta favorable a la objetivación, prescindiendo de la subjetivación derivada de la adquisición personal de alguna habilidad adaptativa, al declarar afecta de Gran invalidez a una trabajadora con «nula agudeza visual» pese a que no constase en juicio que hubiese ido acompañada por tercera persona al examen hospitalario y, en cambio sí, que había estado desempeñando hasta fechas muy recientes una actividad por cuenta ajena. Al respecto se argumentaba que: «El que se haya adaptado mejor o peor a su diplopía, no puede tener la trascendencia que se propugna, ya que lo decisivo es su nula agudeza visual. Es decir, una persona ciega podrá adaptarse de forma favorable a sus situación y a diferencia de otras, pero eso no impide que esa sea su real situación».

Se aportó como Sentencia contradictoria por el INSS la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 7 de junio de 2005, que había denegado el grado de Gran invalidez por agravación a un vendedor de la ONCE, beneficiario de Incapacidad permanente absoluta, con base en un planteamiento claramente

una absoluta anulación de la misma, son funcionalmente equiparables a aquélla», (...) con la consiguiente dependencia vital».

192. Fundamento de Derecho Primero 1.

Sobre la dificultad de adquirir habilidades adaptativas cuando la alteración visual había ido empeorando con el paso del tiempo y teniendo el trabajador ya una determinada edad se había pronunciado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de noviembre de 1986 (rec. Infr. Ley) argumentando que «La escasísima visión que el demandante conserva no es susceptible de corrección alguna, dada su etiología, y por razón de la misma se presenta como progresiva; de tal suerte que, aunque así no se hubiera afirmado, la asistencia de tercera persona para que pueda realizar los actos esenciales de la vida humana —personales y sociales— se ofrece como indispensable para quien ha llegado a la situación descrita por evolución de sus padecimientos, a la edad de cincuenta y ocho años, en la que la adaptación a un estado de práctica ceguera es, normalmente, casi imposible».

Sobre el mismo aspecto, STS 13514/1989, de 10 de julio de 1989, que analizaba un supuesto de pérdida total de visión en ambos ojos (Id Cendoj: 28079140011989102123. Ponente VARELA AUSTRÁN). En su Fundamento de Derecho primero se indica que cuando la privación del sentido corporal de la vista no es originaria o de nacimiento, sino que acontece» en fase más o menos avanzada del curso vital cuando, ya, un proceso de adaptación o adiestramiento se hace notoriamente difícil para el invidente, impide a quien lo padece el autónomo desenvolvimiento en las más esenciales funciones vitales para cuyo desarrollo se ve precisado del auxilio continuado de otra persona (...).

193. STSJ/País Vasco de 14 de febrero de 2013 (rollo 128/2013).

subjetivo¹⁹⁴. En este caso el trabajador padecía una práctica ceguera, ya que solo conservaba «algún islote aislado de visión». Según constaba en los hechos probados vivía solo y realizaba los desplazamientos también solo, aunque su compañera sentimental solía acompañarle. Para comer se encontraba con esta o acudía al domicilio de su madre, siendo su hermana quien le preparaba la comida y le limpiaba la casa. Aunque el actor encontraba dificultad para desplazarse por la calle, seguía efectuando su trabajo.

La Sala justificó la denegación de la declaración de Gran invalidez por agravación con base en dos argumentos principales: primero, que el trabajador podía «realizar por sí mismo esas imprescindibles e íntimas e irremplazables actividades de su vida ordinaria, para las que no precisa ayuda directa, habida cuenta de que su práctica ceguera es ya antigua, por lo que ha podido aprender a vivir con esta terrible disminución», y segundo, que continuaba trabajando.

Como se ha dicho anteriormente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014 se inclina claramente por el criterio objetivo de valoración en casos de ceguera total o situaciones de alteración visual a ella equiparables.

De la doctrina jurisprudencial unificada y sintetizada en la referida resolución del Tribunal Supremo pueden extraerse las siguientes conclusiones¹⁹⁵:

- a) Una persona que pueda ser considerada ciega reúne objetivamente las condiciones para poder calificarla en situación de Gran invalidez. Y a estos efectos se considerará ciego no solo a quien sufra una absoluta falta de capacidad en la visión sino también a quien esté indiscutiblemente dentro de las categorías de alteración visual equiparables a la ceguera, que aunque no impliquen una total anulación de la vista, sí sean funcionalmente equiparables a aquella.
- b) Con respecto a las alteraciones visuales equiparables a la ceguera, aunque no existe una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual significa prácticamente una ceguera, se viene aceptando que tal situación se dará cuando aquella es inferior a una décima en ambos ojos.
- c) Es evidente que la persona considerada ciega precisa naturalmente de la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, no requiriéndose que la

194. La Sala razonaba así: «Tal estado, en la actualidad, al menos, no es tal que impida al actor realizar por sí misma esas básicas actividades de subsistencia, ya que puede manejar sus extremidades superiores, puede desplazarse independientemente como lo acredita que siga vendiendo el cupón de la ONCE desde 1989 (...), si bien puede requerir compañía para ciertos desplazamientos, también puede comer y vestirse solo, aunque precise ayuda para cocinar y seleccionar la ropa que convencionalmente es al uso en cuanto a la combinación estética de colores».

195. Fundamento de Derecho Quinto. Véase el análisis exhaustivo que de la doctrina contenida en esta sentencia lleva a cabo GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2014, 4º Trimestre): «Ceguera como situación determinante de Gran invalidez (Comentario a la STS de 3 de marzo de 2014, RCUD1246/2013), op. cit., pp. 180 y 181.

necesidad de ayuda sea continuada o permanente. Se admite, por tanto, que la colaboración de tercero pueda ser puntual y solo para actos esenciales concretos¹⁹⁶.

- d) No debe dejar de estimarse la situación de Gran invalidez cuando el beneficiario mantenga algún resto de visión y/o haya adquirido ciertas destrezas que le permitan manejarse con más habilidad en tal situación. Esta circunstancia es predicable de quienes, «especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente», o incluso de «los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación (...)».

Otro ejemplo de las contadas ocasiones en las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en torno a la determinación del grado de Incapacidad perma-

196. Para la doctrina judicial citada en la Sentencia de 3 de marzo de 2014, a la hora de declarar a la persona con una alteración visual funcionalmente equiparable a la ceguera en situación de Gran invalidez, lo relevante es si requiere o no de la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales de la vida o si, por el contrario, la visión que le resta le permite realizar por sí mismo los actos esenciales. Así, la STS de 23 de marzo de 1988 (rec. Infr. Ley) subraya que: «(...) lo que le produce una visión prácticamente nula y le imposibilita el salir solo a la calle, la conclusión no puede ser otra que la de concurrencia de la situación de Gran invalidez... dada la necesidad de asistencia ajena tan esencial para la seguridad en una actividad vital como es la de transitar por las vías públicas —cuya imposibilidad de realización en solitario se deja reseñada, pues sus dolencias son equivalentes a la de ceguera absoluta (...)».

Por el contrario, la STS de 24 de octubre de 1988 (rec. Infr. Ley) desestima la pretensión del recurrente porque «(...) en el presente caso y prescindiendo de esa evolución a ceguera absoluta que justificaría en su momento la oportuna revisión resulta una agudeza visual de 0,2 en el ojo derecho que entraña, con corrección, una visión de 1/6, y ello hace innecesaria la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, que es lo que, para la existencia de la Gran invalidez, exige el art. 135.6 LGSS». Igualmente, en la Sentencia de 19 de enero de 1988, (rec. Infr. Ley), el Tribunal Supremo había rechazado la pretensión de un trabajador que conservaba 1/10 de visión en cada ojo, por entender que: «(...) ciertamente le ha de impedir cualquier género de trabajo y el grado de incapacidad será el de absoluta y así lo tiene reconocido la Sala en Sentencia de 12 de abril de 1988, más tal pérdida de visión no ha de obstar a la realización de los actos esenciales de la vida, como el vestirse, asearse, desplazarse, hasta el punto de que precise para ello de asistencia de otra persona, sin que a ello opte el que humanitaria y voluntariamente pueda ser ayudado para bajar escaleras o cruzar calles por ejemplo, por transeúntes que junto a él deambulen, pues tal ayuda que se suele prestar a quien por su edad o situación somática tenga dificultades, no es equivalente a la que necesaria —aunque puede que no continuamente— precisa un gran inválido para ser calificado como tal».

En general, como resume la STS de 12 de junio de 1990 (rec. Infr. ley), citada como las anteriores en la STS de 3 de marzo de 2014, ha venido estimándose que, cuando no concurre otra circunstancia si «la agudeza visual es igual a una décima o superior (...) es posible con ella realizar los actos más esenciales de la vida sin necesidad de requerir el auxilio de otra persona, por lo que, en sí misma, no constituye Gran invalidez».

nente lo constituye la Sentencia de 10 de febrero de 2015¹⁹⁷. En ella se argumenta, reiterando doctrina, que «en principio lesiones que son aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo, especialmente si se trata de profesiones distintas o aun siendo iguales, cuando se desempeñan en situaciones diferentes. De ahí que no sea esta una materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general».

Pero es que además, el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS)¹⁹⁸ no solo exige identidad fáctica, sino también unas pretensiones y unos fundamentos sustancialmente iguales. Respecto de la identidad de pretensiones se exige comprobar el desarrollo del debate procesal en fases anteriores. Al respecto se ha señalado lo siguiente: «La apreciación de la contradicción, amén de atender a los hechos y pretensiones (que han de ser iguales) y a los pronunciamientos (que han de ser diferentes), ha de tener en cuenta la propia naturaleza del debate procesal, en el que quedan fijados los límites del conocimiento judicial no sólo por la pretensión del demandante, sino también por la resistencia del demandado de modo especial (...) por la alegación de hechos excluyentes en el acto de juicio, y también, en el segundo grado jurisdiccional, por los motivos del recurso, al ser el de suplicación un recurso extraordinario»¹⁹⁹.

Sintetizando la doctrina jurisprudencial existente sobre esta materia, la STS de 4 de julio de 2016 (Rec. n.º 3819/2014) insiste en que las resoluciones que se comparan deben contener pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto y,

197. Rcu. 1764/2015.

198. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre).

199. Así lo recalca la STS de 19 de junio de 1998 (Rcu. n.º 3381/1997), citada en el Fundamento Jurídico Tercero de la STS de 22 de octubre de 2015 (n.º recurso 1529/2014). Con base en esta doctrina judicial, esta última resolución desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de idoneidad de la sentencia aportada a efectos de contraste. Así, el Tribunal Supremo entendió que entre la Sentencia recurrida y la de contraste existía una diferencia sustancial, ya que mientras en la primera se estaba ante un supuesto de revisión por agravación de una Incapacidad permanente absoluta, en la que ni el Juzgado de lo social ni la Sala de Suplicación habían constatado agravamiento alguno; en la aportada como contradictoria se trataba de una solicitud de reconocimiento inicial de Gran invalidez.

O dicho de otra forma, mientras que la desestimación del recurso de suplicación en la Sentencia recurrida descansaba en el fundamento de que no cabe reconocer la Gran invalidez por agravamiento si las lesiones que se tuvieron en cuenta para reconocer la Incapacidad permanente absoluta siguen siendo sustancialmente las mismas, en la Sentencia de contraste no se planteaba la pretensión de revisión de la Incapacidad permanente absoluta, al tratarse de una solicitud de reconocimiento directo del grado de Gran invalidez, lo que excluía la contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 LRJS.

Aunque lo cierto es que tampoco se apreció la identidad entre las patologías contempladas en ambas sentencias, lo que a criterio del Tribunal Supremo justificaba los distintos pronunciamientos.

aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso que se haya llegado a una «diversidad de respuestas judiciales ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales»²⁰⁰. «La contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales»²⁰¹.

Al tratarse de temas tan casuísticos, resulta bastante extraordinario que se admita la idoneidad de la Sentencia aportada a efectos de contraste y se proceda a la admisión y posterior resolución de un recurso sobre unificación de doctrina en materia de Incapacidad permanente²⁰².

Excepcionalmente, por tanto, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de febrero de 2015, resolvió un recurso de casación para unificación de doctrina sobre el reconocimiento de la situación de Gran invalidez a una persona que acreditaba una pérdida muy cualificada de agudeza visual, equiparable a la ceguera total, y lo hizo reiterando el criterio objetivo que había establecido en su Sentencia de 3 de marzo de 2014, aportada en ese caso como Sentencia contradictoria.

En el supuesto analizado, al trabajador —autónomo integrado en el RETA— le había sido reconocida una Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común por padecer «miopía magna bilateral. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: agudeza visual de bultos en ojo derecho, con catarata secundaria y de 0,05 ojo izquierdo con atrofia coriorretiniana con afectación macular. Según OMS ceguera profunda (equivalente a 100% escala de Wecker)».

200. Esta doctrina jurisprudencial que sintetiza la Sentencia de 4 de julio de 2016 está recogida, entre otras, en las sentencias de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, Rec. 430/2004 y Rec. 2082/2004; 25 de julio de 2007, Rec. 2704/2008; 4 y 10 de octubre de 2007, Rec. 586/2006 y 312/2007; 16 de noviembre de 2007, Rec. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, Rec. 2703/2006 y 2506/2007; 24 de junio de 2011, Rec. 3460/2010; 6 de octubre de 2011, Rec. 4307/2010; 27 de diciembre de 2011, Rec. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, Rec. 4753/2010.

201. Sentencias 28 de mayo de 2008, Rec. 814/2007; 3 de junio de 2008, Rec. 595/2007; 18 de julio de 2008, Rec. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, Rec. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, Rec. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, Rec. 672/2007; 3 y 12 de noviembre de 2008, Rec. 2637/2007 y 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, Rec. 3014/2007 y 1138/2008; 4 de octubre de 2011, Rec. 3629/2010; 28 de diciembre de 2011, Rec. 676/2011; 18 de enero de 2012, Rec. 1622/2011 y 24 de enero de 2012, Rec. 2094/2011.

202. Sobre la dificultad de abordar en unificación de doctrina la calificación de la Incapacidad permanente se había pronunciado ya el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones, argumentando que esta «no es materia propia de la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general» (SSTS Sala General de 23 de junio de 2005 (Rcud. 1711/2004), doctrina reiterada, entre otras, por las SSTS de 14 de abril de 2007 (Rec. 4757/2005); de 13 de noviembre de 2007 (Rec. 81/2007); de 15 de noviembre de 2007 (Rec. 4687/2006); de 22 de enero de 2008 (Rec. 3890/2006); 4 de marzo de 2013 (Rec. 170/2012); 16 de diciembre de 2013 (EDJ 288915) y 15 de enero de 2015 (Rec. 2015/7071).

El trabajador había solicitado al INSS el reconocimiento del grado de Gran invalidez fundamentando su pretensión en el padecimiento de distintas dolencias, además de la alteración visual descrita anteriormente, lo que le hacía necesitar ayuda de otra persona para realizar desplazamientos fuera de su domicilio, así como para tomar medicación²⁰³.

Contra la resolución denegatoria del INSS, el trabajador interpuso la correspondiente demanda ante el juzgado de lo social, que estimó su pretensión. El INSS recurrió en suplicación esta Sentencia, siendo estimado tal recurso por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 13 de marzo de 2014.

El motivo por el que la Sala justificaba la estimación del recurso, en resumen, era el siguiente: aunque el trabajador necesitaba la ayuda de una tercera persona para desplazarse fuera de su domicilio, «puede valerse por sí mismo para alimentarse, vestirse, asearse, es decir, para la mayor parte de los actos propios de la vida diaria que afectan a la intimidad y dignidad de la persona, por lo que no puede ser reconocida en situación de Gran invalidez».

Contra esta resolución judicial, dictada en suplicación, se formuló recurso de casación para unificación de doctrina, aportándose como sentencia contradictoria la dictada por el Tribunal Supremo en fecha de 3 de marzo de 2014, a la que se ha hecho referencia anteriormente y que, como se dijo, consideraba que debía reconocerse la situación de Gran invalidez por el simple hecho de tratarse de una persona ciega.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015, al igual que había hecho la aportada como de contraste, aplicó también un criterio objetivo sobre la calificación como Gran invalidez de un supuesto asimilado al de ceguera. La Sala entendió que la ceguera absoluta o la pérdida de agudeza visual asimilable a esta —visión reducida del 10% o menos en cada ojo— constituyen una situación de Gran invalidez, con independencia de otras consideraciones que pudieran hacerse, entre estas, la relativa a la adquisición de habilidades adaptativas por el sujeto, que no puede ser un obstáculo para el reconocimiento del tal grado ni puede desplegar consecuencias negativas en cuanto a la calificación de este²⁰⁴.

Admitió, por tanto, reiterando la doctrina contenida en la Sentencia aportada como contradictoria, que en los casos en que exista ceguera total o pérdida

203. El trabajador debía tomar hasta nueve medicamentos diarios para tratar las siguientes dolencias: Cardiopatía isquémica tipo IAM inferoapical killip I. ACTP primaria sobre CD, FEVI conservada. Diabetes mellitus de reciente diagnóstico. Dislipemia.

204. RCU 2977/2014, EDJ 68811. En esta resolución, la Sala de lo social del Tribunal Supremo, como ya había hecho en la Sentencia de 3 de marzo de 2014, argumenta que la adquisición de estas habilidades constituye un elemento motivador para la reinserción social de la persona, y precisamente por ello no puede ser una traba insalvable de cara al reconocimiento de la condición de gran inválido. Para el reconocimiento de la Gran invalidez debe atenderse prioritariamente a los parámetros objetivos de disfunción y no los subjetivos que pudieran concurrir, por lo que no se puede valorar la capacidad del beneficiario de adaptarse a su nueva situación de ceguera.

de agudeza visual de un 90% en cada ojo debe reconocerse la situación de Gran invalidez aunque la persona no necesite de manera continuada la ayuda de un tercero para el desarrollo de actividades esenciales de la vida²⁰⁵.

Por último, también entró el Tribunal Supremo a conocer de la relación entre Gran invalidez y ceguera en su Sentencia de 20 de abril de 2016²⁰⁶. En el supuesto objeto de estudio, la pérdida de visión hacía depender al actor de la ayuda de tercera persona, especialmente para los desplazamientos y la administración de la medicación. Igual que en los casos analizados por las Sentencias de 3 de marzo de 2014 y 10 de febrero de 2015, se reclamaba el reconocimiento de la Gran invalidez desde una situación de Incapacidad permanente absoluta.

E igualmente en esta Sentencia de 2016, como en las dos anteriormente citadas, el Tribunal Supremo manifiesta que en la configuración de la Gran invalidez por falta de agudeza visual equiparable a la ceguera ha de seguirse un criterio objetivo, dado que la ceguera o situación asimilada a ella integran de por sí este grado de Incapacidad permanente, incluso cuando el beneficiario llegará a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente.

La Sentencia recurrida era la del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares de 13 de junio de 2013 (rec. 88/13), que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Palma de Mallorca (autos 855/11), dejando sin efecto la declaración de Gran invalidez que se había reconocido. De nuevo se señala como Sentencia contradictoria la del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por la representación procesal del trabajador, que al ser estimado revocó en parte la Sentencia dictada por el TSJ de Islas Baleares²⁰⁷.

Como indica el punto 3 del Fundamento de Derecho primero, en este caso se cumplía plenamente la exigencia para la viabilidad del recurso en unificación de doctrina del art. 219 LRJS, porque existía contradicción entre la resolución judicial impugnada y la aportada como sentencia de contraste, manifestándose tal discordancia en la parte dispositiva de las Sentencias, que contenían «pronunciamientos diversos sobre hechos, pretensiones y fundamentos sustancialmente iguales».

205. DÍAZ AZNARTE, M.^a. (2015, tercer trimestre): «Gran invalidez y adquisición de habilidades adaptativas. Hacia una interpretación humanista y flexible de los requisitos normativos», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 4, pp. 191 a 197.

206. RcuD. 2977/2014, EDJ 68811. Ponente: DE CASTRO FERNÁNDEZ.

207. Debe tenerse en cuenta que la revocación parcial de la Sentencia obedece al hecho de que la STSJ Islas Baleares, pese a dejar sin efecto la declaración de Gran invalidez, había confirmado la compatibilidad entre las pensiones de Incapacidad permanente percibidas por el trabajador (IPT del RGSS e IPA del RETA), por lo que en unificación de doctrina, la representación procesal del beneficiario se había limitado a la existencia de Gran invalidez, denunciando la infracción del art. 137.6 LGSS/1994.

- a) El presupuesto de hecho era prácticamente idéntico dado que la patología —pérdida de la agudeza visual— en la sentencia recurrida, en la que se le había negado la consideración de Gran invalidez, consistía en «pérdida completa en ojo izquierdo y (visión) de 0.05 en ojo derecho», mientras que en la sentencia referencial, la limitación, que sí se reconoce como constitutiva de Gran invalidez, consistía en «OD 0.05 y OI <0.05».
- b) Tanto en la Sentencia recurrida como en la aportada como contradictoria el debate consistía en determinar si en la configuración de la Gran invalidez por deficiente agudeza visual había de aplicarse un criterio objetivo, «de forma que la ceguera o situación asimilada integra de por sí el citado grado invalidante», o si, por el contrario, había de seguirse un planteamiento subjetivo, «de manera que, aun mediando la objetiva situación de ceguera el reconocimiento de Gran invalidez ha de excluirse cuando el beneficiario (...) en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, llegara a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente o incluso puede llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación»²⁰⁸.

En el concreto caso analizado en la sentencia recurrida, el actor, ciertamente, había llegado a adquirir bastantes habilidades adaptativas para realizar actos esenciales de la vida, ya que, según consta en el hecho declarado probado n° 8, vivía solo, podía cocinar cosas sencillas y realizaba su propio aseo personal, utilizando para sus desplazamientos taxis o autobús. En cuanto a la medicación también la adquiría por sí mismo y, una vez le era identificado cada fármaco, era capaz de administrársela él mismo.

Por el contrario, no realizaba la compra por sí mismo, sino que llamaba para hacerla y que se la trajeran a su domicilio y recurría a una persona para que realizara la limpieza del domicilio. Presentaba, asimismo, dificultades para desplazarse a lugares desconocidos, siendo en esos casos normalmente acompañado para memorizar el trayecto.

Tal como subraya la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, no cabe la menor duda de que la redacción del art. 137.6 LGSS/1994 —actualmente reproducida en el art. 194.6 LGSS/2015— apunta a la solución «subjetiva» que ha adoptado la sentencia recurrida, dado que entiende por Gran invalidez «la situación del trabajador (...) que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos», con lo que —contrario sensu— no cabría declarar en GI a quien —por las razones perso-

208. En este último inciso, como refiere el FJ 3° de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, se siguen las palabras de la Sentencia precedente de contraste, es decir, la de 3 de marzo de 2014.

nales que sean— no precise la referida «asistencia de otra persona» para los relatados «actos esenciales»²⁰⁹.

No obstante, el Tribunal Supremo se decanta en esta sentencia a favor de la aplicación de una solución objetiva. Al respecto subraya que también existen criterios, tanto legales como jurisprudenciales, que claramente llevan a la conclusión de que «en el reconocimiento de la Gran invalidez ha de atenderse prioritariamente a los parámetros objetivos de disfunción y no a los subjetivos que singularmente pudieran concurrir».

A algunos de los argumentos ya esgrimidos en la Sentencia de 3 de marzo de 2014 en favor de seguir el criterio objetivo en los casos de ceguera total o situación de pérdida de agudeza visual equiparable, en la Sentencia de 20 de abril de 2016 se añaden y/ o se aclaran los cuatro siguientes²¹⁰:

- 1) «Que la ceguera bilateral fue establecida como supuesto típico de Gran invalidez por el art. 42 del Reglamento de Accidentes de Trabajo (derogado, pero ciertamente orientativo), el cual fue ratificado por el todavía vigente Decreto 1328/63, de 5/junio (no derogado por la LASS), en cuya Exposición de Motivos se insistía en la consideración de que «el invidente, efectivamente, necesita de la ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida», y que ha sido confirmado —entre otras ocasiones— por los arts. 67 OM de 11/01/69, 76 OM 06/02/71, 82 OM 19/01/74 y 93 OM 25/01/75, referidos a «los complementos de renta por Gran invalidez provocada por pérdida total de la visión a que se refiere el número 2 del artículo 2 del Decreto 05/ junio/63». «Y la doctrina jurisprudencial ha declarado la existencia de Gran invalidez para el supuesto de ceguera absoluta (...)»²¹¹.
- 2) «Que ante el vacío de criterio legal o doctrina indubitada que determine la agudeza visual que pueda ser valorada como ceguera, desde antiguo la jurisprudencia ha venido a cuantificar el déficit, concretando que se asimila a aquella ceguera toda pérdida que lleve a visión inferior a una décima, o que se limite a la práctica percepción de luz o a ver «bultos» e incluso «dedos»²¹².
- 3) «Que los «actos más esenciales de la vida» son «los encaminados a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la

209. Fundamento de Derecho Segundo. 2.

210. Fundamento de Derecho Segundo. 3.

211. Así, entre las resoluciones que recogen esta doctrina sobre Gran invalidez y ceguera absoluta, la Sentencia de 20 de abril de 2016 cita las SSTs 08/02/72, 31/10/74, 21/06/75, 22/10/75, 04/10/76, 08/05/78, 26/06/78, 19/02/79, 11/06/79, 18/10/80, 18/04/84, 01/04/85, 11/02/86, 28/06/86, 22/12/86... 03/03/14-rcud1246 1246/13 y 10/02/15-rcud 1764/14.

212. Sobre este aspecto, la STS de 20 de abril de 2016 cita las SSTs de 01/04/85, Ar. 1837, 19/09/85, Ar. 4329; 11/02/86, Ar. 956; 22/12/86, Ar. 7557; y 12/06/90, Ar. 5064.

guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamental para la humana convivencia»²¹³.

- 4) «Que basta la imposibilidad del inválido para realizar por sí mismo uno sólo de los «actos más esenciales de la vida» y la correlativa necesidad de ayuda externa, para que proceda la calificación de GI, siquiera se señale que no basta la mera dificultad en la realización del acto, aunque tampoco es preciso que la necesidad de ayuda sea constante»²¹⁴.

Precisamente en consideración a este último punto, la Sentencia de 20 de abril de 2016, en su Fundamento de Derecho segundo. 5, justifica la aplicación de la solución «objetiva» en el caso enjuiciado, y lo hace mostrando su conformidad con lo argumentado en la Sentencia del juzgado de lo social, que se expresaba en los siguientes términos: «(...) a pesar de que el actor ha conseguido una cierta y loable adaptación a su nueva situación de ceguera prácticamente total, sin embargo (...) y a pesar de esta adaptación no se puede decir que se trate de una persona plenamente autónoma, siendo (así) que las patologías sufridas por el actor (...) le hacen precisar la ayuda de otra persona para las actividades cotidianas de la vida diaria por su pérdida de visión especialmente los referidos a desplazamientos y administración de la medicación, necesidad ésta que, a pesar, de no ser permanente ni para todos los actos esenciales de la vida, en todo caso persiste y le coloca en situación de Gran invalidez (...)».

De esta forma, la Sentencia del Tribunal Supremo analizada, igual que habían hecho anteriormente las de 3 de marzo de 2014 y de 10 de febrero de 2015, se inclina por aplicar el criterio objetivo, conforme al cual la ceguera total y la pérdida grave de visión funcionalmente equiparable a esta constituyen sin más consideraciones Gran invalidez. Se rechaza, así, la solución «subjetiva», con el siguiente argumento: «(...) si el éxito en el aprendizaje para la realización de actividades cotidianas y vitales por parte de los discapacitados a la postre se pudiese traducir (...) en la privación del complemento previsto para la GI, en el art. 139.4 LGSS (art. 196.4TRLGSS/2015), no parece que el consiguiente efecto desmotivador supondría un obstáculo para la deseable reinserción social y laboral del discapacitado, y esta rechazable consecuencia nos induce también a excluir una interpretación que no sólo resulta en su Fundamento de Derecho segundo. 5, se nos presentaría opuesta (...) a los principios informadores de toda la normativa en materia de discapacidad (...), sino que incluso también resultaría contraria —por aquella indeseable desmotivación— a los principios de protección y atención a los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos recogidos en el art. 49 CE».

213. Acerca de lo que debe entenderse por actos más esenciales de la vida, la STS de 20 de abril de 2016 cita las SSTs 26/06/88, Ar. 2712; 19/01/84, Ar. 70; 27/06/84, Ar. 3964; 23/03/88, Ar. 2367 y 19/02/90, Ar. 1116.

214. Entre las Sentencias que se expresan en tales términos, la STS de 20 de abril de 2016 cita las SSTs 19/01/89, Ar. 269; 23/01/89, Ar. 282; 30/01/89, Ar. 318; y 12/06/90, Ar. 5064.

Se estimó, de este modo, el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación del trabajador, entendiendo que la doctrina ajustada a Derecho era la mantenida en la sentencia aportada como contradictoria, STS de 3 de marzo de 2014, procediendo consiguientemente a casar y anular la sentencia recurrida.

El mismo criterio se sigue en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2019²¹⁵, que accede a la revisión de la Incapacidad permanente absoluta de una trabajadora cuya agudeza visual en ambos ojos resulta inferior a 0,1, siendo las lesiones posteriores a su afiliación a la Seguridad Social. En este supuesto se argumenta que a tales efectos resulta irrelevante el hecho de que la trabajadora haya adquirido ciertas habilidades adaptativas que le permiten realizar sin ayuda de terceros alguno de los actos más esenciales de la vida o sin necesidad de que esa ayuda sea permanente, pues la solución contraria tendría un efecto desmotivador sobre la deseable reinserción social y laboral del discapacitado.

Por otra parte, reconocida la situación de Gran invalidez en el caso de ceguera total o de alteración visual equiparable, el hecho de haber adquirido ciertas habilidades adaptativas podrá permitir al beneficiario la realización de actividades retribuidas no perjudiciales para su estado. En estos supuestos, la posibilidad de revisión por mejoría, que es posible realizar en todos los casos en que el pensionista esté trabajando, va a resultar imposible mientras la gravísima deficiencia visual persista, lo que en la práctica será casi siempre. Esta circunstancia permitiría al gran inválido, al menos potencialmente, compatibilizar por largo tiempo la percepción de la pensión con los ingresos que perciba por tal trabajo, con independencia de cuál sea el volumen de estos. Esta situación podría darse además con relativa frecuencia si se tiene en cuenta que precisamente las personas ciegas tienen mayor facilidad que otras también dependientes para poder colocarse como asalariados, a través de organizaciones específicas como la ONCE²¹⁶.

A este respecto debe tenerse en cuenta además que la pensión de Gran invalidez es más alta que la de la Incapacidad permanente total y que la de la absoluta, por el hecho de sumar a la renta sustitutiva de salario la cantidad dirigida a compensar por los gastos derivados de la necesidad de ayuda de otra persona²¹⁷.

Al margen de la ceguera y de las alteraciones visuales a ella equiparables, cualquier otra enfermedad, dolencia o lesión que determine la necesidad de

215. STS núm. 827/2019, de 4 de diciembre (RJ 2019/5371).

216. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2016): «La prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con actividades lucrativas», op.cit., p. 34.

Ver sobre esta cuestión ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y ALONSO RUSSI, E. (2010): «Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena», *Temas Laborales*, nº 106, p.254)

217. Ver sobre esta cuestión ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y ALONSO RUSSI, E. (2010): «Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena», *Temas Laborales*, nº 106, p.254

asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida puede ser constitutiva de Gran invalidez²¹⁸. Algunas lo serán desde el primer momento, como ocurre con ciertas amputaciones de los dos miembros inferiores o superiores²¹⁹, las paraplejas²²⁰, las tetraplejas, las parálisis de piernas que conllevan la utilización de sillas de ruedas²²¹, la falta de funcionalidad de las extremidades superiores²²², e incluso una situación de «gran reposo» motivada por la gravedad de la enfermedad²²³ o la fibromialgia que se acompaña de sensibilidad química múltiple y electrosensibilidad²²⁴. Otras podrían determinar la

218. GARCÍA NINET incluye una relación de supuestos que han sido calificados jurisprudencialmente como constitutivos de Gran invalidez en GARCÍA NINET, J.I. (1991): «En torno a la Gran Invalidez. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del concepto, con especial referencia a la ceguera», *Tribuna Social* n° 5, p. 25 y ss.». También en GONZÁLEZ GOYANES, D. (1994) *Diccionario de Invalidez Provisional y Permanente*, Barcelona (PPU), págs. 562-576, citado por MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, «Colección Laboral», n° 145 (Dir. de la colección: ALBIOL MONTESINOS, I.), Valencia (Tirant lo Blanch), p. 32.

En definitiva, basta con no poder desempeñar una sola de las actividades necesarias para cubrir las necesidades más vitales para que sea posible declarar la situación de Gran invalidez (SSTS de 13 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1131) y 12 de diciembre de 1977 (RJ 1977/4954).

219. Amputación de ambas piernas (STS de 21 de julio de 1986 (RJ 1986, 4273) y de 1 de octubre de 1987(r. 1800/ 1986); pérdida anatómica de varios dedos de ambas manos, en concreto de los dedos 2º, 3º, 4º y 5º de la mano izquierda y de los dedos 3º y 4º de la mano derecha, y pérdida anatómica casi completa de los dedos 2º y 5º de esta última mano (STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 1999 (EDJ 84130). Se ha considerado también incluida en el supuesto de Gran invalidez la imposibilidad de colocarse la prótesis en la pierna sin ayuda de tercero (STSJ Cantabria de 5 de abril de 2000 (EDJ 117419).

También la hemiplejía que inhabilite para realizar por uno mismo los actos más esenciales de la vida puede encajar en el supuesto de Gran invalidez. Tal situación es la que se contempla en la STS 4071/1987-ECLI:ES:TS: 1987:4071 (Id Cendoj: 28079140011987101898). En este caso, el trabajador padecía una «Hemiplejía izquierda espástica, como consecuencia de infarto isquémico fronto-temporal derecho», que le incapacitaba para todo trabajo, limitando sus movimientos y, principalmente, la debida coordinación entre ellos. Como consecuencia de ello estaba inhabilitado para realizar por sí mismo los actos más esenciales de la vida, «como vestirse, desnudarse, andar por desniveles o escaleras», requiriendo, por consiguiente, la ayuda de otra persona».

220. SSTSJ de Galicia de 8 de enero de 1992 (Rec. núm. 3707/1990), y de Andalucía de 9 de octubre de 1992 (Rec. núm.2252/1992); Cataluña de 16 de noviembre de 1999 (EDJ 47934); Valladolid de 18 de mayo de 2011 (EDJ 181495); País Vasco de 21 de junio de 2016 (EDJ 158743).

Otras sentencias anteriores sobre lesiones graves en la columna constitutivas de Gran invalidez serían las siguientes (SSTS 12 de diciembre de 1972 (RJ 1972,5551); 26 de abril de 1985 (RJ 1985, 1927) y 26 de abril de 1985 (RJ 1985, 3668).

221. STSJ de Castilla - La Mancha de 27 de febrero de 1997 (Rec. núm. 81/1997). También anteriormente sobre lesiones medulares que, por confinar al trabajador en una silla de ruedas, son constitutivas de Gran invalidez (SSTS 9 de mayo de 1985 (RJ 1985,2691); 15 de diciembre de 1986 (RJ 1986,7388); 1 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6801) y 13 de marzo de 1972 (RJ 1972,1131).

222. STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1993 (Rec. núm. 2154/1991).

223. STS de 3 de abril de 1982 (RJ 1982, 2241).

224. La Sentencia del juzgado de lo Social n° 4 de Castellón de la Plana, sentencia 28/17 (AS 2017/24) reconoce la situación de Gran invalidez a una persona con un cuadro clínico de fibromialgia, sensibilidad, química múltiple y electrosensibilidad que permanecía aislado en una habitación con aparato de purificación de aire, dada su intolerancia a la exposición a productos químicos ambientales y electromagnéticos, requiriendo para su subsistencia de la ayuda de una persona que le

Gran invalidez en sus estadios finales o en sus tipos más graves, como ocurre con el cáncer²²⁵, la Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA)²²⁶, la Esclerosis Múltiple (EM), la Fibrodisplasia Osificante Progresiva (FOP), el Linfedema y la obesidad mórbida²²⁷, en sus tipos más graves.

2.2.1.2. Lesiones psíquicas

Los trastornos o enfermedades mentales que pueden dar lugar a la Gran invalidez han de ser extremadamente severos²²⁸ y, por tal motivo, escapan de varios de los problemas que resultan predicables de aquellos que revisten menor gravedad, como pueden ser los derivados de la «vivencia subjetiva» que acostumbra a dificultar su objetivación, o el relativo a la falta de permanencia, por existir fases de remisión aunque no de curación, que en ocasiones impide que pueda emitirse un diagnóstico definitivo o previsiblemente inamovible, y como consecuencia, hacerlos acreedores de la protección por Incapacidad permanente²²⁹.

preparaba la comida y limpiaba con productos naturales. A esta sentencia hace referencia PEÑA GARCÍA, M.V. (2017): «Últimas novedades jurisprudenciales en materia de incapacidad permanente» en Incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación. VV.AA. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia (Ediciones Laborum, 1ª edición), p. 518.

225. El cáncer o neoplasia serán constitutivos de Gran invalidez cuando, superadas las fases de posible curación, el paciente se encuentre recibiendo cuidados paliativos y el propio estadio de la enfermedad le haga depender de terceras personas (TSJ Cataluña de 20 de noviembre de 2003, EDJ 195235).

226. La ELA es una enfermedad degenerativa de tipo neuromuscular por la cual las motoneuronas disminuyen gradualmente su funcionamiento y mueren, provocando una parálisis muscular progresiva (de pronóstico mortal) que se acompaña de una exaltación de los reflejos tendinosos (resultado de la pérdida de los controles musculares inhibitorios). No afecta a las funciones cerebrales.

227. La obesidad mórbida se da cuando el Índice de Masa Corporal es igual o superior a 40. Este índice es a grandes rasgos el resultado de dividir el peso, en kilos, de la persona afectada entre el cuadrado de la altura, en metros.

228. El trastorno mental severo ha sido definido como una patología psiquiátrica con criterio de gravedad clínica y de más de dos años de evolución, que aparece de forma continua o esporádica recurrente y que suele producir discapacidades a lo largo de la vida. La gravedad clínica está definida como distorsión grave de la realidad, comportamiento abiertamente desadaptado y falta de contención o conductas de riesgo para sí o para terceros. Viene caracterizado no solo por la alteración de las funciones superiores, sino también por las graves interferencias que ocasionan en la vida diaria de quien lo padece.

Dentro de este concepto podrían incluirse los diagnósticos de: esquizofrenia; trastorno esquizoafectivo; depresión mayor; trastorno bipolar en su forma severa; crisis de angustia con agorafobia en su forma severa; trastorno obsesivo compulsivo en su forma severa; trastorno de personalidad límite o borderline; demencias de diversa índole, que, en general son demencias degenerativas como procesos atrofiantes del encéfalo: Alzheimer, Parkinson, Fahr, Wilson, senil, esclerosis múltiple (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., p 80).

229. Como subraya TORRENTE GARI, a pesar de que permanencia no significa continuidad, en ocasiones se deniega la incapacidad permanente con base en que la situación no es definitiva. Ello se debe a que los trastornos mentales no severos suelen ser procesos crónicos, de evolución intermitente, con episodios más o menos largos de remisión en lugar de una curación; otras veces, los grados de deterioro no están necesariamente relacionados con el trastorno psiquiátrico, sino que es la tensión

Otra circunstancia que no se da en el caso de las patologías extremadamente severas es la posibilidad de simulación²³⁰, es decir, de imitar los síntomas de una enfermedad que no se padece. De hecho, se puede «engañar» o «mentir» al psiquiatra, pero no durante un tiempo lo suficientemente largo como para dar lugar a una Incapacidad permanente, por lo que en la práctica la simulación, pero también la disimulación, la sobresimulación y la autosimulación se reconducirían en todo caso a los supuestos de Incapacidad temporal. Por otra parte, es frecuente en muchas de las patologías mentales graves que no exista conciencia suficiente de la enfermedad o que esta se encuentre distorsionada patológicamente²³¹, y esta circunstancia impide disimular su sintomatología.

Lo cierto es que la posibilidad de fingir queda relegada a determinados tipos de trastornos mentales, porque en otros, como la esquizofrenia, la simulación resulta imposible, ya que «tiene un plano objetivo semejante a cualquier padecimiento físico, por cuanto si no es posible simular una amputación, tampoco lo es fingir una esquizofrenia»²³².

social o laboral la que condiciona tanto su desarrollo que este puede desaparecer y volver a una aparente normalidad cuando aquella desaparece. Por último, hay disfunciones mentales o síntomas que son independientes de los procesos mentales específicos, de forma que por ejemplo la hostilidad y la ansiedad se manifiestan con la misma frecuencia que la fiebre o el dolor en las enfermedades físicas. Un diagnóstico inamovible en los trastornos mentales solo queda relegado a patologías extremadamente severas (Ibídem, pp. 16,17 y 51).

Sobre la posibilidad de que los riesgos psicosociales puedan «dar lugar a situaciones definitivas calificables como de incapacidad permanente, véase RIVAS VALLEJO, P. (2008): «Los riesgos psicosociales y su impacto en la salud de los trabajadores: estrés laboral, burn-out...» VV.AA. *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico* (Dir. RIVAS VALLEJO, P), Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edición), p. 544).

230. El DSM-5 es el Manual Diagnóstico y Estadístico de la American Psychiatric Association en su quinta versión proporciona criterios diagnósticos para una gran variedad de cuadros clínicos. Hay otros sistemas diagnósticos como la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-10) de la Organización Mundial de la Salud.

La simulación se define en el DSM-5 como «la producción intencionada de síntomas físicos o psicológicos desproporcionados o falsos, motivados por incentivos externos». Se trata, por tanto, de una conducta instrumental, no patológica, a diferencia del trastorno facticio en el que la persona asume el papel de enfermo sin perseguir la obtención de un beneficio secundario. En un contexto clínico-forense se recomienda sospechar que existe simulación cuando exista discrepancia entre la sintomatología psicopatológica referida y la detectada por el médico, falta de cooperación de la persona o indicios de presencia de un trastorno antisocial de la personalidad. La disimulación también tiene por finalidad la obtención de un beneficio o la evitación de una penalización, pero es justo lo contrario de la simulación, ya que en este caso lo que se hace es ocultar una sintomatología presente (LOINAZ, I. (2013): «Psicopatología y delincuencia». VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), Madrid (Ed. Pirámide), pp. 154 y 155).

231. TORRENTE GARI distingue entre simulación, disimulación, sobresimulación y autosimulación. Así, la simulación consiste en imitar los síntomas de una enfermedad que no se padece; la disimulación en ocultar síntomas patológicos con la voluntad de engañar; la sobresimulación en exagerar síntomas de una enfermedad que ciertamente se padece y, por último, la autosimulación en acabar creyéndose la propia patología falsa. (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., pp. 56, 58 y 80).

232. En palabras de TORRENTE GARI (Ibídem, p.58).

Precisamente la esquizofrenia es la lesión psíquica por excelencia entre aquellas que pueden ser constitutivas de Gran invalidez. Se trata del trastorno psicótico más común y habitual y, como tal, refiere a ideas delirantes o a alucinaciones manifiestas, en ausencia de conciencia de su naturaleza patológica²³³. En la mayoría de los casos existe pérdida de contacto con la realidad, que va acompañada de alteraciones cognitivas, emocionales, de la percepción del pensamiento y de la conducta. En ocasiones el deterioro cognitivo puede llegar a ser tan importante que interfiera en la capacidad del sujeto para cuidar de sí mismo y genere problemas en las relaciones interpersonales²³⁴.

Al respecto hay que tener en cuenta que si bien una persona que padezca una enfermedad mental grave puede conservar intacta su capacidad física para el trabajo, puede, pese a ello, resultar incapacitado para trabajar por no tener voluntad ni dominio de la situación, y no poder, por tanto, llevar a cabo la prestación laboral «(...) en condiciones de profesionalidad, rendimiento y rentabilidad de cualquier otro trabajador en el mismo puesto de trabajo, valorable en términos retributivos»²³⁵.

Y es que la prestación laboral requiere ser prestada con responsabilidad, lo que exige no solo capacidad física sino también mental, pues es preciso desempeñar el trabajo en condiciones de vigilancia y atención, teniendo en cuenta el entorno en que se desarrolla, y con adecuación a las relaciones interpersonales que exige la profesión u oficio. Por tal motivo, todos estos aspectos deberán tomarse en consideración a la hora de valorar la capacidad de trabajo cuando la causa de la posible Incapacidad permanente sea una patología mental ²³⁶. Y ello porque incluso teniendo capacidad para llevar a cabo el trabajo aisladamente considerado, es indispensable poseer una mínima capacidad para relacionarse socialmente en el entorno de trabajo²³⁷, capaci-

233. Debe tenerse presente que los síntomas que se incluyen en el diagnóstico de la esquizofrenia (ideas delirantes y/o alucinaciones) no son exclusivos de esta enfermedad mental, sino comunes a otros tipos de trastornos psicóticos. Así, se pueden distinguir dos grandes grupos de psicosis: las «orgánicas» y las «funcionales». En las primeras, el trastorno psicótico sería debido a una enfermedad médica, como por ejemplo la enfermedad de Alzheimer, no siendo expresión de un trastorno psicopatológico. La sintomatología psicótica solo aparece en el transcurso de un delirium o bien es inducida por el consumo o la abstinencia de sustancias (alcohol, alucinógenos, anfetaminas, cannabis, ansiolíticos o hipnóticos). En las segundas, las psicosis «funcionales», se incluyen además de la esquizofrenia, que es la más frecuente, el trastorno esquizofreniforme, el trastorno esquizoafectivo, el trastorno delirante y el trastorno psicótico breve y el trastorno compartido (LOINAZ, I. (2013): «Psicopatología y delincuencia». VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), op. cit., pp. 72 y 73).

234. *Ibidem*, p. 66.

235. STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003, Ar. 2515. Este es el caso de la esquizofrenia que produce disociación de funciones psíquicas que privan de juicio o uso de la razón, de coordinación de ideas y de voluntad, por lo que según recalca la Sentencia de 4 de junio de 1987 (Ar. 4129), puede permitir a quien la sufre hacer cosas aisladas y discontinuas, pero no «un trabajo».

236. En este sentido, STSJ de Cantabria de 11 de enero de 2006 (Ar. 41449).

237. La STSJ Canarias, Las Palmas, de 28 de febrero de 2002 (Ar. 277477), considera que quien adolezca de esta mínima capacidad para relacionarse ha de ser incapacitado.

dad que es habitual que no tengan las personas afectadas por patologías mentales graves²³⁸.

En la esquizofrenia, por ejemplo, la dificultad para relacionarse puede provenir no solo de la desorganización del pensamiento, que se evidencia en ciertos trastornos del lenguaje, sino también de conductas desinhibidas y caóticas y/o del surgimiento de repentinos sentimientos de ira, impredecibles y aparentemente inexplicables²³⁹.

Por lo apuntado anteriormente, cuando la causa de la Gran invalidez sea una enfermedad mental grave o un trastorno mental severo lo habitual será que provoque no solo la necesidad de que quien lo sufre sea asistido por otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, requisito indispensable para poder reconocer este grado²⁴⁰, sino también una incapacidad permanente para desempeñar cualquier trabajo, especialmente cuando, por cursar con agresividad habitual y descontrolada, pueda poner en peligro al propio trabajador, a sus compañeros o a terceras personas con las que deba relacionarse en su entorno de trabajo.

Asimismo, puede ser que la Gran invalidez derive de padecimientos mentales que hagan precisa la ayuda de una tercera persona para que quien se encuentra en tal situación pueda tener contacto con los demás. La STS de 24 de marzo de 1987²⁴¹ analiza un supuesto en el que el sujeto había sido intervenido por hematoma temporal profundo (izquierdo) por ruptura de una malformación vascular. Presentaba «hemiparesia derecha con predominio distal con buena recuperación funcional» y «secuela de afasia prácticamente completa

238. Precisamente la de relacionarse es la discapacidad más característica de las personas con enfermedad grave y prolongada, lo que puede limitar de forma importante su integración social (ESPAÑA MARTÍ, M.M. (2004): «La protección y atención socio-sanitaria de los enfermos mentales: carencias actuales», *Derecho y Salud*, vol. 12, nº 2, p.122, citado por TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., p.82).

239. LOINAZ, I. (2013): «Psicopatología y delincuencia». VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), op. cit., p. 68 y 69. También el trastorno bipolar puede dificultar las relaciones interpersonales, especialmente en fase de manía, pues en esas condiciones los sujetos suelen ser irascibles, «entrometidos, polemistas y controladores», resulta difícil llevarles la contraria o hacer que vean las cosas de una forma más realista (GONZÁLEZ HERRERO, V., RAMOS, N. y FERRAGUT, M. (2013): «Trastornos depresivos» VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), Madrid (Ed. Pirámide), p. 61).

240. Acerca de la asistencia que requieren las personas con enfermedad mental grave, TORRENTE GARI recalca la conveniencia de que se lleve a cabo por personal profesional con conocimientos especiales y, sin embargo, constata que son los pacientes mayormente enviados a los cuidados familiares (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., p.82). También MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE en relación con la enfermedad de Alzheimer y otras demencias, subraya que: «son cada vez más difíciles de circunscribir de forma exclusiva al ámbito de los cuidadores familiares» (MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H. (1998): «Una política integral de protección a las personas mayores dependientes», *RMTAS*, núm. 10, p. 165, citado por MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, «Colección Laboral», nº 145 (Dir. De la colección: ALBIOL MONTESINOS, I.), op. cit., p.25).

241. STS 2065/1987, de 24 de marzo. ECLI:ES:TS 1987:2065. Id Cendoj: 28079140011987101291 (Ponente: Juan MUÑOZ CAMPOS).

(expresiva y comprensiva) con acalculia, agrafía y dislexia, definitivas, con trastornos de personalidad».

En su fundamento de Derecho Segundo, la Sentencia citada indica que «la invalidez que afecta al actor lo es en ese grado máximo» (se entiende, que está haciendo referencia a la Incapacidad permanente en grado de Gran invalidez), ya que los «padecimientos mentales le impiden hacer sencillas operaciones cotidianas; no puede expresarse de palabra, ni por escrito, e inclusive por simple mímica, y, por consiguiente, tiene imposibilidad de comprender imágenes receptoras (auditivas y escritas) y de encontrar las imágenes motoras y gráficas de palabra; como también está carente de expresar sus pensamientos por escrito, además de otras limitaciones que, si bien aisladas, son de menor significación al adicionarse a las ya enunciadas, determinan impedimentos de tal naturaleza que han llevado al Magistrado de instancia a la conclusión de que el demandante necesita de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de su vida (...)».

Por las razones apuntadas, en el caso de las alteraciones mentales graves que pueden ser constitutivas de Gran invalidez la necesidad de asistencia de tercera persona va a revestir habitualmente la forma de una vigilancia continuada para, fundamentalmente, controlar la toma de la medicación y evitar que la persona que sufre la patología realice conductas aberrantes o se cause un daño a sí mismo o a los demás, como se verá más adelante²⁴².

Frecuentemente, los trastornos mentales que quedarían protegidos por la Gran invalidez coincidirían sustancialmente con aquéllos susceptibles de obtener cobertura a través de la Ley de Dependencia²⁴³, que conforme establece su art. 2.2, deben revestir «carácter permanente» o irreversible, lo que no siempre es predicable de las enfermedades mentales graves, pero sí en general de las que pueden incardinarse en el cuarto grado de la Incapacidad permanente.

Estos trastornos mentales graves, cuyo padecimiento impediría a la persona en situación de dependencia desenvolverse por sí mismo en las tareas elementales de la vida diaria por no ser capaz de «reconocer personas u objetos» o «entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas», remiten principalmente a padecimientos mentales del tipo de las demencias degenerativas, como procesos atrofiantes del encéfalo: demencia senil, Alzheimer, Parkinson, síndrome de Fahr (ferrocalcinosis cerebro vascular), enfermedad de Wilson (trastorno hereditario que hace que el organismo no pueda liberar el cobre adicional), esclerosis

242. Así, se han considerado constitutivas de Gran invalidez las graves alteraciones mentales siguientes: Demencia y depresión psicótica (SSTSJ de Cataluña, de 4 de enero de 2001, Ar. 96853); oligofrenia profunda (SSTSJ de Cataluña, de 11 de enero de 2001, Ar. 97908); esquizofrenia paranoide (SSTSJ de Castilla, León y Valladolid, de 21 de noviembre de 2005, Ar. 15257); esquizofrenia grave con episodios psicóticos recurrentes e ideas paranoides e intentos de autolisis (STSJ de Cataluña, de 13 de noviembre de 2003, Ar.8266) o de autointoxicación barbitúrica (STS 5 de mayo de 1982 (RJ 1982, 3140) y el Alzheimer (SSTS de 4 de diciembre de 1976 (RJ 1976,5714) y de 15 de febrero de 1986, Ar. 765).

243. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006).

múltiple, etc., y a discapacidades intelectuales, pero no a otro tipo de enfermedades mentales graves de carácter no permanente o reversible.

Debe tenerse en cuenta que el «estado permanente» al que alude la definición del art. 2.2 de la Ley de Dependencia no equivale a «continuado», es decir, a algo que sucede sin interrupción, porque entonces quedarían sin protección aquellos trastornos mentales graves que cursen por brotes, y no es el caso, pero sí supone que el cuadro clínico tiene que ser estable en el tiempo o inmutable. Por el contrario, para la Incapacidad permanente, incluido el grado de Gran invalidez, la nota de «permanencia» tiene otro significado y no solo porque es un requisito para que pueda calificarse tal situación y ser reconocido por tanto el derecho a la prestación, sino también porque allí se suaviza con la inclusión del término «previsiblemente», lo que permite incluir como protegibles tanto aquellos trastornos mentales que se prevean definitivos como aquellos otros en los que exista una posibilidad de revisión por mejoría si es médicamente incierta o a largo plazo, sin olvidar eso sí, que esas enfermedades mentales graves deben incidir en la capacidad de trabajo de quien las padece, reduciéndola o anulándola²⁴⁴.

Con carácter general, para que pueda reconocerse el grado de Gran invalidez por patología mental severa, la jurisprudencia ha venido exigiendo dos requisitos: uno referido a la intensidad de la asistencia requerida y otro relativo a su finalidad. En concreto, son los siguientes:

1) Que la necesidad de vigilancia sea continuada y no puntual.

En general, se exige que la necesidad de vigilancia sea permanente, que no se pueda dejar a la persona sola «ni un momento en previsión de posibles imprevistos para mantenerla sin grave riesgo»²⁴⁵, lo que excluiría la calificación de Gran invalidez cuando la vigilancia solo fuera precisa durante los brotes de la enfermedad²⁴⁶.

Ejemplo de ello sería el supuesto que analiza la STS de 22 de julio de 1989²⁴⁷, en el que «el grave trastorno psíquico que sufre el trabajador, con crisis de angustia agresiva, deterioro de la personalidad y alteraciones del pensamiento y de la conducta, hace precisa la asistencia continuada de otra persona para realizar las funciones vitales esenciales (...)»

244. TORRENTE GARI, S. (2007): El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente, op.cit., pp. 82 a 84.

245. STS de 15 de febrero de 1986(Ar. 765) abordando un caso de Alzheimer.

La duración media aproximada de esta enfermedad neurodegenerativa es de 10-12 años, precisándose la ayuda de tercera persona generalmente en las fases intermedia y terminal de la enfermedad.

También se han pronunciado sobre la necesidad de constante vigilancia por parte de terceros para evitar un serio riesgo para la vida del enfermo las SSTSJ Cataluña de 4 de enero de 2001 (JUR 2001, 96853) y de 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 33749)

246. STSJ de Cataluña, de 13 de noviembre de 2003, Ar.8266, en relación con un trastorno psicótico con evolución por brotes.

247. STS 14304/1987-ECLI:ES:TS: 1987:14304 (Id Cendoj:28079140011987104390). Recurso de casación por infracción de Ley. Ponente: DESDENTADO BONETE.

2) Que tenga por finalidad prevenir o evitar conductas aberrantes o controlar la toma de medicación para evitar intentos de autolisis o el suicidio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1997²⁴⁸ alude a la finalidad de la vigilancia requerida en los casos de trastornos mentales severos constitutivos de Gran invalidez en los siguientes términos: «ya es doctrina consolidada que para que sea imprescindible la asistencia de otra persona a un paciente, éste no ha de padecer exclusivamente dolencias físicas que le impidan la realización de los actos más esenciales de la vida (...), sino que es también comprensivo de los casos de graves alteraciones mentales, que igualmente le impidan realizar por él mismo actos esenciales para la vida y actividades preparatorias de ulterior ejecución, indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la naturaleza humana, sin descartar tampoco las posibilidades de atentados contra la propia vida o autolisis, que solamente la colaboración de terceros puede prevenir o evitar».

En definitiva, esta vigilancia será necesaria en los casos más graves de alteraciones mentales que puedan impedir desarrollar los actos elementales de la vida humana conforme a las exigencias de convivencia, higiene y decoro, aun disponiendo de la aptitud física necesaria para llevarlos a cabo. Dentro de estos supuestos en los que el sujeto no tenga limitados el movimiento y las funciones físicas, por afectar el deterioro fundamentalmente al plano psíquico, y que pueden integrarse en el grado de Gran invalidez, se incluirían también aquellos otros en los que la enfermedad neurológica o psíquica padecida ocasione que el trabajador requiera estímulos externos de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida²⁴⁹.

También será preciso que la persona que asista al gran inválido con una grave patología mental controle que este tome la medicación prescrita, tanto para evitar la autolisis o el suicidio²⁵⁰ como la agresión a terceros.

Por último, debe tenerse en cuenta que en caso de trastornos psíquicos graves que inhabiliten de forma previsiblemente permanente para realizar cualquier actividad laboral, pero que no requieran de la asistencia de una tercera persona para realizar en sustitución del trabajador los actos más esenciales de

248. Ponente: BARBÓN MARTÍNEZ. Véase doctrina en tal sentido en SSTs de 5 de febrero de 1982, Ar. 591, y de 27 de junio de 1984, Ar. 3964.

249. STSJ Extremadura de 18 de septiembre de 2012 (EDJ 206387).

250. STSJ de Murcia, de 25 de febrero de 2002, Ar. 94275. También puede tratarse de una vigilancia para garantizar la seguridad propia y ajena, para evitar actos peligrosos (STSJ de Cataluña, de 13 de noviembre de 2003, Ar.8266, en relación con un caso de esquizofrenia grave).

Debe tenerse presente que en el trastorno depresivo mayor puede darse ideación suicida recurrente, con o sin plan específico, o un intento de suicidio. Este trastorno además puede cursar con síntomas psicóticos (GONZÁLEZ HERRERO, V., RAMOS, N. y FERRAGUT, M. (2013): «Trastornos depresivos» VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), op. cit., p. 49). También, es frecuente el intento de suicidio o el suicidio en pacientes con grave trastorno bipolar, sobre todo si no han recibido tratamiento (RAMOS, N; GONZÁLEZ HERRERO, V. y FERRAGUT, M. (2013): «Trastornos bipolares» VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), Madrid (Ed. Pirámide), p. 61).

la vida o para supervisar que estos se ejecuten por él con la corrección debida no procederá el reconocimiento del Gran invalidez, sino el de Incapacidad permanente absoluta²⁵¹.

2.2.2. Sobre el concepto de actos «más esenciales de la vida»

Sobre lo que debe entenderse por «actos más esenciales de la vida», la clave está en las tres cuestiones siguientes:

La primera es que el art. 194.6 LGSS/2015 hace referencia no a los «actos esenciales de la vida» sino a los «actos más esenciales de la vida»; la segunda es que no dice actos esenciales «para la vida» sino actos esenciales «de la vida»; y la tercera es que después de enunciar a título orientativo tres de los actos que pueden considerarse «más esenciales» remite a la analogía, por lo que el resto de los actos que puedan englobarse dentro de tal noción deberán ser de naturaleza semejante a los citados.

En cuanto a la primera cuestión, cabe subrayar que el adverbio comparativo «más» que precede al adjetivo «esenciales» «actúa como una barrera o frontera, imprecisa pero tajante, para decidir si existe o no Gran invalidez»²⁵². Y es que de la valoración del acto como «más esencial» o simplemente como «esencial» va a depender en última instancia la calificación de tal grado de Incapacidad permanente, pues no podrá declararse aunque la persona precise la ayuda de un

251. El reconocimiento de la Incapacidad permanente absoluta se da frecuentemente en relación con trastornos depresivos de carácter mayor o severo. Un ejemplo es el analizado en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Rioja, de 23 de julio de 2012 (r. 289/2012). En este caso la patología que determina el reconocimiento de la Incapacidad permanente absoluta es un trastorno depresivo «mayor» cronicado, sin que se apreciaran síntomas psicóticos, pero sí ideación de muerte e ideas autolíticas. En otros casos, los trastornos depresivos son, en el mejor de los casos, acreedores del reconocimiento de una Incapacidad permanente total. Un ejemplo de ello es el supuesto analizado en la STSJ Asturias, de 12 de febrero de 2010 (rec. 3194/2009) que resume la doctrina judicial existente sobre la relación entre la depresión y la incapacidad permanente como sigue: «(...) para el reconocimiento del grado de incapacidad permanente absoluta se precisa un trastorno mayor o que venga asociada a graves trastornos de la personalidad o psicóticos que agraven su pronóstico porque (...) en la depresión mayor la sintomatología se exacerba hasta el punto de abrumar la idea de cualquier labor, de manera que se produce una completa inhabilidad para el trabajo y, puede decirse, que ni siquiera con el mayor afán de superación pudieran llevarse a cabo los más sencillos cometidos». En el supuesto analizado, se trataba de un ganadero con trastorno mixto ansioso-depresivo de carácter «moderado» reactivo a estresantes vitales (fallecimiento de un sobrino), que evoluciona de forma cronicada, sin que se apreciase sintomatología psicótica ni ideación de autolisis. La Sala argumenta que si bien la patología que presenta el trabajador no le incapacita para todas las actividades retribuidas del mundo laboral, porque su estado le permite realizar tareas livianas, sencillas y exentas de especial tensión emocional, sí determina la incapacidad permanente del trabajador para seguir desempeñando su profesión habitual, «que requiere de un ánimo despierto y cierta capacidad de iniciativa y de responsabilidad (...)». BRUNA REVERTER, J. (2012) comenta y compara las dos Sentencias anteriormente referidas en su obra: *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, op. cit., pp. 280 a 284.

252. GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M. (2007): «La incapacidad permanente en el funcionario». *Manual médico-legal de la Incapacidad permanente de los funcionarios civiles y militares (MUFACE, MUGEJU; ISFAS)*, op. cit., p. 83.

tercero para realizar uno o varios de los actos esenciales de la vida si ninguno de ellos es considerado más esencial. Tal es la importancia de la introducción del adverbio «más» en la redacción del art. 194.6 LGSS/2015, pues otorgándole el grado superlativo al adjetivo, implícitamente está distinguiendo entre actos «más» esenciales y actos «menos» esenciales, dejando fuera de la posibilidad de reconocer la situación de Gran invalidez a quien le resulte imposible realizar por sí mismo exclusivamente estos últimos.

La Real Academia Española define el término «esencial» como: «Pertenciente o relativo a la esencia. Sustancial, principal, notable». Por lo tanto, en lo que aquí interesa, si por actos esenciales debemos entender aquellos sustanciales o principales, los actos «más esenciales» serían, de entre estos, los más importantes.

Esto nos lleva a la segunda cuestión: los actos «más esenciales ¿para qué? ¿Para la vida? Pues parece ser que no, porque resulta que el art. 194.6 LGSS/2015 no dice que esos actos sean los más esenciales «para la vida» sino «de la vida». Y la pregunta ahora sería: ¿Acaso no es lo mismo?

La respuesta a esta cuestión es importante porque podría tener alguna repercusión práctica en orden a la calificación del grado de Gran invalidez, al ampliar o, por el contrario, reducir las posibilidades de que un determinado acto pueda considerarse más esencial.

Pues bien, la noción de acto esencial «de la vida» es más amplia que la de acto más esencial «para la vida», al englobar a esta última. Y ello porque no todos los actos esenciales de la vida son actos esenciales para la vida, pero todos los actos esenciales para la vida son actos esenciales de la vida.

Un acto esencial «para la vida» es aquel que la propicia de tal forma que resulta imprescindible llevarlo a cabo para conservarla. Si no se realizan estos actos esenciales, la supervivencia no sería posible. Ejemplos de ellos serían comer, beber, dormir, «defenderse de un agente agresor inanimado —frío, calor, fuego— o animado —insectos, roedores, etc.»²⁵³. Todos estos actos además deben considerarse como actos más esenciales de la vida.

También dentro de los actos esenciales «de la vida», además de los anteriores, cabría incluir los siguientes: vestirse y desvestirse, desplazarse dentro del hogar y fuera de él, aseo en general, cambiar de postura y comunicarse²⁵⁴.

253. Así lo indican GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA-BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M. (Ibídem p. 83).

254. En aquellos casos de pérdida de la capacidad de comunicación, la ayuda de otra persona, a través de la formulación de preguntas que se respondan con un «sí» o con un «no», podría posibilitar que la persona que no puede hablar ni escribir dé a conocer cuáles son sus necesidades simplemente realizando determinados gestos o movimientos que indiquen asentimiento o disentimiento con lo que se le ha preguntado.

Conviene indicar, eso sí, que solo podría ser constitutiva de Gran invalidez la pérdida de la capacidad de comunicación, lo que implica que en algún momento se tuvo. El origen de esta situación sobrevenida suele ser un accidente cerebrovascular (ictus isquémicos y hemorrágicos), una lesión cerebral traumática grave (traumatismos craneoencefálicos graves) o un tumor cerebral que causen afasia. La afasia es consecuencia de un trastorno causado por lesiones en aquellas partes del cerebro que controlan el lenguaje y, sea del tipo que sea (expresiva, receptiva, anómica y, por supuesto, global), puede afectar gravemente a la capacidad de comunicación de quien la padece.

Sin embargo, se está todavía bastante lejos de poder considerar como acto más esencial de la vida el encaminado a satisfacer otras necesidades básicas de la persona, como puede ser la de relacionarse e interactuar socialmente²⁵⁵.

Algunos de los actos anteriormente mencionados requieren para su ejecución llevar a cabo una serie de tareas preparatorias. Por ejemplo antes de comer es preciso adquirir los alimentos, y para ello será preciso disponer de una movilidad tal que permita salir a la calle a comprarlos, o, en su defecto, utilizar el teléfono o el ordenador para que los traigan al domicilio; después habrá que prepararlos para ser consumidos y/o cocinarlos y, por último, servirlos en recipientes apropiados que puedan contenerlos. Será a partir de ese momento cuando ya propiamente tenga lugar el acto de comer, para lo que será necesario disponer de movilidad en brazos y manos para llevarse los alimentos a la boca y hacerlo sin riesgo de atragantamiento o quemaduras, para lo que será preciso cortar algunos en trozos pequeños —o haberlos triturado previamente— y/o dejarlos enfriar. El acto de comer terminaría con la masticación y deglución de los alimentos, lo que exige funcionalidad en la boca y poder tragar.

Otros actos más esenciales «de la vida» requieren también en mayor o en menor medida de la realización de determinadas actividades previas o preparatorias. Por ejemplo, si se trata del acto de vestirse habrá que elegir las prendas antes de proceder a ponérselas, para lo cual uno debe ser capaz de identificarlas dentro de los armarios, cajones o estantes y liberarlas de las perchas, en su caso.

Y, por último, otros actos más esenciales «de la vida» requieren para su correcta ejecución de la realización de determinadas actividades previas o preparatorias y posteriores. Por ejemplo, antes de ducharse o bañarse hay que quitarse la ropa, entrar en la ducha o bañera con seguridad y abrir los grifos. Después

Especialmente interesan en relación con el tema que nos ocupa la afasia expresiva y la global. La expresiva implica que la persona encuentra dificultad para decir o escribir lo que quiere decir, aunque sabe qué es lo que quiere transmitir. En este caso sí podría resultar particularmente útil la ayuda de tercero anteriormente referida. Por el contrario, cuando se trata de una afasia global, que supone que el sujeto no solo no puede hablar ni escribir, sino que tampoco entiende lo que se le dice, lamentablemente, no podría transmitir a un tercero de qué forma podría ayudarle a satisfacer las necesidades que se presenten de forma súbita.

255. Ciertamente es que la evolución de la jurisprudencia en este tema ha sido significativa, máxime si se tiene en cuenta que llegó a considerarse como acto no esencial de la vida el poder deambular fuera del domicilio. Así se mantenía en la STS de 4 de junio de 1981, que recogiendo la doctrina expuesta en la Sentencia de 14 de abril de 1964, recalca que la asistencia de otra persona «es lo que necesita quien no puede realizar por sí los actos más esenciales de la vida, como comer, vestirse y desplazarse, a que el precepto expresamente alude, y aunque la frase «o análogos» que sigue, claramente indica su carácter meramente enunciativo (...), deben entenderse por actos esenciales de la vida los que ha de poder realizar el accidentado para sobrevivir, entre los que no se encuentran los de la deambulación callejera, sino la más estricta que sea precisa para subsistir dentro del domicilio, lo que no impide que «quien necesite la asistencia de otra persona para comer, vestirse, desnudarse, etc., pueda, con el auxilio de la misma, realizar desplazamientos fuera del domicilio si su estado físico lo permitiera (...)» (STS 3213/1981, ECLI:ES:TS: 1981:3213 (Nº de Resolución:920/1981, recurso de casación por infracción de Ley), Id Cendoj: 28079140011981100631).

vendrá la realización del acto en sí, que incluye enjabonarse y aclararse. Y con posterioridad habrá que cerrar los grifos, secarse y volver a vestirse.

La cuestión que debe dilucidarse es si sería posible reconocer también el grado de Gran invalidez a quien no es capaz de llevar a cabo una o varias de las tareas preparatorias o posteriores indispensables para la correcta ejecución de los actos más esenciales de la vida y necesitan, por tanto, de la ayuda de una tercera persona para realizarlas o, por el contrario, la declaración de la situación de Gran invalidez debe reservarse exclusivamente para aquellos casos en los que lo que la persona no puede es realizar por sí mismo el acto en sí, sin entrar a considerar sobre si puede o no ejecutar esas actividades previas o ulteriores.

Lo habitual será que quien no pueda realizar de forma independiente las actividades que preceden al acto más esencial haciéndolo posible, tampoco pueda llevarlo a cabo sin la asistencia de un tercero. Quien, por pérdida o ausencia de movilidad en las manos no pueda transportar, preparar, cocinar y servir los alimentos, tampoco podrá llevárselos a la boca, por lo que la declaración de la situación de Gran invalidez no plantearía duda alguna al no ser posible la realización del acto de comer sin necesidad de ayuda de un tercero.

El problema sobre si procede o no la calificación de este grado podría darse en relación con aquellos supuestos en los que la persona sí puede realizar de forma independiente el acto en sí, pero no alguna de las actividades previas o posteriores ineludibles para su ejecución, o sí puede hacerlo pero no con la debida seguridad para sí mismo o para terceros. Tal sería el caso de quien puede ducharse por sí solo, es decir, enjabonarse y aclararse, pero no posee la fuerza suficiente para abrir y cerrar los grifos²⁵⁶, o bien quien por alguna patología mental grave podría no recordar que debe cerrarlos una vez termina su aseo.

Aunque solo el primer caso requeriría ineludiblemente que otra persona abriera los grifos para que el sujeto pudiera ducharse y, por tanto, realizar de forma independiente este acto esencial de la vida, difícilmente tal situación podría ser considerada como de Gran invalidez. Por el contrario, la segunda, como se verá más adelante, sí podría calificarse como tal, porque aunque la persona pueda físicamente realizar el acto más esencial de la vida y las actividades previas y posteriores a este de forma autónoma, sus condiciones mentales podrían impedirle ejecutarlos correctamente y/o sin riesgo para sí mismo o terceros y, por tanto, precisará de la asistencia de otra persona que le supervise mientras los lleva a cabo²⁵⁷.

Estas y otras conjeturas están relacionadas con la tercera y última de las cuestiones claves planteadas que se pasa seguidamente a analizar en detalle.

256. Por ejemplo, como consecuencia de una artrosis muy avanzada.

257. Sobre este aspecto, la STSJ de Cantabria de 7 de octubre de 2009 (EDJ 263143) considera que el grado de Gran invalidez también debería reconocerse en aquellos casos en los que aun sin existir una imposibilidad completa para realizar los actos más esenciales de la vida por conservar el sujeto capacidad (física, se entiende) para llevarlos a cabo, precisa de la supervisión de un tercero para ejecutarlos.

El art. 194.6 LGSS/ 2015 cita expresamente como actos «más esenciales de la vida» tres de los anteriormente mencionados, a saber, comer, vestirse y desplazarse. La enunciación de estos es meramente orientativa. De hecho la propia norma recurre a la analogía, lo que «deja en manos de los jueces el ir definiendo caso a caso y día a día lo que considera como actos más esenciales para la vida, lo cual no deja de suponer un alto grado de relativización»²⁵⁸.

Concretando la noción de acto más esencial de la vida, en interpretación del artículo 136.6 LGSS/1994 (ahora art. 194.6 LGSS/2015), el Tribunal Supremo entendió por tal «aquel que resulta imprescindible para la satisfacción de una necesidad primaria ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia»²⁵⁹.

Pese a la enumeración ejemplificativa y posterior remisión a la analogía que efectúa la Ley General de la Seguridad Social, y a la concreción del concepto de acto esencial por el Tribunal Supremo, sigue sin estar claro cuáles son las concretas necesidades básicas que deben quedar cubiertas a través de la ayuda prestada por otro, esto es, cuál es la intensidad de la protección que otorga la Gran invalidez en lo que a la situación de dependencia que entraña se refiere.

Para determinar cuáles son esas necesidades básicas de las personas que los actos esenciales se encaminarían a satisfacer, algunas clasificaciones los diferencian en tres grupos²⁶⁰

Dentro del primer grupo estarían los relativos al cuidado personal, que incluiría los siguientes:

- Atención (administración de medicamentos)
- Comunicación (uso de teléfono, apertura y cierre de domicilio)
- Higiene (lavarse, peinarse, satisfacer autónomamente las necesidades fisiológicas)
- Vestirse
- Alimentación
- Movilidad personal (levantarse, cambiar de posición, caminar por el domicilio).

258. GARCÍA NINET, J.I. (2000): «Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez», *Tribuna Social* nº 114, pp. 5 y 6.

259. SSTs de 5 de febrero de 1982 (Ar.591); de 19 de enero de 1984 (Ar.70); de 27 de junio de 1984 (Ar. 3964); de 17 junio 1986 (RJ 1986, 3670); SSTs 7 octubre 1987 (RJ 1987, 6856) STS de 13 de marzo de 1989 (LA LEY 124763-JF/0000). Anteriormente, la STS de 25 de noviembre de 1970, considerando primero, ya había precisado que acto esencial era «aquel que se encamine a la satisfacción de una necesidad primordial e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro indispensables para la humana convivencia».

260. MARAVALL GÓMEZ-ALLENDE, H. (1998): «Una política integral de protección a las personas mayores dependientes», op.cit., p. 167 y ss.), citado por TORRENTE GARI, S. (2007) (*El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., pp. 72 y 73).

En el segundo grupo estarían los actos concernientes a la realización de tareas domésticas:

- Limpieza de domicilio
- Lavar la ropa
- Cocinar
- Hacer uso adecuado de los suministros y de los electrodomésticos
- Ordenar reparaciones
- Gestionar el hogar

Y, por último, en el tercero se incluirían los relativos a asuntos propios de la vida social:

- Pequeños asuntos bancarios
- Salir a la calle
- Hacer compras
- Realizar actividades de ocio
- Mantener relaciones sociales.

Resulta obvio que la intensidad de la protección otorgada por el grado de Gran invalidez variará mucho en función de si la ayuda prestada por otro incluye o no suplir la falta de autonomía de la persona en situación de Gran invalidez para realizar las actividades de todos estos grupos o solo las del primero de ellos²⁶¹.

Es cierto que el progreso social que se ha producido en las últimas décadas hace necesaria una revisión en profundidad del concepto de acto más esencial de la vida diaria y que exige tanto una ampliación de los supuestos que pueden encajar en tal concepto como una interpretación favorable de los

261. Como dice TORRENTE GARI, no es lo mismo no tener autonomía respecto al primer grupo que respecto al tercero, o si se inician y culminan, aunque sea con dificultad, pues ambas cuestiones son parámetros de la dependencia (TORRENTE GARI, S. (2007): *El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente*, op. cit., pp. 72 y 73). La autora remite al exhaustivo examen realizado sobre esta cuestión por JIMÉNEZ LARA, L.V. (2004, agosto): «Perfiles de la dependencia de la población española y necesidades de cuidado de larga duración. Anexo estadístico», en el *Libro Verde sobre la dependencia en España* (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad).

Existen otras clasificaciones aplicables para poder establecer un determinado grado de dependencia/autonomía, como la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la OMS. Esta herramienta clasifica las actividades de una persona en nueve grupos: Aprendizaje y aplicación del conocimiento; tareas y demandas generales; comunicación; movilidad; autocuidado; vida doméstica; interacciones y relaciones personales; áreas principales de la vida: educación, trabajo, economía y vida comunitaria, social y cívica. La CIF establece niveles referidos a «los problemas» en cuanto a deficiencia, limitación, restricción o barrera a los que se les atribuye un porcentaje: (no hay problema (de 0 a 4%); problema ligero (poco, o escaso, del 5% al 24%), problema moderado (medio o regular, del 25% al 49%), grave (mucho o extremo, de 50% a 95%; completo (total de 96% a 100%).

ya contemplados²⁶². No obstante, la pregunta es: ¿hasta qué punto es posible la apertura de tal noción cuando propia LGSS/2015 sigue exigiendo que los actos a los que puede extenderse por analogía sean análogos a los tres que cita por vía enunciativa, todos ellos incluidos dentro de los estrictamente necesarios para la subsistencia humana?

Esta previsión normativa parece alejar la posibilidad de considerar como actos más esenciales de la vida los concernientes a la realización de tareas domésticas —cocinar, limpiar el domicilio, lavar la ropa, etc. y, aún mucho más, los relativos a asuntos propios de la vida social— salir a hacer compras o al banco, realizar actividades de ocio, acudir a reuniones sociales, etc.

2.2.2.1. La imposibilidad de equiparar actualmente la noción de «actos más esenciales de la vida» con la de «actividades básicas de la vida diaria» de la Ley de Dependencia. Similitudes y diferencias

Tras la Ley de Dependencia puede surgir la duda de si es posible identificar la noción de «actividades básicas de la vida diaria» con la de «actos más esenciales de la vida».

A este respecto, debe tenerse en cuenta que la principal clasificación de las actividades de la vida diaria por lo que a la Ley de Dependencia respecta es la que distingue entre actividades básicas de la vida diaria y actividades instrumentales de la vida diaria. Es frecuente que en las estimaciones se diferencie entre unas y otras, y que se dé más importancia a las básicas que a las instrumentales a efectos de la valoración²⁶³.

Ya el Libro Blanco de Atención a las personas en situación de dependencia, elaborado con carácter previo a la Ley de Dependencia, adoptaba un concepto frecuente en el ámbito geriátrico y de la rehabilitación para definir las de «actividades de la vida diaria» (AVD) como aquellas «que una persona ha de realizar diariamente para poder vivir de forma autónoma, integrada en su entorno habitual y cumpliendo su rol social». También indicaba que era frecuente diferenciar dentro de ellas entre las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) y las actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD).

262. BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op.cit., p. 209.

263. RODRÍGUEZ CABRERO subraya que las dependencias básicas, entre las que se incluyen la necesidad de cuidado personal en sus diversas modalidades y la movilidad dentro del hogar, son sin duda las más importantes y afectan aproximadamente a las dos terceras partes del total de las personas en situación de dependencia. No obstante, las dependencias por razones de tipo instrumental también afectan a buena parte de las personas en situación de dependencia a menudo por factores psicológicos, como es el caso de hombres mayores que no son capaces de realizar por sí solos las actividades instrumentales de la vida diaria (RODRÍGUEZ CABRERO, G. (2008): «Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales». VV. AA, *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y COORD. CHARRO BAENA, P.), Navarra (Ed. Aranzadi), p. 28).

Así, las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) serían aquellas imprescindibles para poder subsistir de forma independiente. Entre ellas se incluirían «las actividades de autocuidado (asearse, vestirse y desnudarse, poder ir solo al servicio, poder quedarse solo durante la noche, comer...) y de funcionamiento básico físico (desplazarse dentro del hogar) y mental (reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar instrucciones y/o tareas sencillas)». Por su parte, las actividades instrumentales de la vida diaria (AIVD) serían actividades de naturaleza más compleja que las anteriores porque implican interacciones más difíciles con el medio o capacidad para tomar decisiones, por lo que su realización requiere de un mayor nivel de autonomía personal. En esta categoría se englobarían las «tareas domésticas, de movilidad, de administración del hogar y de la propiedad, como poder utilizar el teléfono, acordarse de tomar la medicación, cortarse las uñas de los pies, subir una serie de escalones, coger un autobús, un metro o un taxi, preparar la propia comida, comprar lo que se necesita para vivir, realizar actividades domésticas básicas (fregar los platos, hacer la cama, etc.), poder pasear, ir al médico, hacer papeleos y administrar el propio dinero, entre otras»²⁶⁴.

Parece claro que algunas de las actividades consideradas de carácter instrumental en el Libro Blanco de la Dependencia quedarían fuera de la protección que otorga el grado de Gran invalidez, porque dentro del concepto de actos más esenciales no podría incluirse la realización de tareas domésticas tales como fregar los platos o hacer la cama, ni otras como administrar el propio dinero o hacer papeleos. Ello obedece a que el concepto legal de actos más esenciales de la vida remite a aquellos que hacen posible satisfacer las necesidades básicas que garantizan la subsistencia —comer, beber, satisfacer de forma autónoma las necesidades fisiológicas, defenderse de agentes externos agresores, desplazarse, levantarse, acostarse, cambiar de posición, poder estar solo por la noche, poder administrarse autónomamente los medicamentos prescritos y pedir ayuda en caso de necesidad vital. También incluiría, como señala la jurisprudencia en relación a las personas con graves trastornos mentales, aquellas actividades indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia²⁶⁵, dentro de las que estarían las relativas a la higiene personal, a la capacidad de vestirse de forma decorosa o de acordarse de tomar la medicación, fundamentalmente cuando se trate de pacientes que padezcan graves alteraciones mentales.

En la actualidad, la relación de actividades y tareas que comprende la valoración del Baremo de Valoración de la Dependencia (BVD) es la fijada en la «Tabla de aplicación que se establece en el RD 174/2011, de 11 de febrero, por

264. (IMSERSO, 2005), pp. 22 y 23 del Capítulo I.

265. Véase STS de 23 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6178); de 17 de junio de 1986 (RJ 1986/3670), de 7 de octubre de 1987 (RJ 1987/6856); de 30 de enero de 1989 (RJ 1989/318) y de 19 de febrero de 1990 (RJ 1990/1116).

el que se aprueba el baremo de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre²⁶⁶.

Se valoran dentro y fuera del hogar las tareas incluidas en las actividades de comer y beber, higiene personal relacionada con la micción y la defecación, lavarse, realizar otros cuidados corporales, vestirse, mantenimiento de la salud, cambiar y mantener la posición del cuerpo, desplazarse dentro del hogar, desplazarse fuera del hogar, realizar tareas domésticas y tomar decisiones.

Las tareas que se relacionan dentro de cada una de las actividades referidas en el párrafo anterior son las siguientes:

- Dentro de la actividad de comer y beber se tienen en cuenta las de reconocer y/o alcanzar los alimentos servidos, cortar o partir la comida en trozos, usar cubiertos para llevar la comida a la boca y acercarse el recipiente de bebida a la boca;
- Dentro de la actividad de higiene personal relacionada con la micción y la defecación se comprenden las tareas de acudir a un lugar adecuado, manipular la ropa, adoptar o abandonar la postura adecuada y limpiarse.
- Dentro de la actividad de lavarse se incluyen las tareas de abrir y cerrar grifos, lavarse las manos, acceder a la bañera, ducha o similar, lavarse la parte inferior del cuerpo y lavarse la parte superior del cuerpo.
- Dentro de la actividad de realizar otros cuidados corporales se relacionan las tareas de peinarse, cortarse las uñas, lavarse el pelo y lavarse los dientes.
- Dentro de la actividad de vestirse se comprenden las tareas de reconocer y alcanzar la ropa y el calzado, calzarse, abrocharse botones o similar, vestirse las prendas de la parte inferior del cuerpo y vestirse las prendas de la parte superior del cuerpo.
- Dentro de la actividad de mantenimiento de la salud se incluyen las tareas de solicitar asistencia terapéutica, aplicarse las medidas terapéuticas recomendadas, evitar situaciones de riesgo dentro del domicilio, evitar situaciones de riesgo fuera del domicilio y pedir ayuda ante una urgencia.
- Dentro de la actividad de cambiar y mantener la posición del cuerpo se comprenden las tareas de cambiar de tumbado a sentado en la cama,

266. BOE de 18 de febrero de 2011.

Esta Tabla «se establece de acuerdo con la existencia o no de una condición de salud que pueda afectar a las funciones mentales, tales como la discapacidad intelectual, las enfermedades mentales, trastornos mentales orgánicos, el daño cerebral y las alteraciones perceptivo-cognitivas (como en determinadas situaciones de personas con sordoceguera, entre otras)». Para los menores de 18 años, ya que la valoración es posible a partir de los 3 años, la "Tabla de aplicación" tiene en cuenta «las características propias del desarrollo evolutivo, teniendo en cuenta los intervalos de edad cronológica. En la "Tabla de aplicación" las actividades y tareas que son aplicables se señalan como SÍ y aquellas no aplicables como NA».

permanecer sentado, cambiar de sentado en una silla a estar de pie, permanecer de pie, cambiar de estar de pie a sentado en una silla, transferir el propio cuerpo mientras se está sentado, transferir el propio cuerpo mientras se está acostado y cambiar el centro de gravedad del cuerpo mientras se está acostado.

- Dentro de la actividad de desplazarse dentro del hogar se incluyen las tareas de realizar desplazamientos para vestirse, realizar desplazamientos para comer, realizar desplazamientos para lavarse, realizar desplazamientos no vinculados al autocuidado, realizar desplazamientos entre estancias no comunes y acceder a todas las estancias comunes del hogar.
- Dentro de la actividad de desplazarse fuera del hogar se distinguen las tareas de acceder al exterior, realizar desplazamientos alrededor del edificio, realizar desplazamientos cercanos en entornos conocidos, realizar desplazamientos cercanos en entornos desconocidos, realizar desplazamientos lejanos en entornos conocidos y realizar desplazamientos lejanos en entornos desconocidos.
- Dentro de la actividad de realizar tareas domésticas se incluyen las de preparar comidas, hacer la compra, limpiar y cuidar de la vivienda y lavar y cuidar la ropa.
- Dentro de la actividad de tomar decisiones se integran las tareas de decidir sobre la alimentación cotidiana, dirigir los hábitos de higiene personal, planificar los desplazamientos fuera del hogar, decidir sus relaciones interpersonales con personas conocidas, decidir sus relaciones interpersonales con personas desconocidas, gestionar el dinero del presupuesto cotidiano, disponer su tiempo y sus actividades cotidianas y resolver el uso de servicios a disposición del público.

Si como ya se dijo las actividades de tipo instrumental recogidas en los dos últimos apartados no podrían comprenderse dentro de la protección de la Gran invalidez, cabe preguntarse si el concepto de «acto más esencial de la vida» resulta equiparable al recogido en el artículo art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para las «actividades básicas de la vida diaria», que es el siguiente: «tareas más elementales de la persona que le permitan desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas».

La noción de actos más esenciales de la vida coincide con algunas de las genéricas actividades básicas de la vida diaria relacionadas en el BVD, señaladamente con las siguientes: comer y beber, lavarse, vestirse, cambiar y mantener la posición del cuerpo y desplazarse dentro y fuera del hogar. No ocurriría lo mismo si lo que no pudiera realizarse fuera exclusivamente una o algunas de las tareas específicas que incluye cada una de ellas, porque una cosa sería calificar como Gran invalidez la situación de una persona que precisa ayuda para llevarse los cubiertos a la boca y así poder comer, y otra muy distinta sería

declarar la Incapacidad permanente en dicho grado si la persona únicamente no es capaz por sí misma de cortar la comida en trozos²⁶⁷. Tampoco podría reconocerse la Gran invalidez por el hecho de que una persona no sea capaz de abrir o cerrar los grifos, salvo que también esté imposibilitado para lavar por sí mismo su cuerpo.

Está claro que ni Gran invalidez y dependencia son lo mismo, ni que, al menos, «a priori» actos más esenciales de la vida y actividades básicas de la vida diaria sean conceptos equiparables, ya que mientras los primeros serían estrictamente los precisos para cubrir las «funciones de mera conservación biológica o de supervivencia», las actividades básicas de la vida diaria de la Ley de Dependencia no quedarían constreñidas a una concepción tan limitada²⁶⁸.

Esto es lo que parece desprenderse de la enumeración que el art. 196.4 LGSS/2015 hace por vía enunciativa, porque los actos que allí se mencionan no dejan de ser los básicos para garantizar la supervivencia —comer, vestirse, desplazarse²⁶⁹, etc.—, y los que puedan llegar a considerarse incluidos por analogía deberían ser similares. Sin embargo, es cierto que las lesiones constitutivas de Gran invalidez, como se ha puesto de manifiesto anteriormente, además de físicas pueden ser también psíquicas, y esta circunstancia ha propiciado que el Tribunal Supremo entendiera que también serían actos esenciales los «indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la naturaleza humana», pero seguimos moviéndonos en el terreno de lo fundamental, de lo básico. Porque en estos casos de graves alteraciones mentales también, en última instancia, la ayuda externa para realizar los actos más esenciales trata de salvaguardar la vida y la dignidad de la persona enferma, ya que incluso cuando la persona esté capacitada físicamente para poder realizar por sí mismo tales actos, la asistencia de otra persona se requerirá para controlar que efectivamente los lleve a cabo y para evitar que los ejecute de forma inapropiada o peligrosa para sí mismo o para los demás.

La diferencia entre estos casos de grave deterioro mental constitutivos de Gran invalidez con respecto a aquellos que se deben a lesiones físicas reside en el hecho de que la persona que asista al gran inválido puede no solo llevar a cabo los actos más esenciales en sustitución del gran inválido, cuando este no pueda, sino también supervisar su correcta ejecución, cuando este sí pueda físicamente realizarlos por sí mismo, para evitar conductas aberrantes

267. La STSJ País Vasco de 25 de junio de 2002 (JUR 2003,104216) analiza un supuesto en el que el sujeto no puede abrocharse los cordones de los zapatos, una tarea concreta dentro del acto genérico de vestirse.

268. Así lo han entendido, entre otras, la STSJ de Galicia de 13 de octubre de 2011 (Rec. núm. 2320/2011); la STSJ de Murcia de 27 de febrero de 2012 (Rec. núm. 557/2011) y la STSJ de Andalucía de 13 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 1323/2012).

269. BAVIERA PUIG subraya que la evolución de la jurisprudencia sobre el acto de «deambular por la calle» ha discurrido a la par que la de la sociedad (BAVIERA PUIG, I. (2007): *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo* op. cit., p. 159).

o situaciones que pudieran poner en peligro la vida del gran inválido o la de terceros²⁷⁰.

La razón de lo anterior es que los actos más esenciales de la vida no solo han de poder realizarse materialmente, lo cual requiere de la capacidad física necesaria para llevarlos a cabo, sino que deben poder ejecutarse sabiendo lo que se hace y con control sobre los mismos, algo que puede resultar imposible cuando exista un deterioro mental grave.

Por tal motivo, cuando la causa de la Gran invalidez sea debida a un trastorno mental grave no se trata solo de atender las necesidades más básicas, sino que la asistencia que preste la tercera persona no queda limitada, como en los casos de muchas lesiones físicas, a una ayuda en determinados momentos del día para la realización de uno o varios actos esenciales concretos que el gran inválido no puede llevar a cabo por sí mismo —comer, beber, desplazarse, cambiar de posición, higiene personal, pedir ayuda en caso de emergencia etc.— sino que puede resultar mucho más exigente para el cuidador, en cuanto a tiempo y esfuerzo invertido, porque su atención y cuidados también tendrán por objeto la vigilancia o supervisión de los actos que el gran inválido sí puede físicamente realizar por sí mismo pero sin un correcto control de lo que hace. Por ello, para garantizar tanto su seguridad como la de otras personas, la persona que le asiste deberá supervisar que tome la medicación prescrita, en la dosis y momento adecuado, y evitar que pueda causarse un daño a sí mismo o a terceros. También deberá vigilar en estos casos que el gran inválido no descuide su higiene personal ni utilice la vestimenta de forma poco decorosa y que, en general, no lleve a cabo conductas socialmente aberrantes.

Se podría decir que en estos casos, la atención y cuidados del tercero que asiste a la persona en situación de Gran invalidez suplen la falta de capacidad psíquica de este para llevar a cabo todos o algunos de los actos más esenciales de forma segura y apropiada, vigilando su correcta ejecución; mientras que en el caso de las lesiones físicas constitutivas de tal grado, la atención prestada por otro tendría por finalidad ayudar al gran inválido en la realización de aquellos actos más esenciales que no puede realizar por sí mismo como consecuencia de las reducciones anatómicas o funcionales que sufre.

Sea como sea, el concepto legal de actos más esenciales de la vida sigue remitiendo a aquellos necesarios para cubrir necesidades vitales «permanentes e ineludibles» del ser humano, es decir, aquellas que pueden suponer un riesgo para la supervivencia si no se satisfacen, y que incluirían básicamente las biológicas y las de protección o seguridad. Además, como indica la jurisprudencia, fundamentalmente para los casos de graves alteraciones mentales, se incluirían aquellos otros necesarios para que tales actos indispensables se

270. Como advierten las Sentencias de 30 de enero de 1989 (EDJ 76823) y de 23 marzo de 1998 (EDJ 2476), para ser merecedor de la Gran invalidez basta «con que en algún acto esencial de la vida cotidiana se necesite la ayuda o colaboración de otra persona».

ejecuten en la «guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la humana convivencia»²⁷¹.

La Gran invalidez y la dependencia de la Ley de Dependencia tienen una clara nota en común: la imposibilidad del sujeto de realizar por sí mismo determinados actos de la vida diaria, lo que le hace «depender de otro para su desenvolvimiento cotidiano»²⁷².

Sin embargo, la ayuda que el cuidador puede prestar en el caso de la dependencia parece más amplia que en el caso de la Gran invalidez. Así se deduce de la comparación entre el art. 2 de la Ley 39/2006, que hace referencia a «la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal» y el artículo 194.6 LGSS/2015 en redacción dada por la Disposición transitoria 26^a de la misma norma, que limita la asistencia de la otra persona a la que el gran inválido necesite «para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos».

De esta forma, en el caso de la Gran invalidez, la asistencia de tercera persona cubriría la realización de los actos considerados primordiales o fundamentales, esto es, aquellos necesarios para que el inválido pueda vivir y lo haga con «la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la humana convivencia»; mientras que en el caso de la dependencia la ayuda de otro también podría abarcar otras actividades no tan básicas de la vida diaria, cuya ejecución contribuye a que el sujeto pueda desenvolverse con normalidad en su vida cotidiana, es decir, las que se ha dado en llamar «actividades instrumentales de la vida diaria».

Si bien es discutible que el concepto de «acto más esencial de la vida» difiera sustancialmente del de «actividad básica de la vida diaria»²⁷³, aunque, como

271. STS de 17 de junio de 1986. En el caso analizado en esta Sentencia, excepcionalmente no se trataba de una lesión mental grave, sino de una situación de Gran invalidez en la que la ayuda externa se requería para la deambulación prolongada.

272. MALDONADO MOLINA utiliza la expresión que aparece entrecomillada en el texto para hacer referencia al rasgo más definitorio de la dependencia (MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, «Colección Laboral», nº 145 (Dir. De la colección: ALBIOL MONTESINOS, I.) op. cit., p.17). Como subraya NUÑEZ FERNÁNDEZ la dependencia de tercera persona que caracteriza a la Gran invalidez es de tipo funcional. La autora distingue este tipo de dependencia, que, cabe añadir, también es predicable de la prevista en la Ley de Dependencia, de otras, tales como la demográfica, la económica, la jurídica o la social (NUÑEZ FERNÁNDEZ, A.B. (2008), «En particular, la Gran invalidez y la dependencia de tercera persona. Criterios jurídicos y criterios jurisprudenciales. El impacto de la Ley de dependencia. VV.AA. *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico* (Dir. RIVAS VALLEJO, P), Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edición), p. 153).

273. ITURRI GÁRATE llega a equiparar ambas nociones cuando señala que el complemento por Gran invalidez ayuda a «sufragar los gastos derivados de las dificultades que comporta la dependencia funcional para la realización de las actividades de la vida diaria de las personas con una invalidez permanente» (ITURRI GÁRATE, J.C (2008) «Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes». VV.AA. *Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad perma-*

se ha dicho, la segunda de las nociones parece tener un contenido más amplio, no existen dudas de que las «actividades instrumentales de la vida diaria», que también son objeto de valoración en la dependencia, no podrían en ningún caso considerarse «actos más esenciales de la vida» conforme a su concepto legal y jurisprudencial.

2.2.2.2. *La diferencia entre el concepto de «actos más esenciales de la vida» y el de «actividades esenciales de la vida ordinaria» de la Ley de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*

La noción de «actos más esenciales de la vida» tampoco coincide con la de «actividades esenciales de la vida ordinaria», entendiéndose por tales, de conformidad con el art. 51 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre²⁷⁴, las siguientes: «comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica». Si los «actos más esenciales de la vida» son todos o alguno de los que no puede realizar el «gran inválido», las «actividades esenciales de la vida ordinaria» son las que en su mayor parte o en su totalidad no puede llevar a cabo el «gran lesionado»²⁷⁵.

Como puede observarse, así como el concepto de «gran lesionado» requiere una pérdida de autonomía personal²⁷⁶ superior a la que se exige para poder ser calificado como gran inválido, la noción de «actividades esenciales de la vida ordinaria» es más amplia que la de «actos más esenciales de la vida ordinaria», porque además de englobar estos, incluye otros que van mucho más allá de garantizar la mera subsistencia o resultar «indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la naturaleza humana», tales como «manejar dispositivos o tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica».

nente desde el punto de vista médico y jurídico (Dir. RIVAS VALLEJO, P), Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edición), p. 308).

274. Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 23 de septiembre). En vigor desde 1 de enero de 2016. Un completo estudio sobre esta norma puede verse en PALOMO BALDA, E. (2016): *Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo*. Colección Claves Prácticas, Madrid (Ed. Francis Lefebvre).

275. Según establece el art. 52 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, se entiende que «gran lesionado» es quien no puede llevar a cabo las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de ellas.

276. Según el art. 50 de la Ley 35/2015, la pérdida de autonomía personal consiste en el menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que impide o limita la realización de las actividades esenciales de la vida ordinaria.

Con mayor motivo escapan de la asimilación con el concepto de «actos esenciales de la vida» las llamadas en la Ley 35/2015 «actividades de desarrollo personal», «tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad»²⁷⁷. La anterior afirmación viene propiciada por el hecho de que la limitación o la imposibilidad para realizar estas actividades debido a un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico, ocasiona la pérdida de desarrollo personal, según establece la propia norma²⁷⁸, y el complemento por Gran invalidez en ningún caso tiene por objeto cubrir esta pérdida, sino solo, y ni siquiera en un sentido extenso, la pérdida de la autonomía personal de la persona que se encuentre en tal situación.

2.2.3. La necesidad de ayuda de un tercero

No cabe duda de que la dependencia del inválido al protector o cuidador es lo que caracteriza a la Gran invalidez²⁷⁹. Y por eso, «el incremento de la pensión que comporta atiende a la concreta y específica situación de necesidad de ayuda por parte de un tercero y no a la mayor pérdida de capacidad laboral»²⁸⁰.

Esta finalidad específica del complemento de Gran invalidez, remunerar a la persona que atienda al gran inválido, le otorga su carácter de prestación asistencial²⁸¹. No tendrá, por tanto, ni naturaleza de pensión²⁸² ni tampoco carácter salarial, y esto último pese a que legalmente se conceda para retribuir los servicios del cuidador²⁸³.

No se requiere que la imposibilidad sea con respecto a todos los actos esenciales. Por el contrario, es doctrina consolidada que basta la imposibilidad de realizar cualquiera de tales actos esenciales para que, dándose la necesidad de ayuda externa, se pueda efectuar la calificación de Gran invalidez²⁸⁴. Eso

277. Art. 54 Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

278. Art. 53 Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

279. Así lo señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de julio de 1983 (RJ 1983, 3777). Téngase presente que aunque hablemos de «cuidador» en singular, se ha considerado que en ocasiones puede llegar a ser necesaria la ayuda de más de una persona (STS de 16 de marzo de 1977 (RJ 1977, 1918).

280. SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, op. cit., p. 30.

281. STS de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1787).

282. También en STS de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989/1787).

283. AZNAR LÓPEZ, M. (2001): «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», *Foro de Seguridad Social*, Núm. 5, p. 56 (citado por MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, «Colección Laboral», nº 145 (Dir. de la colección: ALBIOL MONTESINOS, I), op. cit., p.33).

284. SSTs de 7 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6856); 23 de marzo de 1988 (RJ 1998, 2367); 19 de febrero de 1990 (EDJ 1715); SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 1992 (Rec.

sí, no basta la mera dificultad en la realización de estos sino que se requiere la imposibilidad de realizarlos²⁸⁵, porque en la Gran invalidez no existe graduación alguna en función de la intensidad de la ayuda requerida. Por lo tanto, la cuestión se reducirá a determinar si se requiere la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida y, por tanto se será gran inválido, o, por el contrario, tal asistencia no es necesaria y, consecuentemente, no procederá calificar la Incapacidad permanente en tal grado²⁸⁶.

núm. 855/1991); la antes citada del SSTSJ del País Vasco de 25 de octubre de 1994 (Rec. núm.1533/1994); de Cantabria de 1 de julio de 1998 (Rec. núm. 337/1997), y de Navarra de 19 de junio de 2001 (Rec. núm. 225/2001) y de Galicia de 28 de enero de 2019 (EDJ 507392). En relación a esta circunstancia, véase GÁRATE CASTRO, J. (1979): «La ceguera como lesión constitutiva de gran invalidez», op. cit., p. 301.

285. En este sentido, SSTS 29 abril y 18 de mayo 1982(RJ 1982,3091 y 3177); 13 de julio y 26 septiembre 1983 (RJ 1983, 3777 y 4283), 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3964), 17 de julio de 1986 (RJ 1986, 4185); octubre de 1987 (RJ 1987, 6856); 4 de febrero de 1988 (RJ 1988, 577); 23 de marzo de 1988 (EDJ 2476); 19 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1116). También STSJ Madrid de 12 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 110927) y STSJ Baleares de 26 de septiembre 2005 (AS 2005,2767); Burgos de 26 de noviembre de 2014 (EDJ 240259) y Galicia de 16 de diciembre de 2016 (EDJ 240714).

Sobre el análisis jurisprudencial de los requisitos exigidos en relación con la asistencia de tercera persona, véase GARCÍA VIÑA, J. (2001): «La evolución jurisprudencial de la gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (1990-2000)», op. cit., pp. 630 y ss.

286. Así, se ha considerado necesaria la ayuda de tercera persona en las siguientes situaciones: necesidad de mantenerse en reposo prolongado (STS de 3 de marzo de 1984, Ar. 2241); imposibilidad para colocarse las prótesis sin ayuda (STSJ de Cantabria de 5 de abril de 2000, Ar. 1402 y STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2002 (AS 2002, 3874); o para vestirse o atender la higiene personal ((STSJ Cantabria, de 30 de julio de 2004, Ar. 243225); necesidad de una silla de ruedas (STS de 1 de julio de 2004, Ar.197152) pues, aunque le permite la movilidad, su uso no es suficiente para la completa autonomía, sino que es un medio auxiliar que no puede utilizarse en trazados irregulares o pendientes, ni superar las denominadas barreras arquitectónicas. También la necesidad de ayuda para subir y bajar de la silla de ruedas (STSJ de Castilla y León de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003, 85001); para mantenerse en pie y deambular (STSJ Asturias 28 de marzo 2003(JUR 2003, 176644) o para vestirse, en un caso en que además hay riesgo de caída e impedimento para cortar la carne (STSJ de Cataluña, de 14 de noviembre de 2004, Ar.363240), etc.

Por el contrario, pese a la gravedad de las lesiones padecidas, se ha considerado que la persona sí podía realizar por sí misma las actividades de la vida diaria y, por tanto, no procedía calificar su situación como constitutiva de Gran invalidez en las SSTS de 29 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1570) en relación con una afección vesical; de 19 de enero de 1982 (RJ 1982, 251) en un caso de hemiplejía derecha como consecuencia de un derrame cerebral y de 5 de febrero de 1892 (RJ 1982, 591) en un supuesto de hemiplejía izquierda. Igual doctrina se mantuvo en la STS de 4 de junio de 1981, en un caso de «secuelas de poliomielitis sufrida en edad juvenil», que afectaba especialmente a extremidad inferior izquierda con parálisis de músculos de pantorrilla izquierda, hipertrofia de cuádriceps y artrodesis de tobillo, polioartrosis, lumbociatalgia, todo ello de carácter permanente e irreversible», ya que pese a que la posibilidad de trabajo era nula, «podía valerle por sí misma para para realizar los actos esenciales de la vida, incluso pequeñas tareas domésticas»(STS 3213/1981, de 4 de junio, ECLI:ES:TS: 1981:3213 (Nº de Resolución:920/1981, recurso de casación por infracción de Ley), Id Cendoj: 28079140011981100631).

Lo que no se exige es que la necesidad de ayuda sea continuada o permanente a lo largo de todo el día²⁸⁷, aunque tampoco puede ser esporádica o transitoria, sino que requiere cierta habitualidad²⁸⁸.

2.2.3.1. La necesidad de ayuda en el caso de los enfermos terminales

En su momento, con respecto a la declaración de la Gran invalidez en el caso de los enfermos terminales se abrieron dos opciones interpretativas²⁸⁹:

La primera de ellas se inclinaba por considerar que cuando el fallecimiento era previsible en fecha próxima lo correcto era no declarar la Gran Invalidez por faltar el requisito de permanencia o de estabilidad.

Se partía en este caso de una interpretación sistemática conforme a la cual, si para la declaración de la Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados se exigía la nota de permanencia, no podía escapar de tal requerimiento la Gran invalidez, que también constituye un grado de esta.

Por tanto, la falta «la estabilidad de la situación por el previsible desenlace inmediato» del proceso patológico posibilitaba la denegación de la prestación correspondiente.

La segunda interpretación, que fue la acogida finalmente por la jurisprudencia, respondía positivamente a la siguiente cuestión: ¿Es o no permanente una situación de dependencia próxima a finalizar por la muerte del sujeto?

La respuesta afirmativa a esta pregunta era lógica, pues no cabe duda de que mientras no se produzca el fallecimiento la necesidad de ayuda de tercero persistirá, y el hecho de que la duración del proceso degenerativo vaya a ser previsiblemente corta no es pretexto válido para negar la necesidad de ayuda y justificar por tal motivo la falta de reconocimiento de la Gran invalidez.

El Tribunal Supremo rechazó por errónea la primera interpretación, según la cual no debería reconocerse el grado de Gran invalidez cuando por ser previsible el fallecimiento del sujeto, a corto o medio plazo, los padecimientos no

287. SSTs de 1 de octubre de 1987 (EDJ 6930) y sus precedentes de 13 de marzo de 1972 (RJ 1972, 1131); de 22 de diciembre de 1986 (EDJ 8604) y de 30 de enero de 1989 (EDJ 768). También las sentencias posteriores de 18 y 23 de marzo de 1988 (EDJ 2308 y EDJ 2476); 13 de marzo de 1989 (LA LEY 124763-JF/0000); 29 de marzo de 1989 (Ar. 1570) y de 23 de marzo de 1998 (Ar. 2476). La misma doctrina se recoge en las SSTSJ de las Islas Canarias de 16 de junio de 1992 (Rec. núm.121/1992); de Aragón de 9 de diciembre de 1993 (Rec. núm. 972/1993); de Cataluña de 18 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 3/2000) y de Galicia de 13 de octubre de 2011 (Rec. núm. 2320/2011). En el mismo sentido, SSTSJ de Madrid de 30 de marzo de 2010 (EDJ 116189) y de 27 de enero de 2016 (EDJ 19524) y de Galicia de 22 de diciembre de 2015 (EDJ 26278) Lo relevante es que el trabajador no pueda realizar los actos más esenciales de la vida con autonomía (STS de 19 de enero 1989 (RJ 1989, 269) y STS 4ª 30-1-1989 (EDJ 768).

288. MALDONADO MOLINA, J.A. (2014):» Dependencia y Sistema de Seguridad Social». VV.AA. *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*. Colección Trabajo y Seguridad Social (Dir. MONEREO PÉREZ, J. L.), Granada (Ed. Comares), p. 124.

289. SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, op. cit., p.131.

podieran considerarse permanentes. Entendió, por el contrario, que tal situación debía ser reconocida en el caso de los enfermos terminales, siempre y cuando, eso sí, se cumplieran los requisitos legalmente exigidos para el acceso a la misma.

Así lo confirmó en su importante Sentencia de 12 de mayo de 2003²⁹⁰, dictada en unificación de doctrina, al recalcar que «permanencia es contraria a intermitencia y en este sentido es evidente que la situación de estos inválidos permanece mientras se hallan con vida» y que, por otra parte, «La interpretación conforme a la cual no es permanente una situación de dependencia próxima a finalizar por muerte del sujeto, equivale a la exigencia de un requisito que no figura en la Ley ni en el texto de 1974 (art. 135) ni en el de 1994 (art. 137). Por el contrario, en ambas disposiciones la permanencia se exige por igual para la declaración de invalidez que para su adjetivación como Gran invalidez, resultando incongruente que se conceda la absoluta —que exige permanencia— y se deniegue su cualificación, siendo así que se admite que el beneficiario necesita de terceros para todas sus actividades vitales. Este artificial requisito quedaría además impreciso, al no poderse prever la duración de un proceso degenerativo por enfermedad por graves que sean las dolencias (...)».

En síntesis, el Tribunal Supremo, en relación con los supuestos en los que es previsible un próximo fallecimiento ha considerado que no cabe exigir el requisito de permanencia, argumentando que «este artificial requisito quedaría además impreciso, al no ser posible prever la duración de un proceso degene-

290. RCU 3017/2002 (RJ 2003/4076). Ponente: Martínez Garrido. En el supuesto analizado el INSS había denegado la prestación de Gran invalidez por entender que faltaba el requisito de la «permanencia» en situaciones en las que el desenlace era previsible en fecha próxima. Se trataba de un pensionista declarado en situación de Incapacidad Permanente Absoluta que no podía atender por sí mismo a sus más elementales necesidades vitales, por lo que precisaba de ayuda de una tercera persona para ello. Por otra parte, la gravedad de las dolencias padecidas hacía previsible que el fallecimiento pudiera producirse de forma inminente. En el mismo sentido SSTS de 12 de mayo de 2003 (EDJ 25726) y de 11 de octubre de 2004 RCU 5800/2003 (RJ 2004/6071) (Ponente: García Sánchez). Esta última reproduce el fundamento jurídico 2º de la Sentencia de 12 de mayo de 2003, que fija doctrina sobre «Gran invalidez» y «permanencia» en relación con los enfermos terminales.

En contra de la declaración de Gran invalidez en los casos en que el fallecimiento del enfermo se prevea próximo: STS de 5 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4704) y SSTSJ de Aragón de 9 de diciembre de 1993 (AS 1993,5487), de 15 de mayo de 1996 (AS 1996, 1521) y de 27 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 292325); Andalucía-Granada de 1 de febrero de 1999 (AS 1999, 993) y Cantabria de 21 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 6103).

En la STSJ de Madrid de 6 de octubre de 1997 (ponente: Suárez Fernández) se argumenta que no puede reconocerse el grado de Gran invalidez en los casos en que la situación no sea estable por esperarse un desenlace inmediato de la misma, porque la situación y necesidades de la persona son iguales que las de cualquier beneficiario de la Seguridad Social en el periodo inmediatamente anterior a su muerte y que lo que le impide realizar por sí solo los actos más elementales de la vida no es la enfermedad en sí misma, sino la fase terminal de esta.

A favor de la declaración de Gran invalidez en el caso de los enfermos terminales: STS de 13 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3698). En este caso se dio la circunstancia de que cuando se dictó la resolución, el beneficiario ya había fallecido. Igual posicionamiento STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2002 (AS 2002, 1555) y STSJ de Aragón de 28 de octubre de 2002 (AS 2002, 3157).

rativo por enfermedad por graves que sean las dolencias, porque sobre el diagnóstico puede haber una certeza que no hay sobre el pronóstico». Por eso «el ordenamiento jurídico prevé en estas situaciones un incremento de la prestación de invalidez permanente para atender a esa necesidad que tiene el inválido de ayuda de terceras personas para poder subsistir y es contrario a la lógica privar de tal asistencia so pretexto de que su duración va a ser previsiblemente corta», considerando que «permanencia es contrario a intermitencia y en este sentido es evidente que la situación de estos inválidos permanece mientras se hallan con vida»²⁹¹.

2.2.3.2. La «hipotética posibilidad» de atribuir directamente una prestación de la Seguridad Social al cuidador familiar dependiente económicamente del gran inválido. Ventajas e inconvenientes

Siendo como es la dependencia del inválido al cuidador lo que caracteriza la Gran invalidez, lo cierto es que la figura de la persona que atiende al gran inválido ha sido ignorada por completo en la regulación jurídica de tal situación, con las implicaciones negativas que ello tiene en orden a su posible protección social, fundamentalmente cuando se trata de un familiar del gran inválido que conviva y dependa económicamente de él.

La única referencia al cuidador es la contenida en el primer inciso del art. 196.4 de la LGSS/2015, que establece lo siguiente: «Si el trabajador fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según los establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda».

De esta forma, por disposición legal, el cuidador se convierte en el destinatario último de la cuantía del complemento por Gran invalidez, y es el destinatario último porque el que recibe directamente esta prestación complementaria de la Seguridad Social es el gran inválido.

Sí indica la norma explícitamente que este incremento prestacional se concede con la finalidad de «que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda», pero al no establecer el sistema de la Seguridad Social ningún mecanismo tendente a controlar que efectivamente el cuidador perciba de manos del gran inválido esta remuneración por la atención y cuidados que le presta, será aquél quien, al menos hipotéticamente, podrá decidir el destino que da al importe del complemento o a parte del mismo. En ningún caso, la Seguridad Social podrá saber si la persona en situación de Gran invalidez lo ha reservado para pagar a quien le asiste, fundamentalmente porque tampoco tendrá conocimiento de la identidad de la persona del cuidador.

Resolver la cuestión relativa a si es o no conveniente que la cuantía del complemento por Gran invalidez siga ingresando en el patrimonio del gran in-

291. Fundamento de derecho 2º. En el mismo sentido, STS de 11 de octubre de 2004, Ar. 6071.

válido, lo que permite, al menos hipotéticamente, que la destine a cualquier gasto que tenga y no exclusivamente a la retribución de quien le atiende, o si, por el contrario, la Seguridad Social debería atribuirlo directamente al cuidador familiar en forma de prestación social pública, no es tarea fácil. Por una parte, plantea el problema del perjuicio, económico y ético, que supone para el cuidador unido a la persona en situación de dependencia por vínculos familiares, con quien convive y a menudo depende económicamente, la decisión del actual beneficiario directo del complemento de no proporcionarle o reducir el importe de la prestación económica con la que la norma prevé que debe retribuirle. En estos casos, pese a no obtener compensación económica por la atención que presta, el cuidador podría verse moralmente compelido a seguir cuidando de su familiar impedido para realizar por sí mismo los actos más esenciales de la vida.

Por otra parte, sin un adecuado mecanismo de control, la atribución directa del complemento por Gran invalidez al cuidador familiar podría repercutir negativamente en la calidad de los cuidados prestados a la persona en situación de dependencia. Sin embargo, con el establecimiento de las garantías adecuadas que propicien la correcta atención que debe darse a la persona en situación de Gran invalidez, el hecho de que el beneficiario de la prestación pública fuera el cuidador familiar facilitaría una más adecuada protección social de esta figura tan ignorada, al establecer la relación directa entre este y la Seguridad Social.

En cualquier caso, sea quien sea la persona que recibe directamente la prestación, parece conveniente establecer algún mecanismo que garantice que el cuidado se presta efectivamente y que el incremento por Gran invalidez se destina a la finalidad prevista en la norma.

Ciertamente la atribución directa de una compensación económica al cuidador que no está vinculado por contrato laboral a su familiar dependiente y no percibe por tanto salario alguno, a diferencia del cuidador externo, y que vendría dada en forma de una prestación social pública que sustituiría al actual complemento por Gran invalidez, no parece una mala idea siempre que, como contrapartida, se arbitre un sistema de control que posibilite la comprobación de que efectivamente quien presta la asistencia al gran inválido cumple con la dedicación debida su cometido²⁹².

Indudablemente lo anterior supondría dotar de una nueva configuración a la protección por Gran invalidez, pues no se mantendría la dualidad de prestaciones que la conforman ahora, sino tan solo la principal, es decir, la correspondiente a la pensión de incapacidad permanente absoluta o a la pensión de incapacidad permanente total. Debería desaparecer, por tanto, la prestación adicional como tal, que sería reemplazada por otra prestación pública que recibiría el cuidador familiar directamente desde la Seguridad Social y no a través del gran inválido como hasta ahora.

292. Sobre ello, véase GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G (coord.): *Protección social de las personas dependientes*, op. cit., pp. 58 y 59.

Esta nueva prestación podría integrarse en el nivel contributivo o bien pasar a formar parte del nivel asistencial de protección.

2.2.3.2.1. Los inconvenientes de encuadrar la «hipotética prestación» del cuidador familiar en el nivel no contributivo de protección

De ser esta última la solución adoptada, la nueva prestación debería constituir una excepción a la regla general que exige probar la carencia de rentas o ingresos para poder acceder a las prestaciones no contributivas, pues de lo contrario, para obtener la protección, el cuidador tendría que demostrar que la suma de sus ingresos propios y los de la unidad familiar de convivencia de la que forma parte, entre los que se encontrarían los derivados de la pensión por Incapacidad permanente total o de Incapacidad permanente absoluta de su familiar en situación de Gran invalidez, no supera el límite de recursos establecidos anualmente, y esta circunstancia podría determinar que no pudiera acceder a la protección que solicita.

Por otra parte, la Ley de Dependencia prevé, con carácter excepcional, una prestación que guardaría un gran parecido con la que hipotéticamente recibiría el cuidador de su familiar en situación de Gran invalidez directamente desde la Seguridad Social. Se trata de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales²⁹³. Pese a que el beneficiario de esta prestación no es el cuidador sino la persona en situación de dependencia²⁹⁴, las evidentes similitudes entre ella y la que correspondería al familiar que cuida al gran inválido podrían justificar, si se optara por incardinarla en el nivel no contributivo sin exigir el requisito de carencia de rentas, que se establecieran para esta última cuantías similares a las fijadas para la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. De esta forma, por el hecho de que ambas cumplieran una finalidad análoga y cubrieran la misma situación de necesidad, podría resultar razonable que el legislador fijará, por analogía, para la prestación pública de Seguridad Social las exiguas cuantías establecidas para la prestación prevista en la Ley de Dependencia, con lo que ambas adolecerían de la misma penosa condición. Esta equiparación que, al menos en teoría, resultaría congruente tanto con el propósito para la que una y otra prestación se concederían como con el estado de necesidad a que ambas tratarían de hacer frente, determinaría no obstante, una merma considerable de la compensación económica a la que en el momento actual, si bien recibéndola de manos de su familiar dependiente, tiene derecho el cuidador familiar, ya que de la «nueva» forma de calcular el complemento por Gran invalidez resulta que únicamente tomando en conside-

293. El carácter excepcional de la prestación se establece en los arts.14.4 y 18.1 de la Ley de Dependencia.

294. Art. 14.4 de la Ley de Dependencia. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que igual que acontece con el complemento de Gran invalidez, el beneficiario de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales es la persona en situación de dependencia.

ración la primera variable, el 45% de la base mínima de cotización, ya se supera la cuantía máxima prevista para la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, que es la correspondiente al grado III de dependencia²⁹⁵.

En cualquier caso, entiendo que si la elección fuera la de inculpar la prestación del cuidador familiar del gran inválido dentro del nivel no contributivo, resultaría aconsejable que su cuantía fuera como mínimo la correspondiente a la asignación por hijo mayor de 18 años con una discapacidad igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos vitales más elementales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, que es en 2021 de 7.185,60 euros anuales por hijo (598.80 euros mensuales)²⁹⁶.

Esta prestación se encuentra prevista en el art. 353.2, letra c) de la LGSS/2015, en redacción dada por la Disposición final cuadragésima, apartado cuatro, de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018²⁹⁷, y se asemejaría incluso más que la prevista en la Ley de Dependencia a la que hipotéticamente podría percibir el cuidador familiar directamente de la Seguridad Social. Por una parte, el beneficiario es el propio cuidador y no el hijo mayor de edad con discapacidad mínima del 75%; por otra, la finalidad es la misma, es decir, asistir a un familiar que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, no puede realizar por sí mismo los actos vitales más elementales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Además presenta la ventaja de que, al ser el sujeto que necesita atención y cuidados una persona con discapacidad, no se exige el requisito del límite de recursos económicos que es característico de las prestaciones no contributivas, y puesto que quien se encuentra en situación de Gran invalidez, previa valoración de su discapacidad, tendría tal consideración, se eliminaría la necesidad de que el cuidador familiar, para acceder a la prestación económica, tuviera que probar que tanto él como la unidad económica a la que pertenece carecen de rentas o ingresos.

295. Conviene aclarar que pese a la modificación del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) por el RD 231/2020, de 4 de febrero (BOE de 5 de febrero), con efectos desde 1 de enero de 2020, y tras su prórroga provisional desde 1 de enero de 2021, el importe de la base mínima de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social debería de ser de 1108,33 euros, es decir, el resultado de dividir entre 12 la cuantía del SMI en cómputo anual para 2021 (13300 euros). Sin embargo, hasta que se fije el SMI para el año en curso, lo que no ha ocurrido a principios de junio, se mantiene como cuantía de la base mínima de cotización la que estaba vigente el 31 de diciembre de 2019.

Por tanto, en 2021, el 45% de la base mínima de cotización (1050 euros/mes) asciende a 472,50 euros/mes, mientras que la cuantía que corresponde a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, si se trata del grado III de dependencia, es de 387,64 euros/mes. En el mismo año, para el grado I de dependencia es de 153 euros/mes y para el grado II de 268,79 euros/mes.

296. Guía de Ayudas Sociales y Servicios para las Familias 2021 (actualizado a 15 de mayo de 2021). Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 https://www.msbs.gov.es/ssi/familiasInfancia/pdf/Guia_ayudas_y_servicios_para_familias_2021.pdf

297. BOE de 4 de julio.

2.2.3.2.2. La permanencia de la «hipotética prestación» del cuidador familiar en el nivel contributivo de protección. Propuesta de una fórmula de cálculo alternativa a la utilizada para determinar la cuantía del complemento de Gran invalidez

Sobre la cuestión de quién debería ingresar directamente en su patrimonio el complemento por Gran invalidez, si el gran inválido o el cuidador, la doctrina ha señalado que, siguiendo el esquema previsto para las prestaciones por muerte y supervivencia, se podría distinguir entre sujeto causante —gran inválido— y beneficiario —cuidador—, pero tal cosa no se ha hecho, por lo que actualmente el incremento de la pensión, al igual que esta, pasa a formar parte del patrimonio del gran inválido.

De ahí que si se eligiera la primera de las dos opciones anteriormente referidas, y se decidiera, por tanto, integrar en el nivel contributivo de protección la hipotética prestación de la que sería beneficiario directo el cuidador familiar del gran inválido, esta debería construirse partiendo de un esquema similar al establecido para las prestaciones por muerte y supervivencia, de forma que el sujeto causante de la prestación fuera la persona declarada en situación de Gran invalidez y el familiar que le asistiera el beneficiario de aquélla.

En tal caso, la nueva prestación podría seguir siendo calculada de la misma forma que actualmente se utiliza para determinar la cuantía del complemento por Gran invalidez, lo que probablemente resultaría ventajoso para el cuidador familiar, pues con casi total seguridad le procuraría una compensación económica superior a la que obtendría de provenir su amparo de una prestación inordinada en el nivel no contributivo.

Pero también, además del cambio en la persona que recibe directamente la prestación de la Seguridad Social, podría aprovecharse para vincular la cuantía de la prestación del cuidador familiar al esfuerzo y dedicación que prestar atención y cuidados al gran inválido conlleva. Esta opción exigiría llevar a cabo, tanto en el momento de la calificación como posteriormente en cada revisión de grado, un análisis de los concretos impedimentos que tiene la persona en situación de Gran invalidez para desenvolverse por sí solo en la realización de los actos más esenciales de la vida y concretar tanto las tareas que debe realizar el cuidador a fin de posibilitarlos como la dedicación que conllevarían.

Esta dedicación podría cuantificarse en unidades de tiempo, por ejemplo en nº de horas al día en que el gran inválido necesita ser asistido, teniendo en cuenta los concretos actos más esenciales que no puede llevar a cabo de forma independiente, cuántas veces al día deben realizarse y el tiempo que se invierte en su ejecución. Después habría que dotar a cada hora de un valor económico para poder calcular la prestación mensual, que debería tener garantizada una cuantía mínima y, de ser preciso, estar sujeta a un tope máximo. De esta forma se aseguraría que la protección económica que otorgara la hipotética nueva prestación fuese la misma para todos los cuidadores familiares que invirtieran el mismo número de horas en el cuidado y atención de su familiar en situación de Gran invalidez.

Sería recomendable que el valor económico dado a cada hora de dedicación fuera como mínimo de 7,43 euros²⁹⁸, por ser este el salario mínimo por hora trabajada en el sistema especial de los empleados del hogar familiar, integrado en el RGSS desde 2012, y que la cuantía máxima de la prestación del cuidador familiar, que resultaría aplicable en aquellos casos en que la necesidad de ayuda no pudiera cuantificarse en horas, al requerirse de forma constante, no resultase inferior a la del salario mínimo interprofesional mensual, que en 2021 asciende a 950 euros brutos en 14 pagas, por 40 horas semanales²⁹⁹.

Asimismo, para determinar el número de horas, en este caso diarias, en que será necesaria la ayuda de tercera persona, podría servir de orientación al órgano calificador la tabla 2.C.2 de Ayuda de Tercera Persona, recogida en el Anexo a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre³⁰⁰, que las establece en función de la secuela de que se trate.

En la tabla referida se atribuye un número de horas diarias fijo o variable de ayuda de tercera persona a distintas secuelas, físicas, neurológicas y psiquiátricas que determinan la necesidad de ayuda de tercera persona. Por ejemplo: al estado vegetativo permanente, le corresponden 16 horas diarias; a la tetraplejia, entre 7 y 16; a la hemiplejia, entre 4 y 5; a la paraplejia, entre 3 y 7; a la ceguera, entre 5 y 6; a la amputación de ambos brazos, entre 6 y 7; a la amputación a nivel de cadera de ambas piernas, entre 4 y 5 horas, etc.

En caso de que exista más de una secuela por la que el gran inválido requiera la asistencia de tercera persona, deberían aplicarse las reglas que prevé el art. 123.2 de la misma norma³⁰¹. De este modo:

- a) Para lesiones que requieran necesidad de ayuda de tercera persona con un número de hasta seis horas, la valoración total del tiempo necesario se obtendría como resultado de sumar a las horas correspondientes a

298. Art. 4.2 del RD 231/2020, de 4 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2020 (BOE de 5 de febrero). Recuérdese que este RD ha sido prorrogado provisionalmente para 2021.

299. En el salario mínimo se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquel (art. 1 del RD 231/2020, de 4 de febrero).

300. Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 23 de septiembre).

301. Más dudosa parece la viabilidad de aplicar a la Gran invalidez la fórmula de cálculo establecida en el apartado 3 del art. 123 de la Ley 35/2015 para aquellos casos en que ya se requiriese asistencia de otra persona con carácter previo al accidente, que «resulta de aplicar la fórmula $(H - h) / [1 - (h / 100)]$, donde «H» es el resultado de aplicar a las horas correspondientes a todas las secuelas lo establecido en el apartado 2 de este artículo y «h» las horas asociadas al estado previo al accidente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la hora más alta». La imposibilidad de aplicar esta regla obedecería a la existencia de una doctrina jurisprudencial que entiende que no es posible reconocer el grado de Gran invalidez, aunque exista agravación de la situación de dependencia personal, a quien con anterioridad a su afiliación al sistema de la Seguridad Social ya precisase de la asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

la secuela mayor el cincuenta por ciento de las horas establecidas en cada una de las otras.

- b) Para lesiones que requieran necesidad de ayuda de tercera persona con un número superior a seis horas, la valoración total del tiempo necesario se obtendría como resultado de sumar a las horas correspondientes a la secuela mayor el veinticinco por ciento de las horas establecidas en cada una de las otras.

Además, podría tenerse en cuenta tanto en la calificación inicial del grado de Gran invalidez como en la que sea consecuencia de una revisión por agravación de un grado inferior, la edad del beneficiario como factor que incrementa el número de horas en que vaya a requerir la ayuda de tercera persona. Para ello, tal como prevé el art. 124.2 de la Ley antes citada, podrían aplicarse unos factores correctores de aumento a partir del cumplimiento de una determinada edad por el lesionado³⁰², aunque en el caso de la Gran invalidez derivada de contingencias comunes, tal como está regulada la materia en este momento, previsiblemente no se admitiría la aplicación de estos cuando el beneficiario hubiera cumplido la edad ordinaria de jubilación y no fuera, por tanto, posible la revisión de su estado.

En cualquier caso, como contrapartida, y siempre que, se insiste nuevamente en ello, se arbitrara un mecanismo por parte de la Seguridad Social que garantizase que efectivamente el cuidador familiar presta la asistencia en la forma debida, esta hipotética prestación que recibiría directamente de la Seguridad Social sustituiría al actual complemento por Gran invalidez, de forma que el gran inválido tendría solo derecho a percibir la pensión de base, por Incapacidad permanente total o por Incapacidad permanente absoluta³⁰³.

302. El art. 124.2 de la Ley 35/2015 establece los factores correctores de aumento siguientes, en función de las edades siguientes: a) desde cincuenta hasta sesenta años, se aplica un factor corrector del 1,10; b) desde sesenta hasta setenta años, se aplica un factor corrector del 1,15 y c) a partir de setenta años se aplica un factor corrector del 1,30.

303. GONZÁLEZ ORTEGA mantiene que indudablemente el cuidador familiar debería ser tutelado y propone diferentes instrumentos de protección, como la percepción efectiva por este de una prestación social peculiar, alternativa del salario dejado de percibir. También plantea que debería regularse de forma más generosa la excedencia por cuidados familiares y computar el tiempo dedicado a los cuidados, total o parcialmente, a efectos de generar del derecho en futuras prestaciones de la Seguridad Social: jubilación, Incapacidad Permanente y desempleo.

Además, en opinión del autor, tendría que procurarse al cuidador formación y adiestramiento en el cuidado de dependientes para que puedan realizar su tarea con más eficiencia, así como garantizar su descanso temporal. Para esto último sería necesario establecer las llamadas «prestaciones de respiro», periodos que funcionen como un tiempo vacacional en la función de cuidado, durante los cuales la persona en situación de dependencia quedaría a cargo de una institución pública (prestación pública de internamiento). Y, por último, sería conveniente establecer sistemas de apoyo, consulta y asistencia en los planos sanitario o social para paliar, en la medida de lo posible, la carga psicológica y de trabajo del cuidador familiar que, en ocasiones puede llegar a ser excesiva (GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G (coord.): *Protección social de las personas dependientes*, op. cit., pp. 59 y 60).

Las posibilidades alternativas de encuadrar la prestación social que recibiera hipotéticamente el cuidador en el nivel no contributivo o en el contributivo de protección anteriormente detalladas están pensadas para que sus beneficiarios fueran las personas que no estuvieran trabajando ni percibiendo una prestación social pública en el momento en que se ven en la necesidad de asistir a su familiar en situación de Gran invalidez en la realización de alguno o varios de los actos más esenciales de la vida y que, por tanto, al menos en teoría, dependerían económicamente de él.

Sin embargo, si el cuidador estuviera prestando servicios para una empresa o empleador en la fecha en que debe encargarse de ayudar a su familiar en situación de Gran invalidez a realizar actos más esenciales de la vida concretos, que al no implicar una necesidad de atención constante le permitieran seguir trabajando durante una parte de la jornada, podría articularse una prestación de características similares a las establecidas para la prestación por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Esta prestación se percibiría mientras el cuidador asistiera a su familiar en situación de dependencia e iría destinada a sustituir la parte de salario dejada de cobrar por aquél como consecuencia de la reducción de la jornada de trabajo, por lo que debería calcularse tomando como referencia la última base de cotización por contingencias comunes o profesionales del familiar que presta la asistencia.

Las mismas opciones de cálculo descritas anteriormente podrían adoptarse en el caso de que se resolviese que fuera la persona en situación de Gran invalidez quien continuara percibiendo el complemento como hasta ahora. Cabe recordar que esta es actualmente la elección del legislador, no solo en relación con el incremento por Gran invalidez, sino también para las tres prestaciones económicas previstas en la Ley de dependencia: para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, vinculada al servicio³⁰⁴ y de asistencia personal³⁰⁵.

304. La prestación vinculada al servicio está prevista en el art. 14.3 y 17 (cuyo apartado 1 fue modificado por el art. 22.5 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio) de la Ley de dependencia. La percepción de esta prestación requiere que no sea posible la atención mediante alguno de los servicios públicos o concertados de atención y cuidado, en función del grado de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario. Irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención al que se refiere el artículo 29 de la misma norma, que deberá ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia.

En este caso, la prestación económica de carácter personal está vinculada siempre a la adquisición de un servicio. El destino y utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas debe ser supervisado por las Administraciones Públicas competentes (art. 17, apartados 2 y 3).

305. La prestación económica de asistencia personal está prevista en los arts. 14.5 y 19 (modificado por art. 22.7 del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio) de la Ley de Dependencia. Según establece el art. 19 tiene como finalidad «la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo

2.2.3.3. La necesidad acuciante de otorgar una protección específica dentro del ámbito de la Seguridad Social a los cuidadores familiares dependientes económicamente de la persona en situación de Gran invalidez

El propósito legalmente perseguido al atribuir directamente la prestación a la persona dependiente y no a quien le atiende no deja de ser loable, pues resulta más acorde con el respeto a la dignidad del dependiente, a la vez que evita que a una situación de dependencia personal se añada otra de posible dependencia económica³⁰⁶.

Por otra parte, pese a que la cuantía de las prestaciones no ingrese en el patrimonio del cuidador familiar, en alguna medida si este convive con su familiar en situación de dependencia, que es el supuesto habitual, resultará indirectamente beneficiado por la mejora de la situación económica de la familia de la que forma parte³⁰⁷.

Ahora bien, siendo esta elección la que parece más apropiada por el motivo apuntado, no puede obviarse la conveniencia de diseñar dentro del ámbito de la Seguridad Social una protección social específicamente pensada para los cuidadores familiares que conviven con su familiar en situación de Gran invalidez y dependen económicamente de él, ya que actualmente no existe como tal. Tampoco se les indemniza de ninguna forma el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida, no se les compensa por la sustancial alteración de su día a día motivada por la necesidad de asistir, en ocasiones continuamente, a su familiar en la realización de los actos esenciales de la vida³⁰⁸.

El hecho es que los cuidadores familiares de las personas en situación de Gran invalidez podrían, al menos en teoría, suscribir con la Seguridad Social el Convenio especial previsto en el RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia³⁰⁹. Podrían concertarlo, pero no por ser el cuidador ligado por

acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación».

306. SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, op. cit., 135.

307. *Ibidem*, p. 31.

308. A diferencia de lo que se prevé en el art. 110.1 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, para el caso de los grandes lesionados.

309. El artículo 18.3 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, al regular la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, establece que el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. Por otra parte, en la disposición adicional cuarta de la mencionada ley se establece que el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización.

En cumplimiento del mandato incluido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la Seguridad Social facilitó el recurso al instituto del convenio especial previsto en el artículo 125.2 de la LGSS/1994.

vínculos familiares al gran inválido al que asiste, sino por ser la persona designada como cuidadora no profesional en el Programa Individual de Atención elaborado por los Servicios Sociales correspondientes al municipio de residencia de la persona que lo solicite, porque es a estos últimos a los está dirigido el referido Convenio especial.

A efectos de suscribir el Convenio, podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco³¹⁰. También, excepcionalmente, cuando se den las circunstancias establecidas en el art. 1.2 del RD 615/2007, la Administración competente podrá permitir que el cuidador no profesional sea una persona del entorno de la persona dependiente que no tenga con él ninguno de los grados de parentesco anteriormente referidos, siempre que resida en el mismo municipio que aquél o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año.

La suscripción del convenio especial no requiere de la acreditación de un periodo previo de cotización ni supone en la actualidad ningún coste para el cuidador no profesional, ya que las cotizaciones corren a cargo de la Administración General del Estado.

El art. 4 del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación³¹¹, incluye una medida de protección social de carácter extraordinario y urgente, consistente en la recuperación de la financiación de las cuotas del convenio especial de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia a cargo de la Administración General del Estado. De acuerdo con la nueva normativa, los Convenios especiales existentes el 1 de abril de 2019, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, se entenderán subsistentes y se registrarán íntegramente por lo dispuesto en el RD 615/2007, quedando la cuota a abonar a cargo de la Administración General de Estado³¹².

Esta medida favorece de modo particular a las mujeres, pues frecuentemente son ellas quienes se ven obligadas a dejar su puesto de trabajo y a interrumpir su carrera de cotización, para atender a un familiar en situación de dependencia.

A este convenio deberán acogerse los cuidadores no profesionales para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social, en tanto se perciba la prestación económica regulada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

En desarrollo del art. 18, apartados 3 y 4 de la Ley 39/2006, el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo (BOE de 12 de mayo) regula la inclusión en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales y la financiación mediante un tipo reducido de cotización de los programas de formación y acciones formativas cuya aplicación se prevé a los cuidadores no profesionales.

310. Art. 1.1 RD 615/2007.

311. BOE de 7 de marzo.

312. El art. 4. Trece RD-ley 6/2019, de 1 de marzo añade una nueva disposición transitoria trigésima primera a la LGSS/2015, relativa a los Convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia, previstos en el RD 615/2007, existentes a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo.

Mediante la suscripción del Convenio Especial, los cuidadores no profesionales quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta ³¹³. Esta previsión no será aplicable en el caso de que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional que determine su alta a tiempo completo en algún régimen de la Seguridad Social. Tampoco existirá obligación de suscribir el convenio especial cuando el cuidador familiar:³¹⁴

- Esté percibiendo la prestación de desempleo.
- Tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente.
- Sea un pensionista de viudedad o en favor de familiares y tenga 65 o años o más.
- Esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de cotización efectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 237 LGSS³¹⁵.

Conforme establece el art. 4.1 RD 615/2007, la base mensual de cotización en el convenio especial será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social³¹⁶. En los casos en que los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa, la base de cotización anteriormente indicada se reducirá proporcionalmente, sin que, con carácter general, la base de cotización pueda ser inferior al 50 por ciento del tope mínimo establecido en el Régimen General.

En los casos en que, como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales, el cuidador haya reducido su jornada de trabajo con la correspondiente disminución de la retribución, en los términos previstos en la legislación laboral, el convenio especial se aplicará en orden al mantenimiento de la base de cotización en los términos contemplados en el artículo 4.2 del RD 615/2007³¹⁷.

313. Art 2. 1 RD 615/2007

314. Apartados 2, 3 y 4 del art. 2 del RD 615/2007.

315. Antes, art. 180 LGSS/1994. De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del art. 237 LGSS/2015 se considerará efectivamente cotizado a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor, el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten, de acuerdo con el artículo 46.3 del TRET, en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida. Además, tal como establece el apartado 4 del mismo artículo cuando la situación de excedencia haya ido precedida de una reducción de jornada en los términos previstos en el artículo 37.6 del TRET, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si la jornada de trabajo se hubiera mantenido sin dicha reducción.

316. En 2021, 1050 euros/mes.

317. Para estos casos, el art. 4.2 RD 615/2007 establece que la suma de la base de cotización del cuidador no profesional, en función de la actividad laboral realizada, y la prevista en el párrafo ante-

La suscripción del convenio por el cuidador no profesional resulta ventajosa para este en la medida en que los años que haya dedicado al cuidado de su familiar en situación de dependencia se integrarán en su vida laboral, contribuyendo a generar el derecho a determinadas prestaciones³¹⁸. En concreto, la acción protectora dispensada será la correspondiente a jubilación, Incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente o de enfermedad, con independencia de su carácter o naturaleza.

Para que el cuidador pueda suscribir el convenio especial, la persona que recibe los cuidados debe tener reconocida la prestación económica de dependencia³¹⁹. También será preciso que el cuidador no familiar adjunte la documentación acreditativa del parentesco con aquélla y, en su caso, de las circunstancias que posibilitan excepcionalmente la concertación del Convenio especial por persona que no guarde vínculos de parentesco con la persona en situación de dependencia a que hace referencia el art. 1.2 del RD 615/2007³²⁰.

Cabe reflexionar ahora sobre cómo afecta al cuidador familiar de la persona en situación de Gran invalidez el primer requisito, que exige, para poder suscribir el Convenio especial, acreditar la realización de los cuidados no profesionales aportando copia de la resolución por la que se haya concedido la prestación económica a la persona dependiente. Si se pone en relación esta exigencia con lo establecido en el art. 31 de la Ley de Dependencia, se complica sobremanera la posibilidad de que el cuidador familiar del gran inválido pueda acceder al referido Convenio.

Ello se debe a que si bien la persona en situación de Gran invalidez es en todo caso una persona dependiente, la posibilidad de que pueda ser perceptor de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales prevista en el art. 18 de la Ley de Dependencia es inexistente en la actualidad. Esto es así porque, de conformidad con el art. 31 de la misma norma, el importe del complemento por Gran invalidez debe deducirse de la cuantía de las prestaciones económicas previstas en la Ley de De-

rior del mismo apartado, no podrá ser superior a la base por la que se venía cotizando antes de reducir la jornada y la correspondiente retribución, como consecuencia de la atención al familiar en situación de dependencia. Si se superase el límite indicado, se procederá a reducir la base de cotización aplicable en el convenio especial.

318. <https://revista.seg-social.es/2019/04/15/novedades-en-el-convenio-especial-para-cuidadores-no-profesionales/> (consultado el 22/11/2019).

319. <https://revista.seg-social.es/2019/04/15/novedades-en-el-convenio-especial-para-cuidadores-no-profesionales/> (consultado el 21/11/2019).

320. Las solicitudes se presentarán en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma en el modelo correspondiente (TA 0040) o Solicitud de Alta en Convenio Especial de Cuidadores no profesionales. Asimismo se podrá presentar a través de la Sede Electrónica de la Seguridad Social, utilizando el servicio de "Alta en Convenio Especial" ubicado en la siguiente ruta: Ciudadanos/Afiliación e Inscripción, que permite realizar la solicitud por Registro Electrónico. Documentación. Junto con la solicitud se presentará: a) Resolución de la prestación económica de la dependencia; b) Documento identificativo del cuidador no profesional: DNI/NIE y c) Documento identificativo de la persona dependiente: DNI/NIE. (<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/10547/10555/51635> (Consultado el 21/11/2019)).

pendencia, y el hecho de que esta sea tan baja determina que solo aplicando la variable fija establecida para el cálculo del complemento de Gran invalidez ya se supere incluso la cantidad económica más elevada establecida para la prestación para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, esto es, la correspondiente al grado III de dependencia. Sobre este punto se volverá más adelante.

En consecuencia, si la cuantía prevista para la prestación para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales queda anulada en términos económicos tras deducir de ella la cuantía del complemento por Gran invalidez, no será posible reconocer al gran inválido la condición de beneficiario de la misma. Y este hecho conllevará la imposibilidad de que el cuidador familiar que le atiende pueda suscribir el Convenio especial, porque, al no existir una resolución que conceda la prestación, no podrá aportar la copia de esta que debe adjuntarse a la solicitud.

De esta forma, aunque legalmente está previsto que la persona en situación de Gran invalidez pueda ver reconocida su situación de dependencia en el grado que corresponda y beneficiarse de las prestaciones previstas en la Ley de Dependencia, en el momento actual no podrá percibir cuantía alguna en concepto de prestación para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. Esta circunstancia impedirá que el cuidador familiar del gran inválido obtenga la protección social a la que sí tienen derecho el cónyuge y los parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco, de las personas que tengan reconocida la prestación citada.

No cabe duda de que esta situación produce un agravio comparativo entre unos cuidadores y otros, sin motivo que lo explique, pues el cometido de todos ellos es exactamente el mismo: asistir y cuidar a un familiar que no se vale por sí mismo. La solución pasaría por extender a los cuidadores familiares del gran inválido la posibilidad de suscribir el Convenio especial previsto los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Con esta medida tendrían una expectativa de derecho a lucrarse en un futuro de una prestación por jubilación, Incapacidad permanente y muerte y supervivencia.

Capítulo II

DISTINCIÓN ENTRE GRAN INVALIDEZ Y FIGURAS AFINES

La delimitación del contenido de ciertas situaciones, a priori similares a la Incapacidad permanente, y dentro de ella, señaladamente, a la Gran invalidez, resulta compleja. Tal es el caso de la dependencia, la discapacidad y de la modalidad no contributiva de invalidez.

La distinta finalidad, financiación, gestión, extensión de su ámbito subjetivo de protección y el hecho de que cubran circunstancias diferentes justifica el distinto régimen jurídico aplicable a estas situaciones y, en especial, que para su valoración y determinación se sigan procedimientos específicos, de cuya resolución se encargan órganos diferentes.

No obstante, la confusión terminológica viene propiciada por la existencia de coincidencias o puntos de encuentro entre unas y otras, contribuyendo a ella también la existencia de pasarelas entre algunas de las situaciones antes mencionadas, lo que significa que acreditando la existencia de una de ellas es posible ver reconocida otra automáticamente, es decir, sin necesidad de pasar por una nueva valoración. De ahí que en una misma persona puedan coincidir más de una de estas situaciones. Tal es el caso de los beneficiarios del complemento por Gran invalidez, en los que concurre la triple condición de ser incapacitados permanentes para el trabajo, personas con discapacidad y personas dependientes, circunstancia que le otorga una protección global que también será objeto de análisis a continuación.

A continuación se tratará de resaltar las principales diferencias y coincidencias entre la Incapacidad permanente o, cuando sea posible entre la Gran invalidez y estas figuras afines³²¹, haciendo especial referencia a la «protección global» a que

321. Véase sobre ello RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2017, 4º trimestre): «Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro». *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 13, pp. 137 a 171.

eventualmente podría tener derecho la persona que tenga reconocido el complemento de Gran invalidez en virtud de su condición de persona dependiente y, previa valoración, también de persona con discapacidad.

Por último, se compararán las modalidades contributiva y no contributiva de protección de la contingencia en el ámbito de la Seguridad Social, y en particular los complementos con los que en una y otra se intenta hacer frente a la situación de dependencia personal que impide a quien la sufre realizar por sí mismo los actos más esenciales de la vida, esto es, el complemento por Gran invalidez y el complemento por necesidad de concurso de tercera persona.

I. GRAN INVALIDEZ/DEPENDENCIA

La Seguridad Social no protege la dependencia como una contingencia autónoma, sino como de una situación asociada a alguna de las contingencias o situaciones de necesidad que sí se encuentran expresamente protegidas. En concreto, en lo que aquí interesa, la tutela de la dependencia se vinculará a la otorgada al grado de Gran invalidez, en el nivel contributivo, o al supuesto especial previsto para la invalidez del nivel no contributivo, al que se hará referencia más adelante.

Por lo tanto, el sistema de la Seguridad Social no incluye la dependencia dentro del elenco de contingencias o situaciones de necesidad específicamente protegidas, pero sí protege a quienes se encuentren en tal situación cuando se den unas concretas circunstancias.

Como punto de partida debe tenerse en cuenta que la protección que otorga la Seguridad Social a la situación de dependencia no reviste carácter universal, ya que excluye de su cobertura a buena parte de los potenciales beneficiarios, y lo hace por partida doble. Por una parte, porque la que procura su nivel contributivo a través del grado de Gran invalidez no ampara a quienes no hayan sido trabajadores ni tampoco a quienes sí lo hayan sido pero no cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a las prestaciones económicas y, dentro de estos, fundamentalmente los de cotización cuando se exijan. Esto último afectará negativamente a aquellos trabajadores cuya carrera profesional no haya sido suficiente para acreditar el periodo de carencia requerido, lo que se constata que ocurrirá con más frecuencia en el caso de las mujeres trabajadoras. Por otra parte, porque en el nivel no contributivo de protección no será posible acceder al complemento de ayuda de tercera persona si se supera el límite de rentas o ingresos establecido, que al estar fijado en una cantidad muy baja deja también fuera de la cobertura a muchas personas en situación de dependencia³²².

322. Como indica SEMPERE NAVARRO al ser la carencia de recursos una condición sine qua non para las prestaciones no contributivas, la protección no se otorgará a las personas dependientes que superen el test de pobreza, fijado además en un umbral muy bajo (SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley», VV.AA. *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley*

En cualquier caso resulta obvio que entre la Incapacidad permanente en su grado de Gran invalidez y la situación de dependencia existe una vinculación directa. Si no existe una situación de dependencia no hay necesidad de recibir ayuda de otro, por lo que en ausencia de aquélla el incremento de la pensión, que tiene por finalidad retribuir a la persona que presta asistencia al gran inválido, carecería de justificación.

De hecho, la Gran Invalidez ha sido y es todavía una de las prestaciones sociales públicas que han dado cobertura a la situación de dependencia³²³. A ello alude la Exposición de Motivos de la Ley de Dependencia cuando indica que: «El sistema de Seguridad Social ha venido asumiendo algunos elementos de atención, tanto en la asistencia a personas mayores como en situaciones vinculadas a la discapacidad: Gran invalidez, complemento de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad (...)».

1. Notas comunes

Actualmente en el Ordenamiento Jurídico español coexisten distintas normas aplicables a la situación de dependencia. Estas a nivel estatal son básicamente dos: la Ley de Dependencia de 2006 y la Ley General de la Seguridad Social de 2015.

Ambas normas regulan situaciones de dependencia, pero tanto su ámbito subjetivo como objetivo de aplicación difieren de forma importante³²⁴. No

39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y coord. CHARRO BAENA, P.), op. cit. p.92).

Además, la adhesión de la Gran Invalidez a la vida profesional determina diferencias fundamentales en la práctica (véase: GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las necesidades de dependencia», *Relaciones Laborales*, nº 17-18, pp. 20 y ss.)

323. SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, op. cit., p. 27. Como indica BAVIERA PUIG, las prestaciones que cubren las situaciones de dependencia en el ámbito de la Seguridad Social se pueden clasificar en tres grupos: «muerte y supervivencia, prestaciones familiares y no contributiva de invalidez» (BAVIERA PUIG, I. (2007): La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo, op. cit., p. 170).

324. Una exposición detallada de la cobertura de la dependencia en España antes de la Ley 39/2006 puede verse en AZNAR LÓPEZ, M. (2001): «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op. cit., p. 50-53; ídem (1996): «De la gran invalidez a la protección de la dependencia», *Revista Española del Daño Corporal*, núm. 4, págs. 13-16 (el autor y los dos artículos referidos son citados por MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, op.cit., p. 14). En las págs. 14 y 15, MALDONADO MOLINA resume muy acertadamente la situación previa a la Ley de Dependencia cuando dice: «En puridad, la situación de dependencia no es nueva: lo novedoso es la dimensión del riesgo» y señala que «las causas de esta «nueva» necesidad social (...) se sitúan en la confluencia de dos hechos, uno biológico y otro social. Por un lado se ha incrementado la esperanza de vida, lo que da lugar a

obstante, por supuesto hay coincidencias, como el hecho de que la situación de dependencia personal cubierta deba revestir en todo caso carácter permanente. Así se desprende tanto del art. 2.2 de la Ley de Dependencia como de los arts. 194. 6, para la modalidad contributiva y 364.6, para la no contributiva, de la LGSS/2015.

El art. 2 de la Ley 39/2006 establece que la dependencia es «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal»³²⁵.

También el sistema de la Seguridad Social, a través del complemento de Gran invalidez y del complemento por ayuda de tercera persona, cubre exclusivamente situaciones de dependencia de carácter permanente.

La modalidad contributiva protege frente a situaciones de inhabilidad temporal para el trabajo cuando se actualiza la contingencia de Incapacidad temporal, y lo hace a través de las prestaciones correspondientes, una en especie —asistencia sanitaria— y otra económica —subsidio de Incapacidad temporal—, pero no cubre de forma específica situaciones de dependencia personal de carácter temporal³²⁶. Si durante ese periodo en situación de incapacidad temporal para el trabajo, el trabajador precisase de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, la prestación económica que recibe podría contribuir a pagar los costes que la misma le ocasione, si tal fuera el caso, pero no se concede con esa finalidad. Por el contrario, pretende sustituir al salario que el trabajador deja de percibir por no encontrarse temporalmente en condiciones de realizar su trabajo habitual.

También en la contingencia de Incapacidad permanente, el objetivo principal de las prestaciones económicas es precisamente la referida en relación con la Incapacidad temporal, si bien en este caso tratan de sustituir a las rentas procedentes del trabajo que se dejan de percibir por la incapacidad para seguir

que se multipliquen las situaciones de dependencia, ya que las patologías que las causan suelen aparecer en edades muy avanzadas. A esto se une que la disponibilidad para atender al dependiente dentro del seno familiar se ha reducido, de lo que resulta la obligada intervención pública en la provisión de cuidados».

325. La Recomendación (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (...) de 18 de septiembre de 1998 definió la situación de dependencia como «el estado en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de una asistencia o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria» (véase Vejez y protección social de la Dependencia en Europa, IMSERSO, 1999, pp.11 y ss.).

326. Sobre este aspecto, véase MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2008): «Delimitación conceptual de la dependencia». VV. AA, Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y Coord. CHARRO BAENA, P.), Navarra (Ed. Aranzadi), pp. 166 y 168.

trabajando de forma definitiva, bien sea en la profesión habitual, cuando se trata de una Incapacidad permanente total, o en cualquier actividad laboral, cuando se trata de la Incapacidad permanente absoluta. Habría, sin embargo, dos excepciones a lo dicho: una para la Incapacidad permanente parcial, ya que en este caso la indemnización a que da derecho trata de compensar al trabajador por la disminución, de carácter definitivo, de su rendimiento en su profesión habitual en al menos un 33%, y otra para la Gran invalidez. Es a este último grado al que corresponden dos tipos de prestaciones, ambas de naturaleza económica. Una de ellas, la básica o principal, tendría como objetivo primordial el mismo que las propias de la Incapacidad permanente total o absoluta y, aunque más dudosamente, de la parcial; mientras que la otra, que es la que aquí interesa, pretendería cubrir específicamente el gasto ocasionado por la situación de dependencia de carácter permanente en que se encuentra el beneficiario y que le impide valerse por sí mismo para realizar uno, varios o todos de los actos más esenciales de la vida.

Obviamente, la prestación básica también puede contribuir a cubrir tales costes, igual que parte del subsidio de Incapacidad temporal puede destinarse a ello cuando exista durante el periodo de baja médica una dependencia personal de carácter temporal. De hecho en los casos en que la cuantía del complemento por Gran invalidez sea especialmente baja y el beneficiario no cuente con otras rentas personales o familiares puede ser preciso que así sea, pero esa no es la finalidad específica pretendida por la LGSS/2015. Nada impide tampoco que parte o incluso la totalidad del complemento por Gran invalidez pueda destinarse a gastos no relacionados con la situación de dependencia del gran inválido porque no existe por parte del sistema de la Seguridad Social ningún control del destino que se le da, pero esa tampoco es la finalidad propia y específica para la que fue establecido.

De esta forma, las dos prestaciones económicas características de la protección que otorga el grado de Gran invalidez tienen finalidades distintas y en su regulación se advierten ciertas especialidades derivadas precisamente de los objetivos preferentes que una y otra deben cumplir. Un reflejo de ello es la exclusión del importe del complemento de Gran invalidez de la cantidad máxima anual de las pensiones públicas, lo que supone que la cantidad que incrementa la pensión de Gran invalidez para cubrir los costes derivados de la situación de dependencia personal del beneficiario no se tendrá en cuenta a efectos del límite antedicho³²⁷.

327. La cuantía máxima de las pensiones públicas en 2021 asciende a 2.707,49 euros/mes (37.904,86 euros/ año). Este límite se aplica tanto si se percibe una sola pensión como si se cobra más de una simultáneamente, ya que si la única pensión por sí sola o la suma de las percibidas supera este montante máximo, el excedente no se percibirá. No obstante, existe una excepción a esta regla que consiste en no tener en cuenta la cuantía del complemento por Gran invalidez a efectos de ese límite máximo, por lo que en el año en curso las prestaciones de Incapacidad permanente derivadas de Gran invalidez pueden llegar a ser superiores a 2.707,49 euros al mes. Así lo dispone el último párrafo del art. 3.4 del RD 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la

La finalidad del complemento por Gran invalidez y la del complemento por concurso de tercera persona no difiere sustancialmente de la que se atribuye a las prestaciones económicas establecidas en la Ley de Dependencia, aunque la de éstas últimas vaya más allá, «siendo su objetivo preferente el logro de la autonomía del beneficiario».³²⁸ Precisamente la similar naturaleza y finalidad de las dos prestaciones complementarias del sistema de la Seguridad Social antes citadas y de las prestaciones económicas previstas en la Ley de Dependencia es el motivo que justifica que cuando un mismo beneficiario tenga derecho a percibir simultáneamente una prestación económica de la Ley 39/2006 y el complemento por Gran invalidez —o el de por necesidad de concurso de tercera persona—, el importe de estos se deducirá de la cuantía de la prestación económica en cuestión. Así lo dispone el art. 31 de la LD, como se verá más adelante.

2. Notas diferenciadoras

A grandes rasgos, podría decirse que en la dependencia protegida en la Ley de Dependencia lo relevante es que se vea afectada la realización de las actividades básicas de la vida diaria (ABVD) por razones de edad, enfermedad o discapacidad, valorándose tal situación conforme a lo establecido en el RD 174/2011, de 11 de febrero, que consta de dos Anexos, uno para menores de tres años y otro para mayores de dicha edad, mientras que la dependencia consustancial a la situación de Gran invalidez solo es predicable de quien habiendo sido en algún momento trabajador, precise de la ayuda de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Uno de los principios en los que se sustenta el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD) es el de universalidad de la protección, lo que significa que todas las personas con independencia de su edad, del origen de la dependencia y de su situación económica y social podrán acceder a las prestaciones de la Ley de Dependencia, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan. También se garantiza la igualdad básica en el acceso a las prestaciones de todas las personas independientemente del lugar

Seguridad Social, de las Pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (BOE de 27 de enero).

328. Véase LUJÁN ALCARAZ, J; RODRÍGUEZ INIESTA, G. Y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. «El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Las prestaciones». VV. AA, *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y Coord. CHARRO BAENA, P.), Navarra (Ed. Aranzadi), op. cit. p.322).

Al respecto, debe tenerse en cuenta que conforme establece el art. 2 de la Ley 39/2006, la «autonomía» es una noción distinta a la de «dependencia». Se entiende por tal «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria».

de residencia, aunque las administraciones autonómicas y locales podrán ampliar o mejorar las condiciones básicas, siempre con cargo a sus presupuestos³²⁹.

De esta forma, a partir de la Ley de Dependencia la protección de las situaciones de dependencia reviste carácter de universalidad. Es cierto que se utiliza el criterio de los recursos económicos como en la invalidez —modalidad no contributiva—, pero en el caso de la Ley de dependencia se hace solo para modular la cuantía de las prestaciones a recibir. Se va a proteger, por tanto, a todos los sujetos que se encuentren en situación de dependencia, pero no con la misma intensidad. Y ello se debe, por una parte, a que la graduación de la dependencia posibilita cuantificar en términos económicos las distintas exigencias de ayuda, cuidado o atención que conllevan, si quiera sea en abstracto, con lo que la cuantía de la prestación será mayor cuanto mayor sea el grado de dependencia reconocido, y, por otra, porque la capacidad económica del beneficiario, pese a que no se tiene en cuenta como un requisito para obtener la protección, sí influye en la protección económica³³⁰.

Si se compara el art. 2.2 de la Ley de dependencia con el art. 196.4 LGSS/2015 en redacción dada por la Disposición transitoria vigésima sexta del mismo texto legal, se observan otras importantes diferencias entre Gran invalidez y dependencia además de las ya comentadas.

En la Ley de Dependencia operan dos principios: el de universalidad y el de asistencialidad parcial. Esto supone que todos los individuos van a tener derecho a la protección, aunque esta no sea la misma para todos, pues, como se ha dicho, cabe limitar o moderar la cantidad a percibir en función del grado de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario. Por el contrario, en el grado de Gran invalidez de la modalidad contributiva del sistema de la Seguridad Social, no todas las personas van a poder obtener la protección³³¹, pero si se accede a ella se tendrá derecho a un complemento para cuya fijación es irrelevante tanto la mayor o menor necesidad de asistencia que se requiera, pues aquí no hay graduación de la dependencia, como los recursos económicos de que disponga el beneficiario.

Ahondando más en esta distinción, cabe indicar que la Gran invalidez siempre cubre situaciones de dependencia pero no lo hace de forma universal³³².

329. Así lo indica MONTERO SOLER, A. (2007): «La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible. VV.AA. en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Dir. CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.), Navarra (Ed. Aranzadi), p. 86.

330. A estos dos factores que influyen en la cuantía de la prestación hacen referencia SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, op. cit., p. 130.

331. Véase NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta. (2013): «Las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia. Prestación vinculada al servicio y asistente personal» en *La aplicación de la Ley de Dependencia en España* (director de la investigación: GONZÁLEZ ORTEGA, S), Madrid (Colección estudios nº 231, premio de investigación del CES 1ª edición), p. 337.

332. GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): «La protección social de las situaciones de dependencia», en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M. G (coord.): *Protección social de las personas dependientes*, op. cit. pp. 22 y 23.

En primer lugar, para poder acceder a la situación de Gran invalidez, y que quede protegida la pérdida de autonomía vital que conlleva, se han de cumplir los requisitos exigidos para poder ser beneficiario de la prestación por incapacidad permanente, incluido el periodo previo de cotización cuando se pida, de forma que, si no se reúnen tales requisitos, la situación de dependencia personal, aun existiendo, no obtendrá la protección otorgada por el nivel contributivo de la Seguridad Social.

Precisamente la vinculación de la Gran invalidez a la vida profesional, por su inclusión como un grado más de la Incapacidad permanente, es la que determina importantes diferencias entre el ámbito subjetivo al que se extiende su protección y el propio de la dependencia. Así, la situación de Gran invalidez solo es predicable de quien en algún momento fue trabajador y solo mientras esa potencial aptitud para trabajar perdure. Por el contrario, el ámbito de aplicación de la situación regulada en la Ley de dependencia no adolece de este acotamiento subjetivo de la protección, al ser universal³³³.

Asimismo, y también consecuencia de su inserción dentro de la Incapacidad permanente, es que el complemento de Gran invalidez y también la pensión que corresponde a este grado, se calculen de forma diferente en función del riesgo común o profesional del que derive la contingencia. Esto supone no solo que para su cuantificación no se tendrán en cuenta las concretas necesidades de ayuda del sujeto en situación de dependencia, sino que la protección a obtener será mayor cuando la causa de la situación de falta de autonomía personal sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

En segundo lugar, en la Gran invalidez se distingue claramente entre dependencia y discapacidad. Por el contrario, en la protección de las situaciones de dependencia —y también en la otorgada por el complemento previsto para la invalidez no contributiva— la dependencia siempre será consecuencia de un grado severo de discapacidad.

333. Como indica SEMPERE NAVARRO, en la Gran invalidez «lo más significativo de la protección es su vinculación con el previo trabajo: las situaciones de incapacidad son relevantes porque inhabilitan al sujeto para trabajar, un aspecto que en la nueva protección de la dependencia no cumple función alguna. Por eso (...) sólo pueden acceder a la Gran invalidez quienes, por haber sido trabajadores activos, han podido tener derecho a la prestación básica de la incapacidad laboral. También, en esta línea se ha recalado que las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social sólo proceden, paradójicamente, cuando la dependencia se causa antes de los 65 años» (SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley», VV.AA. *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO. A. y coord. CHARRO BAENA, P.), op. cit., pp. 91 y 92).

El sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia no plantea ninguno de los requisitos propios de la modalidad contributiva de protección del sistema de la Seguridad Social, tales como la afiliación o la cotización. La protección se asemeja más al derecho universal a la asistencia sanitaria (...) (MONTERO SOLER, A. (2007): «La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible. VV.AA. en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Dir. CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.), op. cit., p. 87).

Por otra parte, en la Ley de dependencia se prevén prestaciones de naturaleza económica —prestación vinculada al servicio, prestación económica para el cuidado en el entorno familiar y prestación económica de asistencia personal— y prestaciones en especie, constituidas por los servicios del catálogo del SAAD, mientras que la prestación por Gran invalidez actualmente solo es de tipo económico, al haber desaparecido la prestación consistente en el internamiento del gran inválido en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos³³⁴. Además, debe tenerse en cuenta que parecía estar en la voluntad del legislador que la prestación económica, cuando no era la única como ahora, fuese la habitual en el caso de la Gran invalidez, mientras que en la Ley de dependencia son las prestaciones económicas las que tienen carácter subsidiario —se dan en sustitución de las prestaciones en especie—, por lo que una vez creados los servicios del catálogo del SAAD deberían desaparecer³³⁵.

Otra diferencia importante entre la mayoría de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia y el complemento por Gran invalidez reside en la vinculación de aquéllas a la finalidad para la que fueron otorgadas, por lo que no resulta admisible percibir el importe de la prestación económica y no aplicarlo al propósito concreto para el que se concedió. Tal es el caso de la prestación vinculada al servicio y de la prestación de asistencia personal, cuya percepción no puede derivar en un enriquecimiento de la persona dependiente, lo que ocurriría si la cuantía de la prestación económica fuera superior a la del gasto que conlleva el servicio recibido.

Por el contrario, aunque el complemento de Gran invalidez se concede con la finalidad específica de remunerar a la persona que asiste al beneficiario en la realización de los actos más esenciales de la vida no existe un control de su destino, lo que permite que el beneficiario lo ingrese en su patrimonio y disponga libremente de él. Lo mismo ocurre cuando se trata de la prestación más habitual de la Ley de Dependencia, la de entorno familiar, tal vez por ser la de naturaleza más parecida al complemento por Gran invalidez y, en consecuencia,

334. Hasta el 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, el art. 139 LGSS/1994 contemplaba la posibilidad de que, a petición del gran inválido o sus representantes legales, pudiera autorizarse la sustitución del incremento por su alojamiento y cuidado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos, siempre y cuando se considerase beneficioso (por la Entidad Gestora) para el gran inválido. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, tal posibilidad fue suprimida.

335. Como indica MONTERO SOLER, el modelo de prestaciones sociales previsto en la Ley de Dependencia «se sustenta fundamentalmente sobre la base de las prestaciones de servicios y contempla el caso de las prestaciones monetarias, tanto las vinculadas a un servicio como las destinadas a los cuidadores no profesionales para ocasiones excepcionales (...) Sin embargo, sí se considera como un caso normal la contratación personal para las personas dependientes menores de 65 años». (MONTERO SOLER, A. (2007): «La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible. VV. AA. en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Dir. CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.), op. cit., pp. 87 y 88).

revestir mayor dificultad el control de que efectivamente se destina a remunerar a quien atiende al dependiente.

Otro rasgo distintivo importante reside en el hecho de que las prestaciones de la Ley de dependencia tienen en cuenta el grado de dependencia y además existe un Programa Individual de Atención (PIA) que determina las modalidades que más se adecúan a las necesidades subjetivas de ayuda, cosa que no se da en el caso del complemento de Gran invalidez, cuyo reconocimiento en modo alguno tiene en cuenta la mayor o menor necesidad de ayuda del sujeto dependiente aisladamente considerado, sino únicamente el hecho de que no pueda valerse por sí mismo para llevar a cabo al menos uno de los actos considerados más esenciales de la vida, y ello es así porque en el caso de la Gran invalidez no existe graduación de la situación de dependencia.

Conviene resaltar que en la concesión del complemento por Gran invalidez y de las prestaciones de la Ley de Dependencia no se tiene en cuenta la capacidad económica del beneficiario, a diferencia de lo que acontece en el caso del complemento de la modalidad no contributiva de invalidez. Ahora bien, la cuantificación de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia sí atiende al nivel de rentas del beneficiario, mientras que en el cálculo del complemento por Gran invalidez no se toma en consideración en ningún caso.

Al respecto, no puede obviarse que los Convenios suscritos por España obligan a contemplar una cobertura de las contingencias profesionales, por lo que en todo caso debería distinguirse un nivel que otorgara una protección con independencia del nivel de rentas del beneficiario de la misma.

3. El reconocimiento automático del grado más bajo de la dependencia a la persona en situación de Gran invalidez

Existe una interrelación clara entre dependencia y Gran invalidez expresada en la Disposición Adicional 9^a de la Ley 39/2006, que dispone que quienes tengan reconocida la pensión de Gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta Ley, que actualmente está constituido por el RD 174/2011, de 11 de febrero³³⁶, por el que se aprueba el baremo de la situación de dependencia. Sin embargo, debe advertirse que esta correspondencia no opera en sentido inverso, ya que el reconocimiento de un determinado grado de dependencia por los órganos de calificación del sistema de protección a la dependencia no surte efectos en la calificación de la Incapacidad permanente³³⁷.

336. BOE de 18 de febrero.

337. TORRENTS MARGALEF entiende que conceder esta equivalencia en sentido contrario sería cuestionable (TORRENTS MARGALEF, J. (2017): «La garantía judicial en la protección de las personas dependientes». VV.AA. Dependencia (Long term care) y Empleo en el Estado de Bienestar, Navarra (Ed. Aranzadi), pp. 222 y 223).

En síntesis, la Disposición Adicional 9ª de la Ley de Dependencia admite la efectividad de la calificación como persona dependiente efectuada por la Seguridad Social al reconocer la situación de Gran invalidez, pero el grado de dependencia concreto será el que determinen los organismos competentes para la calificación en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), al quedar solo garantizado el reconocimiento del nivel más bajo, esto es, el de dependencia moderada, a las personas que tengan reconocido el complemento de Gran invalidez.

De conformidad con lo establecido en la Disposición adicional 1ª del RD 174/2011, la determinación del grado de dependencia se llevará a cabo mediante la aplicación del referido baremo, quedando en todo caso garantizado el grado I de dependencia moderada.

En concreto, el apartado primero de la Disposición adicional primera del RD 174/2011 establece que, a los efectos de lo previsto en la Disposición adicional novena de la Ley de dependencia, a las personas que tengan reconocido el complemento de Gran invalidez, «se les reconocerá la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo establecido en el artículo único de este real decreto, garantizando en todo caso el grado I dependencia moderada, nivel 1»³³⁸.

Actualmente cabe entender que lo que queda garantizado a las personas que tengan reconocido el complemento de Gran invalidez es el nivel 1 de dependencia, pues en virtud de la modificación del art. 26 de la Ley de Dependencia llevada a cabo por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, los dos niveles que se distinguían dentro de cada uno de los tres grados de dependencia fueron suprimidos.

En la introducción del Anexo I del Baremo de la situación de dependencia aprobado por el RD 174/2011 se fijan los criterios de aplicación que deben ser tenidos en cuenta para completar el Baremo de Valoración de Dependencia. Estas normas, junto con las orientaciones recogidas en sus «Instrucciones de Aplicación», deben ser seguidas en todo momento durante el proceso de valoración por el/la profesional o profesionales responsables³³⁹.

El referido Baremo de Valoración de Dependencia (en adelante, BVD) distingue tres grados de dependencia: moderada, severa y gran dependencia.

338. Esta cuestión se había regulado anteriormente en la Disposición adicional primera del RD 504/2007, de 20 de abril, relativa a la «Efectividad del reconocimiento de las situaciones de gran invalidez y de la necesidad de concurso de otra persona», dictada en cumplimiento de la disposición Adicional novena de la Ley de Dependencia.

339. Los criterios de valoración que deben ser conocidos y aplicados durante todo el proceso de valoración del grado de dependencia son, conforme establece la introducción del Anexo I del BVD son los que se reproducen literalmente a continuación: «1. La aplicación del BVD se fundamentará en los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre su entorno habitual, así como en la información obtenida mediante la observación, la comprobación directa y la entrevista personal de evaluación llevadas a cabo por profesional cualificado y formado específicamente para ello. Además:

a. Si el informe de salud documenta deficiencias en las funciones mentales y/o limitaciones en la capacidad de comunicación que puedan interferir en la entrevista, ésta deberá completarse con la participación de otra persona que conozca bien la situación.

- a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para

b. En el caso de deficiencias que se deriven de patologías que cursan por brotes, la valoración se realizará en su situación basal. Ésta se estimará de acuerdo con la frecuencia, duración y gravedad de los brotes.

2. En la cumplimentación del formulario del BVD (ANEXO D) se identificará el nivel de desempeño de todas las tareas consideradas, así como el problema de desempeño, el tipo y frecuencia de los apoyos necesarios en aquellas tareas en las que quede demostrada una situación de dependencia.

a. Las notas de valoración son obligatorias. Se recomienda su empleo de la forma más precisa posible para una mayor comprensión de la situación de dependencia valorada.

3. A efectos de aplicación del BVD se define desempeño como la capacidad individual para llevar a cabo por sí mismo, de una forma adecuada, y sin apoyos de otra u otras personas, actividades o tareas en su entorno habitual.

a. Se valora el desempeño siempre, aunque no se realice la tarea, y, en su caso, con el empleo de los productos de apoyo prescritos, y con independencia de los apoyos de otra u otras personas que se puedan estar recibiendo.

b. Se valora siempre considerando las barreras y facilitadores de su entorno físico. El entorno habitual se corresponde con aquel en el que la persona valorada realiza regularmente las actividades básicas de la vida diaria. En función del proyecto vital se considerará la frecuencia de aquellas actividades que pueden desarrollarse dentro y fuera del hogar: comer y beber, higiene personal relacionada con la micción-defecación, mantenimiento de la salud y tomar decisiones, así como las tareas de abrir y cerrar grifos, lavarse las manos de la actividad de lavarse, y acceder al exterior de la actividad de desplazarse fuera del hogar. Se establecerá como hogar el domicilio donde se reside la mayor parte del año.

c. Se considera que la tarea se desarrolla adecuadamente, aunque sea con dificultad, si ésta se realiza con iniciativa, coherencia, orientación y control físico suficiente para la consecución de la finalidad de la actividad correspondiente y sin incurrir en un grave riesgo para la salud.

d. La valoración en menores de 18 años se deberá poner en relación con el nivel de desarrollo propio de la edad del solicitante en el momento de la valoración. Se distinguirán los apoyos personales característicos de la edad de aquellos otros que estén relacionados con los problemas de salud, especialmente con posibles trastornos del desarrollo.

4. En todas las tareas se identificará el nivel de desempeño teniendo en cuenta las siguientes opciones:

a. Desempeño positivo: cuando la persona valorada sea capaz de desarrollar, por sí misma y adecuadamente, la tarea en su entorno habitual.

b. Desempeño negativo: cuando quede demostrado que la persona valorada requiere el apoyo indispensable de otra u otras personas para llevar a cabo, de una forma adecuada, la tarea en su entorno habitual, o bien que no es capaz de realizarla de ninguna manera. En el desempeño negativo se distinguirá entre el derivado de la situación de dependencia y el derivado de cualquier otra situación.

c. Desempeño no aplicable: cuando así corresponda por indicación expresa de la "Tabla de aplicación" (ver más adelante).

5. Durante el proceso de valoración deberá tenerse siempre en cuenta para establecer la distinción entre dependencia y otras situaciones lo siguiente:

a. La dependencia es el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

b. El carácter permanente de la situación de dependencia quedará establecido cuando en la condición de salud de la persona no haya posibilidad razonable de restitución o de mejoría en el funcionamiento.

su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 25 a 49 puntos.

- b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos.

c. Se considerará que los apoyos se precisan en las tareas cuando su intervención resulte imprescindible en la mayoría de las veces o siempre en las que éstas tengan lugar.

d. La edad, la enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no suficientes en sí mismas, para establecer la situación de dependencia y el alcance de su severidad a efectos del reconocimiento oficial.

e. Las otras situaciones de desempeño negativo, que a efectos de valoración oficial no son dependencia, incluyen factores determinantes de índole cultural, social, familiar, de sobreprotección o cualesquiera otras relacionadas con condiciones de salud que tengan posibilidades razonables de restitución o de mejoría, o bien cuando los apoyos en las tareas no sean imprescindibles en la mayoría de las veces o siempre en las que éstas tengan lugar.

6. En las tareas en que se presente situación de dependencia se identificarán los problemas de desempeño según su relación con el funcionamiento global de la persona valorada.

a. Problemas de funcionamiento físico: la persona valorada no ejecuta físicamente la tarea y/o lo hace sin el control adecuado y/o no percibe las informaciones externas necesarias para su desarrollo.

b. Problemas de funcionamiento mental: la persona valorada no comprende la tarea y/o la ejecuta sin coherencia y/o con desorientación y/o no muestra iniciativa para su realización.

c. Ambos problemas: la persona valorada no ejecuta la tarea por la concurrencia de un problema de funcionamiento físico y mental.

7. En las tareas en que se presente dependencia se establecerá el tipo y frecuencia del apoyo de otra u otras personas teniendo en cuenta las siguientes definiciones:

a. Tipo de apoyo: Se distinguirá la naturaleza del apoyo que necesita la persona valorada para la realización adecuada de la tarea. Si necesita diversos tipos de apoyo en una misma tarea se elegirá aquel que resulte más frecuente.

— Supervisión: Conlleva la estimulación verbal o gestual a la persona valorada mientras ésta ejecuta por sí misma la tarea a fin de que la desarrolle adecuadamente, así como la orientación en la toma de decisiones.

— Física Parcial: Comprende la colaboración física con la persona valorada en la ejecución parcial o completa de la tarea. Ésta incluye la preparación de elementos necesarios para la realización de la tarea por sí mismo.

— Sustitución Máxima: Comporta que la persona valorada no puede ejecutar por sí misma la tarea completa de ningún modo.

— Apoyo Especial: Consiste en cualquiera de los apoyos anteriormente descritos cuando su prestación en el desarrollo de la tarea resulta obstaculizada por la interferencia determinante de condiciones excepcionales de salud de la persona valorada.

b. Frecuencia de apoyo: Se identificará considerando el número de ocasiones en que la persona valorada necesita apoyos personales cuando ésta deba realizar la tarea. La graduación se determina del siguiente modo, de acuerdo con los intervalos que propone la escala genérica de la CIF (OMS, 2001):

— Casi nunca.

— Algunas veces.

— Bastantes veces.

— Mayoría de las veces.

— Siempre».

- c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos.

Por lo tanto, la homologación con el grado I de la situación de dependencia implica que se da por hecho que la persona a la que le ha sido reconocida la situación de Gran invalidez «necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal». Si la necesidad de ayuda es mayor a la establecida para este grado de dependencia, la persona en situación de Gran invalidez que pretenda obtener el reconocimiento del grado de dependencia severa o de Gran dependencia deberá pasar por la valoración conforme al baremo al que se está haciendo referencia, ya que, en el hipotético caso de que el interesado no se sometiese al examen requerido, los órganos competentes solo podrían y, eso sí, deberían reconocer el menor de los grados de dependencia.

Esto no es un asunto baladí, porque del hecho de que se reconozca uno u otro grado de dependencia va a depender, entre otras cosas, que la persona en situación de Gran invalidez pueda disfrutar o no de determinados beneficios fiscales que se reconocen a las personas dependientes. Dicho de otra forma, la equiparación automática solo es en cuanto al grado más bajo de la dependencia, por lo que si a una persona en situación de Gran invalidez solo se le reconoce el Grado I, de dependencia moderada, no se le podrá aplicar, por ejemplo, la exención por la transmisión de la vivienda habitual que exige el reconocimiento de la dependencia severa o de la Gran dependencia³⁴⁰.

Este beneficio fiscal está previsto en el artículo 33.4 letra b) de la Ley 35/2006, 28 de noviembre (LIRPF), que establece lo siguiente: «Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto: (...) b) Con ocasión de la transmisión de su vivienda habitual por mayores de 65 años o por personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia».

El citado beneficio fiscal no se reconoce, por tanto, a las personas con discapacidad, ni tampoco a las personas con dependencia moderada, que es el grado de dependencia que se reconoce automáticamente a quienes tienen reconocida la situación de Gran invalidez, salvo, se entiende, que unas y otras sean mayores de 65 años. Los menores de 65 años en situación de Gran invalidez para poder acceder a este deberían someterse a la valoración de su grado de

340. RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2017, 4º trimestre): «Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro», op. cit. p. 278.

dependencia conforme al baremo establecido en el RD 174/2011 y obtener el reconocimiento bien del grado de dependencia severa, bien del grado de Gran dependencia.

4. La imposibilidad de que el gran inválido pueda percibir las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia

El artículo 31 de la Ley de Dependencia prevé el régimen de deducciones que deben practicarse siempre que una misma persona sea beneficiaria de alguna de las prestaciones económicas previstas en los artículos 17 a 19 del mismo texto legal y de otra u otras prestaciones de análoga naturaleza y finalidad³⁴¹, entre las que se menciona expresamente el complemento de Gran invalidez³⁴².

De esta forma, conforme al art. 31 de la Ley de Dependencia y el art. 14 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre (que derogó el RD 727/2007, de 8 de junio y modificó el art. 3 del RD 397/1996, de 1 de marzo), el complemento

341. Las prestaciones económicas previstas en la Ley de Dependencia pueden ser de tres tipos: prestaciones vinculadas a la adquisición de un servicio cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado (art. 17 LD); prestaciones para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales cuando, conforme al art. 14.4 LD, se den las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (art. 18 LD) y prestación económica para la contratación de un asistente personal, durante un número de horas, que facilite a la persona en situación de dependencia el acceso a la educación, al trabajo y a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria (art. 19 LD).

342. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo 3216/2013, tanto la Disposición Adicional novena como los arts. 14 a 17 de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia «muestran que el legislador quiere facilitar a las personas en situación de dependencia la ayuda de otra persona que le ayude a superar las dificultades que tienen para realizar ciertos actos e integrarse en la vida de la sociedad (...) La Ley prevé, incluso, que el gran inválido reciba las prestaciones económicas previstas en ella, aunque en estos casos del importe de la prestación reconocida se deducirá (...) el complemento por Gran invalidez (...), ya que tiene análoga finalidad» (Sentencia Tribunal Supremo 3216/2013, de 28 de mayo (Rec. 1456/2012). Id Cendoj:28079140012013100432).

SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTÍNEZ entienden que el artículo 31 de la Ley de Dependencia no prevé propiamente un régimen de incompatibilidad, lo que obligaría al beneficiario a optar por una de las prestaciones concurrentes, sino un régimen de deducciones practicables en el caso de que una misma persona sea beneficiario de dos o más de ellas (SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007): *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, op. cit., p. 138).

MONREAL BRINGSVAERD critica que el art. 14 RD 727/2007, de 8 de junio, liste aparentemente con carácter cerrado y exhaustivo, cosa que no debería hacer el legislador reglamentario sino el legislador estatal, modificando el tenor del art. 31 LD, la relación de percepciones que comportan una reducción de la cuantía de las prestaciones económicas de atención a la dependencia (MONREAL BRINGSVAERD, E. 2009: «Las prestaciones económicas» en *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de dependencia)* (Coordinadora: Remedios Roqueta Buj), Valencia (Editorial: Tirant lo Blanch), p. 535).

de Gran invalidez se deducirá de la cuantía que las prestaciones económicas que la Ley de Dependencia destina a la protección de las situaciones de dependencia³⁴³. Igualmente se deducirá cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en otro régimen público de protección social³⁴⁴. Se deja, así, abierta la posibilidad de incluir dentro de la lista de prestaciones deducibles otras no contempladas explícitamente por el art. 31 de la Ley de Dependencia.

Esta imposibilidad no legal pero sí real de percibir a la vez el complemento de Gran invalidez y las prestaciones de carácter económico reguladas en los arts. 17,18 y 19 de la Ley de Dependencia, no se da con respecto a las previstas en los catálogos del servicio. De ahí que si el gran inválido ingresara en alguno de los centros residenciales de la Ley de dependencia podría conservar el incremento de la pensión destinado a remunerar a la persona que le asiste en la realización de los actos más esenciales de la vida, aunque ya esté siendo atendido en una residencia del SAAD.

Aunque ciertamente resulta muy beneficiosa para los intereses económicos del gran inválido, la admisión de la compatibilidad entre la prestación complementaria por Gran invalidez con su alojamiento y cuidado en un centro de la red del SAAD no deja de ser cuestionable, no solo porque si la persona en situación de Gran invalidez pasara a ocupar plaza en una residencia ya estaría allí asistida en la realización de los actos más esenciales para los que esté impedida, sino también porque atender a su edad daría lugar a tratamientos no equitativos entre personas que se encontraran en la misma situación, circunstancia esta última que es consecuencia, una vez más, de la configuración de la Gran invalidez como un grado de la Incapacidad permanente.

Así, mientras los trabajadores con una edad inferior a la ordinaria de jubilación podrían tener derecho al complemento por Gran invalidez y a una prestación de carácter no económico de las previstas en la Ley de Dependencia, los que ya hubieran cumplido esa edad solo podrían acceder a alguno de los servicios del catálogo de la norma citada³⁴⁵. Aunque es cierto que en este último

343. La cuantía de las prestaciones monetarias, vinculada al servicio y por cuidado en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, está sujeta al grado de dependencia reconocido y depende de la capacidad económica del beneficiario. El importe de la prestación económica vinculada al servicio es bastante superior a la de cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, ascendiendo en 2021 la primera de ellas como máximo a 715,07 euros/mes para el grado III de dependencia, y la segunda como máximo a 387,64 euros/mes para el mismo grado.

344. El artículo 31 de la Ley de Dependencia considera también prestaciones de análoga naturaleza y finalidad, por lo que también deberán ser deducidas de las prestaciones económicas reconocidas al amparo de dicha norma, «el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, y el subsidio de ayuda a tercera persona de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)».

345. Dentro de los servicios de los que pueden beneficiarse las personas en situación de Dependencia se encuentran los siguientes: Servicio de prevención y promoción de la Autonomía Personal, Servicio de Teleasistencia, servicio de Ayuda a Domicilio, servicio de Centro de Día, Servicio de Centro de Noche y Servicio de Atención Residencial.

caso no se plantearía propiamente un problema de incompatibilidad entre prestaciones, dado que al no ser posible el reconocimiento del grado de Gran invalidez, la protección quedaría limitada a la otorgada en virtud de la Ley de Dependencia.

Es evidente que una respuesta rápida y contundente a esta diferencia de trato pasaría por que una norma estableciera la pérdida del complemento de Gran invalidez cuando el hasta entonces beneficiario del mismo viera reconocida alguna de las prestaciones de servicios otorgadas por el SAAD. Se equipararía así su protección a la otorgada a quienes, encontrándose en su misma situación, no tuvieran derecho al complemento por haber cumplido ya la edad ordinaria de jubilación.

Esta solución, que una vez más igualaría por abajo en vez de por arriba los derechos de los beneficiarios, se sustenta en un planteamiento claro y razonable: si la finalidad del incremento de la pensión por Gran invalidez es la de remunerar a la persona que asiste al gran inválido, en caso de que este quede ya atendido por las prestaciones de servicios del SAAD, la percepción del complemento carece de justificación.

Para ilustrar algo más este punto, cabe recordar que el alojamiento y cuidado del gran inválido en una institución asistencial de la Seguridad Social con la percepción del incremento por Gran invalidez no resultaba compatible. Por el contrario, el ingreso del beneficiario en un centro asistencial público con cargo al presupuesto de la Seguridad Social, posibilidad que desapareció a partir de 1 de enero de 2008, solo se concebía como una prestación en especie sustitutiva del incremento de la pensión. A diferencia de ello, la persona en situación de Gran invalidez podría cobrar la prestación que otorga el sistema de la Seguridad Social con la finalidad de que pueda remunerar a la persona que le atiende, incluso si está siendo cuidada en uno de los centros residenciales de la Ley de Dependencia.

Una eventual justificación a esta permisón de compatibilidad entre prestaciones de servicios de la Ley de Dependencia y complemento de Gran invalidez sería la concepción de la Dependencia como un pilar de protección social que discurre en paralelo a otros dos bloques fundamentales, como son la asistencia sanitaria y la Seguridad Social³⁴⁶. También es posible que la admisión de la compatibilidad entre el complemento de Gran invalidez con los servicios del SAAD y, en particular con el servicio de Atención Residencial permanente de

Debe tenerse en cuenta que el servicio de Atención Residencial permanente será incompatible con el servicio de Teleasistencia, con el de ayuda a domicilio y con el de Centro de Noche. Para ver el régimen de compatibilidades entre los demás servicios, debe estarse a la normativa propia de las Comunidades Autónomas.

El percibo del incremento de la pensión de Gran invalidez no solo sería compatible el de Atención Asistencial sino también con otras prestaciones de servicios, como los de ayuda a domicilio, los centros de día o la teleasistencia.

346. PIÑEROA DE LA FUENTE A. (2008): La consideración conjunta de las contingencias y el principio de igualdad en el sistema español de Seguridad Social, op. cit., p. 61.

la Ley de Dependencia, obedeciera a una previsión del legislador, lamentablemente no errónea, de la imposibilidad de crear en España una infraestructura suficiente, dotada de los medios necesarios, que permitiera dar cobertura a todas las personas amparadas por la Ley de Dependencia, al menos a corto plazo. Porque dado que el acceso a esa red de servicios que debía crearse estaría en función del grado y nivel de dependencia, solo los que tuvieran reconocido un mayor grado podrían beneficiarse relativamente pronto de este tipo de prestaciones³⁴⁷.

Sin embargo, si la justificación de la aplicación del régimen de deducciones previsto en el artículo 31 de la Ley de Dependencia es la finalidad análoga o similar que cumplen las prestaciones en él enumeradas y las prestaciones reguladas en los artículos 17 a 19 de la misma norma, sigue sin entenderse por qué sí se permite compatibilizar el incremento por necesidad de asistencia de tercera persona de la Gran invalidez con las prestaciones del art. 15 de la Ley de dependencia, siendo como es la finalidad de estas prestaciones de servicios la misma que la de las prestaciones económicas³⁴⁸.

Prueba de la identidad de función que cumplen es que el objetivo prioritario de la Ley de Dependencia es la creación de un catálogo amplio de servicios y que solo mientras ello no se logre se seguirán ofreciendo prestaciones de naturaleza económica. En consecuencia, si se establece la deducción del importe del incremento de la pensión por Gran invalidez de la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia, por considerar que tienen una finalidad análoga, lo lógico sería que, por el mismo motivo, también se declarase la incompatibilidad entre el percibo de la prestación complementaria por Gran invalidez de la Seguridad Social y el ingreso del beneficiario en un centro residencial del SAAD, aunque obviamente ello conllevaría un empeoramiento de la protección global de los grandes inválidos y por tal motivo no sería una solución deseable.

II. GRAN INVALIDEZ/DISCAPACIDAD

Incapacidad permanente y discapacidad son conceptos distintos, aunque sus efectos jurídicos puedan asimilarse ocasionalmente, como luego se verá. La primera se encuentra regulada en la Ley General de la Seguridad Social y normas

347. Véase NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta. (2013): «Las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia. Prestación vinculada al servicio y asistente personal» en *La aplicación de la Ley de Dependencia en España* (director de la investigación: GONZÁLEZ ORTEGA, S), op. cit., p. 311.

348. MONTROYA MELGAR considera que sería más razonable que las prestaciones económicas y de servicios que cumplan la misma finalidad fueran incompatibles entre sí, siempre que se produzca superposición entre ellas (MONTROYA MELGAR, A. (2007): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Navarra (Ed. Thomson-Civitas), pp. 161-162).

reglamentarias de desarrollo, en cumplimiento de lo establecido en el art. 41 de la Constitución Española; mientras que la segunda se inserta en el terreno de la tutela de los poderes públicos para hacer efectiva la integración de las personas con discapacidad, de conformidad con el mandato dado al legislador en el art. 49 del texto constitucional. Se colocan así en dos planos distintos: la Incapacidad permanente se mueve en el terreno de la previsión social y la discapacidad en el relativo a la integración social de las personas con discapacidad que permita hacer efectivos para ellas los derechos del Título I de la norma constitucional³⁴⁹.

Tampoco existe coincidencia entre los órganos que otorgan el certificado o la tarjeta de discapacidad³⁵⁰, previa valoración del porcentaje de esta conforme a lo establecido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad³⁵¹, y el órgano gestor que determina si existe Incapacidad permanente y, en su caso, en qué grado debe calificarse.

Pero, además, la determinación del grado de discapacidad está sujeta a los criterios técnicos unificados³⁵², fijados en los baremos descritos en el Anexo I

349. Véase FALGUERA BARÓ, M. (2007): «El reconocimiento de la condición de discapaz por la concesión de grado de invalidez permanente en el Régimen de la seguridad Social» en *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*. VV.AA. Cuadernos de Derecho Judicial XV-2006 (Dir. ITURRE GARATE, J.C), Madrid (CGPJ), p. 153.

350. Actualmente el certificado de discapacidad en formato papel se ha sustituido por un documento, también personal e intransferible, denominado tarjeta acreditativa del grado de discapacidad. Se trata de un carné identificativo, que aporta los mismo beneficios que el certificado de discapacidad, pero tiene un formato más reducido y está plastificado. Pueden solicitarla todas las personas que ya tengan un grado de discapacidad igual o superior al 33% independientemente del tipo de discapacidad. Esta tarjeta acredita la condición de su titular de «persona con discapacidad reconocida» en el porcentaje que se indica, aunque no incluye la mención del tipo de discapacidad de que se trata: física, psíquica o sensorial.

351. La disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006 dispuso que: «Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas».

También, a partir de la entrada en vigor de la Ley de Dependencia, el «grado de minusvalía» pasa a denominarse «grado de discapacidad».

La denominación del RD 1971/1999 (BOE de 26 de enero de 2000) se cambió, sustituyendo el anterior término de «Minusvalía» por el de «Discapacidad» por el art. único. 1 del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, en aplicación de la disposición Adicional 8ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Ver capítulo I de su Anexo.

El RD 1971/1999 tiene dos partes: una que regula el procedimiento administrativo a seguir, y otra en la que, como Anexos, se recogen los baremos a utilizar para valorar, calificar y graduar la discapacidad.

Los Reales Decretos 1169/2003, de 12 de septiembre (BOE de 4 de octubre de 2003); 1856/2009, de 4 de diciembre (BOE de 26 de diciembre de 2009) y 1346/2012, de 27 de septiembre (BOE de 11 de octubre de 2012), establecieron importantes modificaciones en el RD 1971/1999.

352. A efectos de garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado se creó la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad por OM de 12 de junio de 2001 (BOE de 26 de junio de 2001).

del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, a diferencia de lo que acontece con respecto a la determinación de la Incapacidad permanente, para cuya calificación no se aplican baremos, ni siquiera para la valoración de la situación de dependencia en el caso de la Gran invalidez.

Se trata, por tanto, de situaciones que se reconocen por órganos diferentes que siguen procedimientos distintos, en los que, sin embargo, se advierten ciertos puntos de coincidencia.

1. La declaración de la Incapacidad permanente y el reconocimiento del grado de discapacidad: órganos competentes y procedimientos

La declaración de la situación de Incapacidad permanente es competencia del Director Provincial del INSS, previa recepción del informe propuesta de los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVIs)³⁵³, o del Instituto Social de la Marina, en el Régimen especial de trabajadores del mar; mientras que, como regla general, la declaración del reconocimiento del grado de discapacidad corresponde a los servicios sociales de las CC. AA, previo dictamen de unos órganos técnicos denominados Equipos o centros de Valoración y Orientación (EVOs)³⁵⁴.

Con carácter general, el certificado de discapacidad se otorga por los responsables del órgano correspondiente de las CC. AA a las que hubieran sido transferidas las competencias en materia de valoración de situaciones de discapacidad y de su grado, cuya denominación varía en función de la CC. AA de que se trate³⁵⁵. Excepcionalmente, se concederá también por los directores provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla y en el caso de residentes en el extranjero³⁵⁶.

Por lo tanto, en el supuesto habitual los órganos a los que corresponde la competencia para la determinación del grado de discapacidad, esto es, los Cen-

353. En las Direcciones Provinciales del INSS en las que no estén constituidos los Equipos de Valoración de Incapacidades (EVI), sigue vigente el procedimiento de declaración de Incapacidad permanente previsto en el Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social (BOE de 19 de octubre de 1982). Tal es el caso de Cataluña, donde las funciones del EVI se realizan por la SGAM (subdirección General de Evaluaciones Médicas), más frecuentemente conocida con el nombre de Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas y Sanitarias (ICAMS).

354. El art. 4.3 del Real Decreto legislativo 1/2013 establece que «El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente».

355. Estos organismos competentes de las CC. AA serán la Conserjería de Asuntos Sociales del Ayuntamiento o los Centros Base de Atención a personas con Discapacidad más cercanos al solicitante.

En Cataluña, el organismo competente es el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales (ICASS) /Departamento de Bienestar y Familia.

356. En este caso, la competencia corresponderá a la Dirección del IMSERSO de la provincia en que el residente en el extranjero hubiera tenido su último domicilio habitual.

tros o Equipos de Valoración y Orientación, dependen de las CC. AA. Solo en Ceuta y Melilla, y también en relación con residentes en el extranjero, dependen del IMSERSO.

El procedimiento para el reconocimiento y calificación del grado de discapacidad se inicia a instancia de la persona interesada mediante la presentación de la solicitud en modelo oficial ante los centros base del órgano administrativo gestor competente, dependiente de la CC. AA en la que resida el solicitante o del IMSERSO, en su ámbito territorial de competencia.

Una vez realizado el examen del interesado por los órganos técnicos de valoración competentes, estos emitirán el correspondiente dictamen técnico-facultativo. Dichos órganos técnicos podrán recabar de profesionales de otros organismos los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes para la formulación de sus dictámenes³⁵⁷.

Los EVOs están formados al menos por un médico, un psicólogo y un trabajador social, conforme a criterios interdisciplinarios.³⁵⁸ Esta composición favorece la valoración conjunta de las circunstancias médicas, psicológicas, sociales y laborales de la persona que solicita la discapacidad, ya que permite valorar la forma en que la patología médica y/o psicológica afecta a quien la padece en distintas áreas de su vida.

El dictamen propuesta del EVO deberá contener necesariamente una serie de extremos: diagnóstico, tipo y grado de la discapacidad y, en su caso, puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad de ayuda de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos³⁵⁹.

Con base en el dictamen propuesta emitido por el EVO, los responsables del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las competencias en materia de valoración de situaciones de discapacidad y calificación de su grado, o los Directores provinciales del IMSERSO en el ámbito territorial de su competencia, deberán dictar resolución expresa sobre el reconocimiento de grado de discapacidad, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede³⁶⁰.

A partir de la entrada en vigor del RD 290/2004, de 20 de febrero, en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de discapacidad expedidos por el organismo competente, también deberá constar, como mención complementaria, el tipo de discapacidad en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda³⁶¹.

357. Art. 9, apartados 1 y 2 del RD 1971/1999.

358. Art. 8 del RD 1971/1999.

359. Art. 9.3 RD 1971/1999.

360. Art. 10.1 RD 1971/1999.

361. Disposición final tercera del RD 290/2004, de 20 de febrero (BOE de 21 de febrero de 2004), que modifica la Disposición adicional única. 1 del RD 1971/1999.

El plazo máximo de que dispone la Administración para dictar resolución será de 6 meses en el caso de que la normativa autonómica que resulte de aplicación establezca algo al respecto y de tres meses en caso contrario³⁶².

Las Administraciones Públicas deberán informar a los interesados del plazo máximo establecido para resolver los procedimientos y para notificar los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo³⁶³. Dicha mención se incluirá en la comunicación que se dirigirá al efecto al interesado dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud que inicia el procedimiento en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente³⁶⁴.

En la resolución expresa también deberá figurar necesariamente el plazo en que deba tener lugar la revisión del grado de discapacidad cuando sea previsible una mejoría razonable de las circunstancias que motivaron su reconocimiento.

En los restantes casos no se podrá instar la revisión del grado por agravamiento o mejoría hasta que haya transcurrido un plazo mínimo de dos años desde la fecha en que se dictó resolución. Esta regla no rige para los supuestos

362. Todo ello de conformidad con los arts. 21.3 y 32 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE de 2 de octubre de 2015), que establecen lo siguiente:

Art. 21.3: «Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses. Este plazo (...) en los (procedimientos) iniciados a solicitud del interesado se contará desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para su tramitación».

Artículo 32.1: «La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.

Este plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea».

Según el estudio realizado por CEREJIDO BARBA, el plazo establecido para la resolución del expediente administrativo en las normas de las distintas CC. AA es de 3 meses, salvo en Andalucía, Aragón, Castilla - La Mancha y Valencia, donde el plazo máximo para la resolución del citado expediente administrativo es de 6 meses (CEREJIDO BARBA, R. (2017): *123 preguntas sobre discapacidad y empleo*, Albacete (Ed. Bomarzo), p. 48).

363. La regla general prevista en el art. 24.1 de la Ley 39/2015 establece que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, si no se dicta resolución expresa dentro del plazo máximo del que dispone la Administración, la solicitud se entenderá estimada por silencio administrativo. Sobre esta cuestión, CEREJIDO BARBA considera que, aunque jurídicamente podría defenderse que el silencio administrativo haya de ser positivo, resulta más aconsejable «actuar como si el silencio fuera a ser negativo ya que una estimación por silencio administrativo no resuelve cuestiones claves», tales como el grado correspondiente a la discapacidad así estimada, la necesidad o no de concurso de tercera persona o la concurrencia de dificultades de movilidad. Incluso si se pudiera tener un certificado que acreditase el silencio producido, o se pudiera acreditar este por cualquier medio de prueba válido en derecho, «la eficacia práctica de estos documentos sería más que discutible» (CEREJIDO BARBA, R. (2017): *123 preguntas sobre discapacidad y empleo*, op. cit., p. 51).

364. Art. 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo³⁶⁵.

En todo caso, se deberá dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados para revisar el grado de discapacidad previamente reconocido³⁶⁶.

Una vez reconocida a una persona un determinado grado de discapacidad, este tiene validez en todo el territorio nacional y eficacia respecto cualquier tipo de subvenciones, ayudas o Administraciones, no siendo necesario ser evaluado o valorado en cada ocasión³⁶⁷.

Por su parte, la declaración de la situación de Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados solo tendrá lugar una vez el INSS, o el ISM en su caso, hayan comprobado que el solicitante cumple los requisitos exigidos para acceder a las prestaciones económicas, que como regla general son los propios de las prestaciones de carácter contributivo: afiliación, alta en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente y, cuando se requiera, periodo previo de cotización. Incluso cuando se estime la existencia de un determinado grado de incapacidad, si se comprueba que el trabajador no reúne todos requisitos requeridos para causar derecho a la prestación, la resolución del expediente se abstendrá de declarar la Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, limitándose la Entidad Gestora en estos supuestos a relacionar los requisitos que no se cumplen y a determinar la improcedencia del reconocimiento del derecho a prestación³⁶⁸.

El dictamen-propuesta de Incapacidad permanente del EVI, que debe ser considerado por los directores provinciales del INSS, es preceptivo pero no vinculante. Tendrá en cuenta el informe médico de síntesis de los facultativos de la Dirección provincial del INSS y el informe de antecedentes profesionales.

Los directores provinciales del INSS deben dictar resolución expresa en un plazo máximo de 135 días. En caso de ser aprobatoria deberá contener el grado de incapacidad, la cuantía de la prestación económica y el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión de la Incapacidad por agravación o mejoría.

2. Diferencias conceptuales entre Incapacidad permanente y discapacidad

Por lo que respecta a las diferencias entre conceptos, la primera y fundamental que existe entre una situación y otra es que mientras la Incapacidad permanente es un concepto profesional, la discapacidad no lo es. Así, en tanto que los grados de discapacidad se expresan en porcentajes y estos están en

365. Art. 10.3 y 11, apartados 1 y 2 RD 1971/1999.

366. Art. 11.3 del RD 1971/1999.

367. Conforme establece el art. 10.2 del RD 1971/1999, el reconocimiento de grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de solicitud.

368. Véase Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, edición actualizada a 9 de mayo de 2019, p. 561.

función de la repercusión que los síntomas, signos o secuelas padecidos tengan sobre la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria³⁶⁹, en la Incapacidad permanente, los grados no equivalen a un porcentaje de discapacidad, sino a la mayor o menor repercusión que las enfermedades, dolencias y lesiones sufridas por la persona tengan en su capacidad de trabajo. El único porcentaje que se establece es para el más leve de los grados, la parcial, e incluso en este caso, esa reducción mínima exigida, del 33%, no hace referencia a la disminución de la capacidad física, psíquica o sensorial del sujeto, sino de su rendimiento laboral.

El apartado primero del art. 4.1 del RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social,³⁷⁰ precisa el concepto de personas con discapacidad, estableciendo que son «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

Por su parte, la discapacidad, conforme establece el Libro Blanco de la Dependencia, hace referencia a la «interacción multidireccional entre la persona y el contexto socioambiental en el que se desenvuelve, es decir, entre las funciones y estructuras alteradas del cuerpo, la capacidad para realizar diversas acti-

369. De esta forma, la discapacidad se califica en los cinco grados siguientes:

Grado 1: No existe discapacidad. Este grado equivale a un 0% de discapacidad. Los síntomas, signos o secuelas, en el caso de que existan, no implican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria.

Grado 2: Leve. Entre un 1% y un 24% de discapacidad. Los síntomas, signos o secuelas implican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria, una dificultad, pero permiten llevar a cabo prácticamente todas las mismas.

Grado 3: Moderada. Entre un 25% y un 49% de discapacidad. Los síntomas, signos o secuelas implican una disminución importante de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria o la imposibilidad de llevar a cabo algunas de ellas, aunque la persona sigue siendo independiente en las actividades de autocuidado.

Grado 4: Grave. Entre un 50% y un 70% de discapacidad. Los síntomas, signos o secuelas implican una disminución importante de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria o la imposibilidad de llevarlas a cabo, pudiendo afectar tal limitación a alguna de las actividades de autocuidado.

Grado 5: Muy grave. Porcentaje de discapacidad superior al 75%. Los síntomas, signos o secuelas hacen imposible realizar las actividades de la vida diaria.

370. El RD 1/2013, de 29 de noviembre (BOE de 3 de diciembre de 2013) se dictó en aplicación de lo previsto en la disposición final 2ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2013 derogó expresamente:

La ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

vidades como persona, su participación o desempeño real en las mismas, y las interacciones con los factores tanto personales como ambientales que pueden actuar como barreras y ayudas»³⁷¹.

En la actual Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad, CIDDM-2³⁷² de la OMS, de 2001, el término genérico de discapacidad engloba los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía. El hecho de que la noción de discapacidad abarque el concepto de «minusvalía» explica que incluso personas con el mismo grado de discapacidad presenten capacidades y limitaciones diferentes en función del entorno social en que se desenvuelvan. Obviamente el estado de salud va a determinar de forma relevante lo que una persona puede o no puede hacer, pero no debe considerarse en exclusiva a la hora de valorar su discapacidad, sino en relación con el entorno en que el sujeto se desenvuelve, porque este va a condicionar también la actividad y la participación social que pueda llevar a cabo el sujeto, propiciándola, restringiéndola o impidiéndola ³⁷³.

El Anexo 1. B del RD 1971/1999 define la minusvalía como la desventaja social en un individuo afectado por una deficiencia o discapacidad. Por tanto, surge «en la relación de la persona con el medio, en los obstáculos culturales, materiales o sociales que le impiden una integración adecuada en la sociedad». La concurrencia de todos o varios de los factores sociales complementarios valorados en el baremo establecido en este Anexo puede determinar que la persona con discapacidad se integre con desventaja en la sociedad en comparación con otras personas en las que no se da esta condición y, por tal motivo, siempre que el grado de discapacidad sea igual o superior al 25%, estos deberán ser tenidos en consideración a la hora de determinar el porcentaje de discapacidad.

371. Libro Blanco de Atención a las personas en situación de dependencia en España. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, IMSERSO, Madrid: 2005, p. 557.

La referida definición se basa en la dada, también desde una perspectiva global, por la Organización Mundial de la Salud, en la actual Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad, CIDDM-2, de 2001. En ella, como recalca MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, «no hay referencia alguna a la gravedad de la alteración de la integridad física, mental, intelectual o sensorial, por el contrario se pone el acento en la circunstancia de que hay una interacción entre el sujeto y el contexto socioambiental en que se desenvuelve. A partir de esta premisa, la discapacidad se concreta en la dificultad para desenvolverse en tal contexto socioambiental porque su capacidad no le permitiría realizar diversas actividades, participar en las mismas o su desempeño real (...)» (MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2008): «Delimitación conceptual de la dependencia». VV. AA, *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y Coord. CHARRRO BAENA, P.), op. cit., p. 165).

372. Internacional Classification of Functioning and Disability, ICIDH-2.

373. Si se analizan por separado los términos «discapacidad» y «minusvalía», la discapacidad tendría un contenido esencialmente médico, mientras que en la minusvalía sería más social (MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA (2017), La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador, Albacete (Ed, BOMARZO), p. 96. Y por tal motivo, como indica CEREJIDO BARBA, así como no toda deficiencia tiene que ser causa de discapacidad, tampoco toda discapacidad tiene que originar necesariamente una minusvalía, porque a iguales niveles de deficiencia el ambiente en que se desenvuelve la persona será factor clave para determinar la existencia o inexistencia de desventajas sociales y de interacción para la persona que las sufre (CEREJIDO BARBA, R. (2017): *123 preguntas sobre discapacidad y empleo*, op. cit., pp. 26 y 27).

La valoración de estos factores sociales complementarios se determina mediante un sistema de puntuaciones, de forma que finalmente el grado de discapacidad se obtendrá tras modificar el porcentaje de discapacidad obtenido en la valoración de los factores discapacitantes con la puntuación resultante de la aplicación del baremo correspondiente a los factores antes referidos, aplicando las reglas contenidas en el art. 5.3 del RD 1791/1999: el grado de discapacidad ha de ser como mínimo del 25% y la puntuación obtenida por factores sociales complementarios no puede ser superior a 15 puntos.

Los factores sociales complementarios son de tipo familiar³⁷⁴, económico³⁷⁵, laboral, cultural³⁷⁶ y de entorno³⁷⁷. También la situación laboral del solicitante

374. Entre los factores de tipo familiar, por los que se puede obtener una puntuación máxima de 5 puntos, están: a) los problemas graves en miembros de la familia, como pueden ser minusvalías o enfermedades graves en padres, tutores, hijos, hermanos u otros familiares convivientes; b) la ausencia de miembros responsables de la unidad familiar, bien sea por fallecimiento, abandono u otras circunstancias a especificar; c) las relaciones intrafamiliares que dificulten la integración del minusválido, por sobreprotección, abandono encubierto o explotación y d) otras situaciones no contempladas, como situaciones generales marginantes, bajo nivel cultural, inhabilidad social (Anexo 1.B RD 1791/1999).

375. El factor económico, por cuya concurrencia se puede obtener una puntuación máxima de 4 puntos, se valorará tomando como referencia el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta las siguientes normas: A la suma de la totalidad de los ingresos familiares se restarán los gastos de vivienda (alquiler, eliminación barreras arquitectónicas y otros) y los gastos extraordinarios de carácter prolongado, de carácter educativo (medidas de apoyo, gastos derivados de la carencia de recursos educativos en la zona y otros que habría que especificar) y sanitario (derivados de medidas rehabilitadoras y recuperadoras, tratamientos farmacológicos y otros a especificar). El resultado se dividirá entre el número de miembros que componen la unidad familiar. Finalmente se aplicará el cuadro adjunto previsto en el Anexo que está en función de la renta per cápita y de si el número de miembros de la unidad familiar es igual o superior a 5 o inferior (Anexo 1.B RD 1791/1999).

376. El factor cultural, cuya puntuación máxima es de 4 puntos, se valora conforme a un cuadro basado en la edad, el currículum escolar y/o la formación reglada u ocupacional, teniendo en cuenta las siguientes situaciones: a) situación cultural deprimida (personas —adultos, jóvenes o niños— que no pudieron o no pueden acceder —o bien solo pudieron acceder parcialmente a los sistemas escolares obligatorios debido a circunstancias personales, sociales, discapacidad, etc.); b) Situación cultural inferior, en la que se encuadrarían aquellas personas que siguiendo o habiendo seguido enseñanzas elementales a edad reglada, no consiguieron el rendimiento o los conocimientos apropiados, accediendo exclusivamente al certificado de escolaridad. Sería el caso de personas con deficiencia mental, minusválidos físicos o sensoriales o con desaprendizajes, fracasos escolares, etc. c) Situación cultural primaria, sin compensar en post-escolaridad, que afectaría a personas que siguieron la escolaridad de Estudios Primarios con anterioridad a la Ley de 1970 (actualmente tendrían edades comprendidas entre los 50-55 y 35-40 años) y que, por falta de recursos, información, etc., no se acogieron a programas compensatorios del MEC, formaciones profesionales regladas (Escuelas del Trabajo, PPO, etc.), al margen de que estén en posesión o no del Certificado de Estudios Primarios y d) situación cultural ordinaria, que incluye a aquellas personas que poseen certificaciones de Enseñanzas Básicas posteriores a la Ley de 1970 o titulaciones equivalentes (Bachiller Elemental, Graduado Escolar, etc.) y que, por diversas circunstancias, no han seguido Formación Profesional Académica o Reglada. A ello se añade que la valoración del "nivel cultural real" en aquellos casos en que se considere necesario debido a traumatismos craneoencefálicos, deterioros orgánicos, etc., se basarán en la consulta al profesional correspondiente (Anexo 1.B RD 1791/1999).

377. En el factor entorno la puntuación máxima es de 4 puntos. Se valorarán: a) La carencia o dificultad de acceso a recursos sanitarios, de rehabilitación, educativos, culturales, profesionales, asistencia-

debe tenerse en cuenta dentro de la valoración de tales factores, pero la determinación del concreto porcentaje de discapacidad no depende directamente de la afectación de la capacidad de trabajo³⁷⁸.

A cada uno de estos factores se le puede otorgar una puntuación máxima, que no es resultado de la suma de las distintas situaciones descritas en cada uno de ellos³⁷⁹. De igual forma, tampoco los 15 puntos que como máximo puede otorgar el baremo por todos los factores es el resultado de la suma aritmética de los posibles puntos que se pueden conceder en cada una de las situaciones a valorar. El valor absoluto a otorgar después de estudiar la situación específica, siempre que la puntuación quede determinada dentro del margen establecido, queda a criterio del profesional.

El hecho de que para determinar el porcentaje de discapacidad que da derecho al reconocimiento de la condición de persona con discapacidad, y que debe ser como mínimo del 33%, se deban tener en cuenta no solo las concretas limitaciones discapacitantes de carácter físico, psicológico o sensorial que sufre el solicitante, sino también otros factores, tales como su edad, entorno familiar, situación laboral, educativa y cultural que pueden dificultar su integración social, supone otra diferencia importante con respecto a la Incapacidad permanente³⁸⁰.

les, ocupacionales, de medios de comunicación, y otros, que habrían de especificarse, siempre y cuando se consideren necesarios en el proceso integrador; b) Dificultades en la vivienda, que incluyen carencia o inadecuación, barreras en el entorno y carencia de transporte adaptado; c) Problemas de rechazo social.

378. El factor laboral, cuya puntuación máxima es de 3 puntos, se valora en función de la edad y de dos situaciones distintas en relación con el empleo. La primera es la situación de desempleo del minusválido demandante de trabajo en el INEM (actualmente, Servicio Público de Empleo Estatal); en una entidad de promoción de empleo como ONCE o FUNDOSA o en un Centro Ocupacional. A esta situación puede sumarse la correspondiente a más de tres años sin empleo, en su caso. La segunda es la de subempleo, consistente en desempeñar un trabajo por debajo de la capacidad y/o posibilidades, y/o en condiciones laborales precarias (contratos temporales, sin contrato, explotación, economía sumergida).

Entre otras se añaden las siguientes pautas: a) Las personas diagnosticadas con una discapacidad incompatible con cualquier actividad laboral no se valoran en este factor; b) Las situaciones de incapacidad permanente parcial, total, absoluta y Gran invalidez se valorarán siempre que exista demanda explícita de empleo (Anexo 1.B RD 1791/1999).

379. La puntuación máxima por cada uno de los factores complementarios se recoge en las notas a pie de página 368 a372.

380. La Exposición de motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (BOE 2/12/2003) resumía esta realidad a la que se enfrentan las personas discapacitadas en los siguientes términos: «Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo, pero todas tienen en común que, en mayor o menor medida, precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país». A ello añadía que «hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos».

Con más contundencia se expresa la Exposición de Motivos de la actual Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por el RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (BOE 3/12/2013), que reconoce sin ambages que: «Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la socie-

Ciertamente la valoración de las dolencias concurrentes junto con la de los factores complementarios aludidos da una visión más completa del alcance de la discapacidad del sujeto, al poner de relieve la minusvalía de la concreta persona con discapacidad, es decir, la desventaja que le impide actuar en el entorno social desde una posición de igualdad en la comunidad. Por el contrario, el criterio a tener en cuenta en la valoración de la Incapacidad permanente impide apreciar la situación real en que queda un concreto beneficiario, salvo en lo tocante a la merma o a la pérdida de su capacidad individual de trabajo. Y ello porque a la hora de reconocer los distintos grados de Incapacidad permanente no tienen relevancia alguna circunstancias ajenas a la influencia que las lesiones tengan en la capacidad laboral, o, en el caso de la Gran invalidez, a la situación de necesidad de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Solo en el caso de la Incapacidad Permanente total cualificada, que como se dijo no es un grado de la Incapacidad permanente sino una variante del grado de Incapacidad permanente total, se tienen en cuenta otros factores que puedan influir negativamente a la hora de que el beneficiario encuentre un nuevo trabajo.

Sobre las diferencias entre los conceptos de Incapacidad permanente y minusvalía, cuando estaba todavía vigente la Ley 51/2003, el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 21 de marzo de 2007 RJ (2007/3539) y de 20 de junio del mismo año (RJ 2007/5355), subrayó que «la definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye (...) otras dimensiones de la vida social, como la educación y la participación de las actividades sociales, económicas y culturales». A lo anterior añadía que «el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos (...), pero, junto a estos espacios de convivencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de la discapacidad y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social».

3. Las «deficiencias» en la discapacidad y en la Gran invalidez

El significado del término «discapacidad» va a depender de la respuesta que se dé a la pregunta: ¿discapacidad para qué?, porque más que de «personas discapacitadas» debemos hablar de «personas con discapacidades concretas»³⁸¹. Y

dad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión». Además, el «variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social (...)».

381. CEREJIDO BARBA, R. (2017): *123 preguntas sobre discapacidad y empleo*, op. cit., p. 25, citando a MALO OCAÑA, M. Á. «Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 46, pp. 99-126.

Debe tenerse en cuenta que aunque a menudo se asocia el término «discapacidad» con una menor capacidad, también un sujeto con superdotación en lo concerniente a determinadas materias puede ser

desde este punto de vista resulta evidente que los que han sido declarados incapacitados permanentes para el trabajo son personas que presentan una discapacidad en relación con una concreta materia: la laboral.

Tanto en la discapacidad como en la Incapacidad permanente deben existir «deficiencias»³⁸², pero las implicaciones que estas tienen son diferentes en una y otra situación. Mientras en la discapacidad se presta especial atención al entorno en que la persona se desenvuelve y a las barreras físicas, sociales o culturales que puedan existir, que son aquí factores clave que permiten apreciar el alcance de los efectos limitativos de una determinada deficiencia, nada de esto tiene relevancia en el caso de la Incapacidad permanente, en la que las desventajas que ocasionan las «deficiencias» únicamente atañen a la capacidad de trabajo de la persona, porque la disminuyen o anulan, sin que en ningún caso se tengan en cuenta los factores socioambientales en que esta se mueve.

Es cierto que en el caso de la Gran invalidez las «deficiencias», además de a la capacidad laboral, también afectan a la capacidad física de la persona, al impedirle realizar por sí misma al menos uno de los actos considerados más esenciales de la vida diaria, y que, precisamente, a efectos de determinar el grado de discapacidad, las limitaciones del solicitante se evalúan en función de la dificultad que este tenga para realizar las actividades típicas de la vida diaria³⁸³. Este es sin duda un punto de conexión entre ambas situaciones³⁸⁴. Sin embargo, nuevamente en la discapacidad se valorará la «minusvalía», es decir, la situación de desventaja que sufre la persona como consecuencia de la deficiencia y que «limita o impide el desempeño de un rol que le es normal en función de sus

una persona con discapacidad. Tal sería el caso de una persona con síndrome de Asperger, incluido dentro del espectro autista, quien puede ser una eminencia en un determinado y frecuentemente restringido y específico campo del saber y, sin embargo, tener dificultades importantes en la interacción social y en la comunicación verbal y no verbal por sus características mentales y de comportamiento. Suele además mostrar perturbación y falta de adaptación ante situaciones novedosas. Las personas con Asperger pueden ser diagnosticadas de forma tardía. Al no haber evidencia de falta de habilidad cognitiva alguna, sino que, por el contrario, incluso frecuentemente su capacidad intelectual está por encima de la media, pueden ser consideradas simplemente «raras» y no personas con discapacidad.

382. La anterior Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y minusvalías de la OMS, de 1980, definía la deficiencia como «toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica».

383. Considerando como tales las siguientes: vestirse, comer, aseo personal, levantarse y reclinar-se, elevar, empujar y llevar, oír, ver, agarrar, sujetar y apretar, capacidad para utilizar medios de transporte, funciones sexuales, sueño y actividades sociales y de ocio.

384. No debe desconocerse la existencia de «determinados puentes entre ambas instituciones», porque aunque la declaración de la incapacidad permanente, al menos con carácter general, puesto que la Gran invalidez constituiría una excepción, no entra a valorar la «actividad extraproductiva», «toda declaración de discapacidad determina de alguna manera, una reflexión respecto a capacidad productiva» (FALGUERA BARÓ, M. (2007): «El reconocimiento de la condición de discapaz por la concesión de grado de invalidez permanente en el Régimen de la seguridad Social» en *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*. VV.AA. Cuadernos de Derecho Judicial XV-2006 (Dir. ITURRE GÁRATE, J.C), op, cit., p. 155).

circunstancias personales, sociales y culturales»³⁸⁵, a diferencia de lo que ocurrirá en la Gran invalidez, en la que igual que para el resto de los grados de la Incapacidad permanente, esta circunstancia no tendrá relevancia alguna.

Ahora bien, si en la calificación de la Incapacidad permanente deben valorarse conjuntamente las dolencias, lesiones o enfermedades padecidas por el sujeto, es decir, el estado global de salud, algo similar ocurre en el caso de la discapacidad.

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, (Rec. 2227/2017)³⁸⁶, aclara que en los casos en que concurren distintas dolencias que den lugar a la fijación de un porcentaje individual, para determinar el grado de discapacidad habrá que aplicar la tabla de valores combinados contenida en el Anexo I del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, y no la suma de los porcentajes atribuidos a cada una de las lesiones como hacía la Sentencia recurrida³⁸⁷.

4. La influencia de la condición de persona con discapacidad del trabajador en la calificación de la Incapacidad permanente

El reconocimiento de una discapacidad a un trabajador, incluso en un grado elevado, no garantiza la obtención de una resolución favorable del Instituto

385. La anterior Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y minusvalías de la OMS, de 1980, definía la minusvalía como la «situación de desventaja sufrida por un individuo como consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que le es normal en función de sus circunstancias personales, sociales y culturales».

También la norma que actualmente debe considerarse como norma principal de referencia en materia de discapacidad, esto es, la Convención sobre los derechos de las persona con discapacidad, aprobada por la ONU en 2006, hace hincapié en la situación de desventaja que implica la minusvalía en su definición de «personas con discapacidad», de la que se desprende que la noción de discapacidad resulta de la interacción entre las deficiencias padecidas y las barreras sociales. Así considera «personas con discapacidad» a «aquéllas que tengan deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». La citada Convención fue aprobada por Resolución 61/106 de la Asamblea General de la ONU de 13-12-2006 y ratificada por la Unión Europea en 2007. Su entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008.

La OADIS (Oficina de Atención a la Discapacidad) depende del Consejo Nacional de la Discapacidad (Ministerio de Asuntos Sociales y Agencia 2030). Se encarga de promover la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Para ello cuenta con los sistemas de comunicación usuales, tales como atención telefónica, fax, correo electrónico, pero también con sistemas específicos para personas con discapacidad, como son: la atención presencial con sistema de apoyo a la comunicación oral, a través de bucle de inducción, labiolectura y lengua de signos (véase <https://www.mscbs.gob.es/ssi/discapacidad/proteccionDerechos/oficinaAtencionDiscapacidad.htm>. Consultado el 20/11/2019).

386. Esta Sentencia reitera la doctrina contenida en la STS de 17 de diciembre de 2004 (Rec. 753/2004)

387. Sobre este extremo, el Tribunal Supremo establece que: «cuando el solicitante acredita dolencias distintas que den lugar a la fijación del porcentaje correspondiente por cada una de ellas, el porcentaje final de discapacidad no se obtiene con la suma aritmética de aquéllas, sino a través de la tabla de valores combinados que el Anexo I incluye».

Nacional de la Seguridad Social declarando una Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados.

El hecho de que una persona haya obtenido el certificado o la tarjeta de discapacidad expedido por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente o por el IMSERSO, en Ceuta y Melilla,³⁸⁸ y lo aporte junto con la solicitud de la Incapacidad permanente puede influir de forma positiva en el reconocimiento de esta, pero en ningún caso será determinante para su concesión.

Tampoco será posible reconocer el derecho a la Incapacidad permanente a quien siendo ya una persona con discapacidad en el momento de su afiliación a la Seguridad Social no vea reducida su capacidad de trabajo con respecto a la que tenía en dicha fecha³⁸⁹, extremo este que en muchas ocasiones será difícil de determinar.

Al respecto debe advertirse que, pese a que como regla general las incapacidades permanentes protegidas por el nivel contributivo deben ser sobrevenidas³⁹⁰, el art. 193(1), segundo párrafo de la LGSS/2015 prevé la posibilidad de que personas con una discapacidad anterior al momento de la afiliación puedan acceder a la pensión de Incapacidad permanente. Para ello se requiere, además del cumplimiento del resto de los requisitos exigidos para la prestación en concreto, que la capacidad laboral del discapacitado en el momento en que solicita la Incapacidad Permanente sea menor a la que tenía en el momento en que empezó a trabajar por primera vez. Si no ha disminuido, no podrá reconocerse la Incapacidad permanente.

Pero además, no es suficiente con que el trabajo se lleve a cabo con mayor dificultad o que se haya producido una merma de su rendimiento normal para su profesión habitual, sino que como mínimo el porcentaje de disminución ha de ser del 33% para que pueda reconocerse el menor de los grados de la Incapacidad permanente. Si hay disminución de la capacidad de trabajo del discapacitado con respecto a la que tenía en el momento de la afiliación pero en un grado inferior al referido, no procederá el reconocimiento de ninguna de las prestaciones de Incapacidad permanente. En este último caso, si la lesión fuera consecuencia de una contingencia profesional, cabría la posibilidad de indemnizarla conforme al baremo de lesiones permanentes no incapacitantes, siempre que se tratara de alguna de las en él previstas, pero quedaría sin cobertura alguna en caso de que la disminución de la capacidad de trabajo derivara de una enfermedad común o de un accidente no laboral.

388. Anteriormente se denominaba certificado de minusvalía.

389. En tal sentido, STS 14/12/2010, RJ 2011,49.

390. Véase GARCÍA NINET, J.I. (1991): «La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos», *Tribuna Social*, nº 10, p. 31 y ss.

5. El reconocimiento automático de la condición de persona con discapacidad a los pensionistas de Incapacidad permanente a los efectos de la Ley 51/2003

Pese a tratarse de conceptos distintos y moverse en planos diferentes existen interrelaciones entre la Incapacidad permanente y la discapacidad. Su ámbito subjetivo de protección difiere de forma sustancial, pero las relaciones que existen entre ambas figuras hacen posible que pueda recaer en una misma persona la doble condición de pensionista de Incapacidad permanente y de persona con discapacidad.

De hecho, el art. 1 de la derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, preveía que «a los efectos de esta Ley» el grado de discapacidad reconocido había de ser como mínimo del 33%, y que se consideraría que todos los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de Incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, así como los pensionistas de clases pasivas que tuvieran reconocida una pensión de jubilación o retiro por Incapacidad permanente para el servicio o inutilidad presentaban una discapacidad en grado igual o superior al 33%³⁹¹.

En concreto, a los extremos que abarcaría el reconocimiento automático del porcentaje del 33% a los pensionistas de Incapacidad permanente se refería el art. 3 de la Ley 51/2003, que, tras su modificación por la Ley 26/2011, establecía que dicha norma se aplicaría en los siguientes ámbitos³⁹²: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las Administraciones públicas; f) Administración de justicia y g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico. Se añadía, por último, lo siguiente: «La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación».

El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 21 de marzo de 2007 RJ (2007/3539). y de 20 de junio del mismo año (RJ 2007/5355), antes citadas, tuvo ocasión de pronunciarse sobre si tras la aprobación de la Ley 51/2003 el reconocimiento de la atribución de la condición de discapacitado a los beneficiarios de las pensiones de Incapacidad permanente revestía o no carácter general, es decir, tenía efectos jurídicos en relación con cualquier rama del Ordenamiento

391. El artículo 1 de la Ley 51/2003 (BOE 2/12/2003) fue modificado por el artículo 1.1 y 2 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (BOE de 2/8/2011).

392. El art. 3 de la Ley 51/2003 fue modificado por el art. 1.4 de la Ley 26/2011.

jurídico que no fuera civil, procesal civil y tributario³⁹³. La doctrina contenida en estas resoluciones aclaraba que el propósito de las normas protectoras de las situaciones de discapacidad y de incapacidad permanente era diverso y que la expresión «en todo caso» utilizada por la norma referida limitaba la eficacia de la atribución de la condición de «minusválido» o «discapacitado» al ámbito de las materias en ella contempladas, pero no a otras.

Prácticamente en los mismos términos en que lo hacía el artículo 1. 2 de la Ley 51/2003, el art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013, sustituyendo el término «minusvalía» por el de «discapacidad», establece que «(...) a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Si se compara la redacción del art. 1.2 de la Ley 51/2003 con la del art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013 se advierte la coincidencia en cuanto al reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a todos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de Incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, de forma que todos ellos se considerarán afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33%, lo que les otorgaría automáticamente la consideración de personas con discapacidad. La diferencia está en que en la norma actual los pensionistas de Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados se considerarían personas con discapacidad en un grado igual o superior al 33% a todos los efectos legalmente previstos, y no solo personas discapacitadas a efectos de garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, como ocurría vigente la Ley 51/2003.

Por otra parte, de la dicción literal de los artículos y apartados de ambas normas parece desprenderse que la asignación del porcentaje mínimo de discapacidad del 33% que otorga la condición de persona con discapacidad es automática para los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de Incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, por lo que los beneficiarios de estas pensiones solo tendrían que someterse a la valoración de la discapacidad regulada en el RD 1971/1999 para obtener el reconocimiento de un porcentaje de discapacidad superior.

Así lo indica el art. 2.1 del RD 1414/2006³⁹⁴, que permaneció vigente pese a la derogación de la Ley que desarrollaba, al establecer que el grado de minus-

393. ALONSO OLEA; GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I. (2009): La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario, Navarra (Ed. Aranzadi, 1ª edición), p. 66.

394. El RD 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades,

valía (entiéndase actualmente, discapacidad) igual al 33 % deberá acreditarse mediante los siguientes documentos³⁹⁵.

- a) Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- b) Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez.
- c) Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Explícitamente la norma añade que para acreditar el grado de minusvalía (discapacidad) igual al 33 % a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez y a los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad no les será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Por el contrario, el apartado 2º del mismo artículo establece que el grado de minusvalía (discapacidad) superior al 33% se acreditará mediante Resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente. Los pensionistas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez y los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por Incapacidad permanente para el servicio o inutilidad podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía (discapacidad) superior al 33 por ciento. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad³⁹⁶.

no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 16/12/2006), con la finalidad de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado.

395. El RD 1414/2006 (BOE 17/12/2006) en su redacción original hacía referencia a la forma de acreditar esta equiparación «a efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre». Pese a la derogación de esta norma por el Real Decreto Legislativo 1/2013, el RD 1414/2006 continúa vigente en la actualidad.

396. En virtud de la Disposición derogatoria única del RD 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, quedó derogado lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 del artículo 2 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre (BOE de 16 de diciembre de 2006). Este artículo y apartado de la norma referida establecía la obligación que tenían los órganos competen-

Por lo tanto, para el reconocimiento del grado mínimo de discapacidad del 33% es suficiente con aportar la resolución del INSS, del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa, pero si lo que se pretende obtener es el reconocimiento de un grado de discapacidad superior debe solicitarse al IMSERSO o a los organismos de la Comunidad Autónoma competentes y pasar por la aplicación del baremo recogido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. En caso de que el beneficiario no quisiera someterse a esta nueva valoración de su discapacidad, la equiparación será de mínimos, es decir, solo se reconocería el 33% de discapacidad y, por tanto, no tendría derecho a beneficios reservados para personas con porcentajes de discapacidad superiores.

Sin embargo, la cuestión que se plantea en las dos sentencias del Tribunal Supremo que analizaré a continuación hace referencia a si ese reconocimiento del porcentaje del 33% de discapacidad a los pensionistas de Incapacidad permanente les confiere la condición de personas con discapacidad solo con respecto a los limitados ámbitos que contemplaba la Ley 51/2003 o se extiende con carácter general a todos los previstos para quienes tengan tal condición, como permite el art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad. En otras palabras: se trata de determinar si, pese a la dicción literal del citado artículo y apartado, continúa o no aplicándose la doctrina jurisprudencial emanada de la interpretación de la derogada Ley del año 2003, a la que se ha hecho referencia anteriormente.

6. La doctrina sobre reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a los pensionistas de Incapacidad permanente contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, 29 de noviembre y su reiteración en la sentencia 30//2020, de 12 de mayo

6.1. Análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018

El Pleno de la Sala IV del Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de noviembre de 2018³⁹⁷ resuelve el recurso de casación para la unificación de Doctrina formalizado contra la Sentencia de 4 de julio de 2016, dictada en suplica-

tes para reconocer el grado de discapacidad de hacer constar en la correspondiente resolución o certificado la circunstancia de que el solicitante no alcanzaba un grado de discapacidad superior al 33%, cuando los pensionistas de Incapacidad permanente solicitaran el reconocimiento de un grado de discapacidad superior al 33%, de conformidad con el apartado 1º del artículo citado anteriormente.

397. STS 992/2018; Recurso de casación para la unificación de doctrina 3382/2016; 1826/2017. Ponente: Excmo. Sr. Jesús Gullón Rodríguez.

ción por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid³⁹⁸.

En su Fundamento de Derecho primero se concreta cuál es la cuestión que debe resolver el recurso, a saber: si el hecho de que un beneficiario de Seguridad Social que tenga reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez conlleva que deba reconocérsele de conformidad con lo previsto en el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, «de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad, o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en ultra vires en relación con la autorización normativa concedida en la Ley 26/2011, de 1 de agosto».

El Alto Tribunal entiende que no cabe hacer esa atribución «a todos los efectos» a los pensionistas de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran invalidez porque el art. 4.2 del RD legislativo 1/2013 incurre en «ultra vires» en relación con la autorización normativa concedida por la Ley 26/2011, tal y como entendió la Sentencia recurrida.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo confirma así la Sentencia impugnada, que razonaba que el RD legislativo 1/2013 incurre en ultra vires por haber excedido los límites de la delegación legislativa otorgada al no respetar el contenido del art. 1 de la Ley 26/2011 reconociendo el grado de discapacidad del 33% «a todos los efectos» y no solo a los efectos de esta Ley conforme establecía el art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

El supuesto concreto analizado en la STS de 29 de noviembre de 2018 era el siguiente:

- a) Según consta en los hechos declarados probados en el Sentencia de 22 de septiembre de 2015 del juzgado de lo social núm. 1 de León, en su día el actor había solicitado ante la Junta de Castilla y León (en León) el reconocimiento de grado de minusvalía y, tras la tramitación de oportuno expediente, la Gerencia Territorial de Servicios Sociales en León dictó resolución administrativa con fecha de 12 de junio de 2014, en la que asumía el dictamen propuesta del Equipo de Valoración y Orientación (EVO) del Centro Base de León y reconocía al interesado un grado total de discapacidad del 18%, por discapacidad física y cero puntos por movilidad reducida y no valorable por necesidad de concurso de tercera persona.
- b) Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de León de 13 de noviembre de 2013 se reconoció al actor una incapacidad permanente total para su profesión habitual de albañil derivada de enfermedad común.

398. Recurso de suplicación núm. 712/2016, formulado frente a la Sentencia de 22 de septiembre de 2015 dictada en autos 827/2014 por el juzgado de lo Social nº 1 de León seguidos a instancia del demandante contra la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León (Junta de Castilla y León) sobre grado de discapacidad.

- c) Tras la declaración de la Incapacidad permanente total, disconforme con la valoración de la minusvalía anteriormente realizada y tras presentar la correspondiente reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social, el beneficiario interpuso la demanda en la que pretendía el reconocimiento de un grado de discapacidad igual al 33% contra la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León (Junta de Castilla y León) el día 10 de octubre de 2014. Esta demanda fue estimada íntegramente en la sentencia de 22 de septiembre de 2015 del Juzgado número 1 de León, que declaró que este estaba afecto de un grado de discapacidad del 33%, con efectos del 12 de junio de 2014.

Contra esta sentencia, la Junta de Castilla y León, Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León, interpuso el recurso de suplicación que resolvió la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid en su sentencia de 4 de julio de 2016.

En esta Sentencia, que estima el recurso de la Administración y revoca la sentencia de instancia, se argumenta, en síntesis, que el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre incurre en *ultra vires* por haber rebasado los límites de la delegación normativa otorgada por la Ley 26/2011, por lo que la atribución del 33% del grado de discapacidad a los beneficiarios de incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez debía ser a los efectos de la propia Ley, no «a todos los efectos».

Contra esta Sentencia se formalizó por el actor el recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción que existía entre esta y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 18 de diciembre de 2015, así como la infracción del art. 4.2 RDL 1/2013, de 29 de noviembre. Efectivamente la Sentencia aportada como contradictoria había resuelto un supuesto sustancialmente idéntico³⁹⁹, pues se trataba de un beneficiario de una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual al que se le había reconocido un porcentaje de discapacidad del 19% y pretendía que en vía judicial se le reconociese el del 33%. Esta pretensión había sido acogida en la sentencia de contraste, que aplicó de manera directa la previsión contenida en el art. 4.2 del RDL 1/2013, adoptando, así, una solución contrapuesta a la de la sentencia recurrida en unificación de doctrina.

Una vez comprobada la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 219 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sala de lo social del Tribunal Supremo entra a resolver la cuestión de fondo partiendo de la evolución normativa y jurisprudencial de la atribución automática del grado de discapacidad del 33% a los beneficiarios de las pensiones de Incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez, previo examen de la redacción del derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003 para poder compararla con la del actual art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013.

399. Fundamento de Derecho Segundo.

De esta forma, el Fundamento de Derecho Tercero con respecto a la interpretación del art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, resalta que el alcance de la expresión legal «a los efectos de esta Ley» en él contenida ya había sido objeto de objeto de atención en una abundante jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y que el problema jurídico se había resuelto determinando que la atribución automática de un grado de discapacidad del 33% a quienes tuvieran reconocida la condición de beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez, lo era únicamente «a los restringidos efectos del contenido de esa Ley».

Ciertamente, como indica la STS de 29 de noviembre de 2018, y tal como recuerda la STS de 22/07/2008 (rcud. 726/2008) este criterio jurisprudencial fue recogido en otras muchas SSTs como las de 29 de mayo y 19 de junio de 2007 (rrcud. 113/2006 y 3080/2006) y otras más durante el mismo años 2008. En ellas se entendía que a los efectos de las previsiones de la Ley 51/2003, la acreditación de alguna de las situaciones de incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez posibilitaba la adquisición del grado de discapacidad del 33%, pero para los demás efectos se requería la aplicación del RD 1971/1999 a la hora de establecer el porcentaje correspondiente, aunque se tuviese reconocido uno de esos grados de incapacidad permanente.

En esta doctrina, que se recoge en la Sentencia recurrida y la de contraste comparadas en el recurso de casación para unificación de doctrina, tal como continúa diciendo la STS de 29 de noviembre de 2018, se establecía, en síntesis, lo siguiente: «(que) la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISM, que atribuye a ‘equipos multiprofesionales de valoración’, entre otras competencias, ‘la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación’ (art 10.2.c. LISM). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes».

«El precepto contenido en el art. 2.1 de la Ley 51/2003 despliega, por tanto, plena eficacia en todo el ámbito de material de dicha Ley; es precisamente esto lo que quiere decir la expresión “en todo caso”. Pero no alcanza a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado. Así lo establece el propio art. y apartado de esta Ley, la atribución automática de un 33% de discapacidad a los perceptores de las pensiones de IPT, IPA y GI se circunscribe “a los efectos” de esta norma».

Como indica el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 29 de noviembre de 2018, posteriormente la Ley 26/2011 modificó distintos artículos de la Ley 51/2003. Uno de ellos fue el art. 1.2 «con la intención de adaptar el propio concepto de persona con discapacidad a la contenida en la Convención». Después de su modificación por el art. 1. Dos de la Ley 26/2011 quedó redactado como sigue: «Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias

físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (...)

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Salvo por la sustitución del término «minusvalía» por el de «discapacidad», la redacción de este párrafo coincide con los términos del art. 1.2 de la Ley 51/2003. Y para el Tribunal Supremo esta evidente identidad en los textos «resulta relevante a la hora de analizar si el Real Decreto Legislativo 1/2013 ha incurrido en ultra vires al modificar el contenido literal de este precepto en términos que exceden del mandato recibido del legislador, que en la nueva redacción del precepto mantiene en la Ley 26/2011 de forma expresa la frase «a los efectos de esta Ley», y que es sustituida en el art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013 por la de «a todos los efectos».

Por otra parte, la Ley 26/2011, en su Disposición Final 2^a⁴⁰⁰, encargó al Gobierno elaborar y aprobar «antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad».

En aplicación de lo previsto en la disposición final 2^a de la Ley 26/2011 se dictó el RD 1/2013, de 29 de noviembre, cuya Disposición Derogatoria única de la Ley 1/2013 derogó expresamente las tres Leyes antes citadas que debían ser objeto de la refundición, y estableció en su art. 4.2 lo siguiente: «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, y a los pen-

400. La Disposición Final 2^a de la Ley 26/2011 fue modificada por la Disposición Final 5^a de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (BOE de 27 de diciembre).

sionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos».

Así, el art. 4.2 del RD legislativo 1/2013 se expresaba prácticamente en los mismos términos en que lo hacía el artículo 1. 2 de la Ley 51/2003, al que venía a sustituir, pero incluía en su redacción la expresión «a todos los efectos» en vez de la de «a los efectos de esta Ley». Una sutil diferencia por lo que respecta a la redacción, pero que podía tener repercusiones favorables en materia de protección de los beneficiarios de las pensiones de Incapacidad permanente al ahorrarles el tener que someterse a la valoración de la discapacidad regulada en el RD 1971/1999.

Como resume la STS de 29 de noviembre de 2018, para la sentencia de contraste la redacción del apartado 2º del art. 4 del RD legislativo 1/2013, al incluir la expresión «a todos los efectos», viene a derogar y sustituir la anterior dicción literal del art. 1.2 Ley 51/2003, en la que por el contrario se decía «a los efectos de esta Ley», argumento que le lleva a entender que ya no resulta aplicable la anterior doctrina jurisprudencial que en interpretación del art. 1.2 Ley 51/2003, había concluido que ese reconocimiento del grado de discapacidad del 33% asociado a la declaración de incapacidad permanente total, absoluta y Gran invalidez lo era únicamente a los efectos de dicha ley y no a todos los efectos».

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo analizada considera que la doctrina que resulta correcta es la contenida en la sentencia recurrida «cuando razona acertadamente que el RD Legislativo 1/2013 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada conferido al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido» y que esta modificación es de carácter sustancial «puesto que llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33% «a todos los efectos» a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y Gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido del legislador»⁴⁰¹.

Una cuestión de competencia, clave en la resolución del asunto examinado en la STS de 29 de noviembre de 2018, es la referente al conocimiento por la jurisdicción ordinaria de los excesos en la delegación legislativa atribuibles a los RD Legislativos.

Sobre este extremo, la STS de 29 de noviembre de 2018 señala que el Tribunal Constitucional, entre otras en su Sentencia de 4 de abril de 1984, «ha venido reconociendo la posibilidad de que los excesos en la delegación legislativa achacable a los decretos legislativos puedan ser conocidos en la jurisdicción ordinaria, de manera que en esa sede se identifiquen aquellos extremos en los que la delegación hubiera podido excederse y el juez ordinario pueda atribuir valor de

401. Fundamento de Derecho Quinto.

reglamento a la norma que sobrepase aquella habilitación y entrar a valorarlo para proceder a su inaplicación si resultase *ultra vires*»⁴⁰².

También recuerda que la STC 118/2016, de 28 de julio, concretando más esta cuestión, se ha pronunciado indicando que de nuestro modelo constitucional puede deducirse lo siguiente:

- Que, como regla general, prioritariamente, el control de las disposiciones con rango de ley le corresponde al Tribunal Constitucional y el de las disposiciones reglamentarias es competencia de los Tribunales ordinarios.
- Que lo dicho anteriormente, sin embargo, no impide al Tribunal Constitucional en algunos supuestos controlar normas reglamentarias, ni tampoco excluye a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en todo caso, del control de normas con fuerza y rango de ley, por lo que los órganos judiciales ordinarios están habilitados para controlar disposiciones con fuerza y rango de ley, como sería el caso de los Decretos-legislativos cuando excedan los límites de la delegación incurriendo en *ultra vires*.

En ejercicio de esta facultad, el Tribunal Supremo concluye afirmando que el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no ha respetado el contenido del art. 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, que había ratificado el del art. 2.1 de la Ley 51/2003, por lo que ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa que le había sido atribuida por la primera de las normas. A criterio del Alto Tribunal, la alteración de los términos en la redacción del art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 modifica sustancialmente el texto que debía refundir al haberse sustituido la expresión «a los efectos de esta ley» por la de «a todos los efectos», sin que fuera la intención del legislador extender el «beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%» También subraya que la aplicación del art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013 «conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar»⁴⁰³.

Frente a la línea argumental seguida por la Sentencia de contraste conforme a la cual la redacción del art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013 sustituiría a la del art. 1.2 de la Ley 51/2003, por lo que ya no podría aplicarse la doctrina jurisprudencial anterior que interpretando este último precepto «había concluido que ese reconocimiento del grado de discapacidad del 33% asociado a la declaración de incapacidad permanente total, absoluta y Gran invalidez lo era únicamente a los efectos de dicha ley y no a todos los efectos», el Tribunal Supremo considera que acierta la Sentencia recurrida «cuando razona (...) que el RD Legislativo 1/2013 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada confe-

402. Fundamento de Derecho Quinto.

403. Fundamento de Derecho Sexto.

rido al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido», lo que lleva al Alto Tribunal a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el interesado y confirmar la sentencia recurrida dictada el 4 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid.

6.2. El voto particular contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018

Resulta interesante resaltar que, acogiéndose a lo dispuesto en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, contra la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3382/2016 se formuló voto particular por una Magistrada al que se adhirieron otros dos Magistrados.

En síntesis, el motivo de la discrepancia con el criterio adoptado por la mayoría de la Sala era el siguiente: entender que «el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no contiene una regulación ultra vires, y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33%)».

El referido voto particular lo argumenta diciendo que a partir de la refundición normativa, la equiparación «a todos los efectos» de quienes se encuentran en situación de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez, «se refiere al texto refundido, y ya no a las normas incorporadas en el mismo individualmente consideradas», y ello en cumplimiento del mandato refundidor del legislador, pues la Ley 26/2011, de 1 de agosto, autorizaba al Gobierno para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que habían de ser refundidos. Por tanto, la autorización no se limitaba a la mera formulación de un texto único, que es la otra posibilidad que contempla el art. 82 de la CE.

Mientras el voto mayoritario de la Sala considera que la redacción dada al art. 4 del RD Legislativo 1/2013 altera el ámbito subjetivo que comprendía la Ley 51/2003, en lo que al concepto de discapacitado se refiere y principalmente porque considera que el reconocimiento de los grados de IPT, IPA y GI se equipara al 33% de discapacidad a todos los efectos cuando esa asimilación era solo a efectos de los derechos otorgados en la Ley 51/2003, el argumento que acoge el voto particular es que «no puede estimarse que la asimilación de la IPT, IPA y GI a una discapacidad igual o superior al 33% haya ampliado el campo subjetivo más allá de las previsiones que tenían las normas refundidas, en cumplimiento del mandato autorizado», sino que «lo que se hace es unificar armónicamente el ámbito subjetivo que cada ley tenía, respetando sus respectivos contenidos y, para aglutinar a todos los sujetos destinatarios de todos los derechos que en el Texto se recogen, pero ya desde una perspectiva general y pendiente de desarrollo. El marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido».

Tras una detallada argumentación, el voto particular concluye que el art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013 no incurre en ultra vires, y por tanto, a todos los efectos previstos en dicha norma, quienes hayan sido declarados en situación de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez tendrán «la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en el RD 1971/1999, para que se dicte resolución en la que se indique que tiene el 33% de discapacidad, con base en la asimilación que hace el Texto Refundido»; mientras que si los derechos que se reclaman exigen un grado de discapacidad superior al 33% habrá de acudirse necesariamente al procedimiento previsto en el Real Decreto antes mencionado para que este porcentaje de discapacidad superior al 33% pueda ser otorgado. Además se indica que siendo el porcentaje del 33% el mínimo que otorga la condición de persona con discapacidad, «en caso de que no se alcance, la resolución se limitará a establecer esa circunstancia (art. 2.2 c) del RD 1414/2006), pero no a fijar un porcentaje específico inferior al 33% porque por debajo de este porcentaje no podemos hablar de persona con discapacidad propiamente dicha, ni por asimilación, si no es IPT, IPA o GI». siendo la parte demandante IPT, IPA o GI, debió estimarse su pretensión, por cuanto automáticamente y a todos los efectos tiene la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento del RD. 1971/1999, salvo que se requiera acreditación de un porcentaje determinado de discapacidad». De ahí que, consiguientemente, se estime «que siendo la parte demandante IPT, IPA o GI, debió estimarse su pretensión, por cuanto automáticamente y a todos los efectos tiene la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento del RD. 1971/1999, salvo que se requiera acreditación de un porcentaje determinado de discapacidad».

6.3. La reiteración de la doctrina contenida en la STS de 29 de noviembre de 2018 en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2020

La STS de 12 mayo de 2020 ⁴⁰⁴ reitera la doctrina establecida por la Sentencia de 29 de noviembre de 2018 antes analizada, según la cual el 33% de discapacidad no se atribuye automáticamente a todos los efectos a quienes tienen reconocido un grado de Incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez sino solo a los efectos de la Ley 26/2011, que mantenía la redacción literal del derogado artículo 1.2 de la Ley 51/2003, insistiendo así en el carácter «ultra vires» de la regulación contenida en el art. 4.2 del RD-Legislativo 1/2013⁴⁰⁵.

404. Sentencia núm. 308/2020, de 12 mayo. Recurso de casación para unificación de doctrina 1529/2018. ECLI:ES:TS: 2020:1836. Ponente: Excm. Sra. Dña. Rosa María Virolés Piñol.

405. También reiteran esta doctrina las SSTS de la misma fecha (12 de mayo) siguientes: Núm. 298/2020; rcud. Núm. 4423/2017; ECLI:ES:TS: 2020:1437 (Ponente: Excm. Sra. Dña. Concepción Rosario Ureste García); Núm. 313/2020; rcud.2778/2018; ECLI:ES:TS:2020:1401 (Ponente: Excm. Sra. Dña.

En esta Sentencia, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina, que había sido interpuesto por el demandante contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 31 de enero de 2018, que confirma.

Esta última Sentencia había sido dictada para resolver el recurso de suplicación⁴⁰⁶ interpuesto por el interesado contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2016 del Juzgado de lo Social nº 2-bis de Ciudad Real, que había desestimado la demanda sobre discapacidad formulada por el interesado contra la Delegación Provincial de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha.

En síntesis, la pretensión del demandante, que se encontraba en situación de Incapacidad permanente total para su profesión habitual, era que le fuese reconocido un grado de discapacidad del 67% con carácter definitivo y subsidiariamente que se le considerara afecto de un grado de discapacidad del 33%, el mínimo que podría otorgarle la condición de persona con discapacidad, pero la Delegación Provincial de la Consejería de Bienestar Social de Ciudad Real denegó tal condición al reconocerle un porcentaje de discapacidad del 5%, con carácter definitivo, con base en el dictamen emitido por el Equipo de valoración EVO de Ciudad Real, Contra dicha resolución se formuló reclamación previa y, tras ser desestimada, se presentó la demanda ante el Juzgado de lo Social nº 2-bis de Ciudad Real. Frente a la Sentencia recaída, de fecha 11 de octubre de 2016, el interesado formuló recurso de suplicación que fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en su sentencia de 31 de enero de 2018, confirmando así la sentencia recurrida.

Esta última sentencia fue recurrida en casación para la unificación de doctrina, aportándose como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, de fecha 18 de diciembre de 2015.

El recurso de casación para unificación de doctrina fue admitido⁴⁰⁷, una vez comprobado que concurría el requisito de contradicción que exige para su viabilidad el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social entre la sentencia impugnada y la resolución judicial con la que se compara.

Efectivamente existía una igualdad sustancial en los hechos y en las pretensiones, ya que en ambos supuestos se trataba de un pensionista de Incapacidad permanente total que solicitaban que, por tal motivo, les fuera reconocida auto-

M.^a Luisa Segoviano Astaburuaga); Núm. 306/2020; rcud. 1484/2018; ECLI:ES:TS: 2020:1636 (Ponente: Excmo. Sra. Dña. M.^a Luz García Paredes); Núm. 307/2020; rcud. 1490/2018; ECLI:ES:TS: 2020:1637 (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance); Núm. 302/2020. Recurso de casación núm. 243/2018; ECLI: TS: 1196. (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Sempere Navarro). Esta última STS está comentada por VICENTE PALACIO, M.^a A. en Revista de Jurisprudencia Laboral - Número 6/2020 (consulta on line el día 15 de enero de 2021).

406. Rec. suplicación nº 37/2017.

407. Declarada la procedencia del recurso, la deliberación se llevó a cabo telemáticamente a partir del día 1 de abril de 2020, al estar vigente el estado de alarma declarado con motivo de la pandemia del covid-19.

máticamente la condición de personas con discapacidad a todos los efectos, así como en los fundamentos (artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013), y también una contradicción evidente entre los pronunciamientos de las sentencias comparadas, dado que mientras la sentencia recurrida no reconoció automáticamente la condición de persona discapacitada con un porcentaje del 33% sí lo hacía la sentencia de contraste.

Así, según consta en el Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 12 mayo de 2020, la sentencia recurrida reitera su doctrina sobre la cuestión relativa al reconocimiento de un grado de discapacidad del 33% con base en la declaración de la Incapacidad permanente total efectuada en favor del interesado, conforme a la cual «el artículo 4.2 del RDL 1/2013 incurre en ultra vires al no estar prevista en la autorización legal de refundición de diversos textos normativos la modificación de lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, que solo a los efectos de dicha Ley, y no a todos los efectos ligados a la condición de persona discapacitada, equiparaba a los pensionistas por incapacidad permanente con las personas discapacitadas en un porcentaje del 33% (interpretación avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por ejemplo la más reciente de esta Sala IV del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 2016 (rcud 2026/2014))».

Por su parte, la Sentencia designada como contradictoria, es decir, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de diciembre de 2015, (rec. 4733/2014) «interpreta la norma vigente en relación con la regulación anterior en el sentido de que el término «a todos los efectos» equivale a una declaración de discapacidad con la misma eficacia que la resultante del previo dictamen del EVO; el cual no considera preceptivo cuando el reconocimiento de la discapacidad y su grado viene impuesto por una disposición legal como es el RD Legislativo 1/2013. En consecuencia, se revoca la sentencia de instancia que había apreciado falta de acción y se reconoce el grado de discapacidad del 33%».

El criterio seguido en la sentencia de contraste básicamente puede resumirse como sigue: si la Disposición Final Segunda autorizó al Gobierno para elaborar y aprobar un Texto Refundido en el que se regularizasen, aclarasen y armonizasen distintos textos legales sobre la materia de discapacidad y, en cumplimiento de este mandato, de conformidad con lo establecido en el art. 82 de la Constitución española, el Gobierno aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2013, que fue la norma que derogó la Ley 51/2003, se entiende que el art. 4.2 de la nueva norma que incluye la expresión «a todos los efectos» también deroga y sustituye la dicción literal del art. 1.2 de la Ley 51/2003 que indicaba que era solo «a los efectos de esta Ley», por lo que no resultaría ya aplicable la doctrina jurisprudencial emanada de la interpretación de este artículo según la cual el reconocimiento del grado de discapacidad del 33% —y, consiguientemente el reconocimiento automático de la condición de persona con discapacidad— a quienes tuviesen reconocido el grado de Incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez —solo era a los restringidos efectos de aplicación de esta Ley y no a todos los efectos.

Sin embargo, en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS de 12 de mayo de 2000 se indica que la doctrina correcta es la contenida en la Sentencia

recurrída, que razona, «con acierto, que el que el RD Legislativo 1/2013 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido», reiterando así el criterio jurisprudencial seguido en la STS de 29 de noviembre de 2018 antes analizada.

6.4. Conclusiones

La cuestión planteada en las sentencias del Tribunal Supremo examinadas consiste en determinar si los efectos que el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a quienes son pensionistas de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez se reducen a la posibilidad de hacerlos efectivos en los ámbitos que anteriormente recogía el art. 3 de la Ley 51/2003 y que actualmente prácticamente reproduce el art. 5 del RD Legislativo 1/2013, o, por el contrario, tal reconocimiento sería «a todos los efectos» inherentes a la condición de persona con discapacidad. El criterio jurisprudencial se inclina sin ambages por la primera opción, al considerar que el RD Legislativo 1/2013 se ha extralimitado con respecto al mandato de legislación delegada recibido, de tal forma que el art. 4.2 de la norma incurre en *ultra vires* al haber modificado la redacción del art. 1.2 de la Ley 51/2003 sin que la autorización legal para la refundición de varios textos legales permitiese este cambio, que, por otra parte, ha sido de carácter sustancial al reconocer un grado de discapacidad del 33% «a todos los efectos» a quienes tengan la condición de pensionistas de Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados.

Que el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a los pensionistas de Incapacidad permanente será solo «a los efectos de esta Ley» y no «a todos los efectos», en la práctica los limita exclusivamente a garantizar el cumplimiento de las medidas específicas que permitan la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal, medidas que se aplicarán, además de a los derechos regulados en el Título I del RD Legislativo 1/2013, a los ámbitos reseñados en el art. 5 de dicha norma, que son los siguientes: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las administraciones públicas; f) Administración de justicia; g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico y h) Empleo.

Dicho de otra forma: quien tenga reconocida una Incapacidad permanente total, una Incapacidad permanente absoluta o una Gran invalidez solo obtendría automáticamente la consideración de persona con discapacidad a los limitados efectos que preveía el art. 3 de la Ley 51/2003, tras su modificación por la Ley 26/2011 (actualmente, art. 5 del Real Decreto Legislativo 1/2013), pero este reconocimiento no le otorgaría el derecho al resto de beneficios o ventajas que se derivan de tal condición. Esta circunstancia puede repercutir negativamente en su protección, retrasando el acceso a la misma, ya que para disfrutar de otros beneficios, ayudas o servicios ofrecidos para las personas con discapacidad, salvo que

la norma que los establezca los haga extensibles a los pensionistas de Incapacidad permanente, estos deberían someterse a la valoración de su discapacidad y obtener el reconocimiento de un porcentaje del 33% como mínimo, conforme a lo establecido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad ⁴⁰⁸.

III. INCAPACIDAD PERMANENTE CONTRIBUTIVA/INVALIDEZ. ESPECIAL REFERENCIA A GRAN INVALIDEZ VERSUS SUPUESTO ESPECIAL INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA

Los criterios que se utilizan para valorar las patologías invalidantes en la Incapacidad permanente y en la invalidez difieren sustancialmente. Por tal motivo, el concepto de incapacitado o inválido de la modalidad contributiva no resulta equiparable al de discapacitado de la invalidez no contributiva⁴⁰⁹. Con carácter general, el primero pone el acento en la intensidad de la afectación de las lesiones en la capacidad laboral del beneficiario, mientras que el segundo se centra en las limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales de la persona, con independencia de su aptitud residual para el trabajo⁴¹⁰.

408. A nivel estatal se establecen con carácter general una serie de beneficios a los que potencialmente podrían acceder los pensionistas de Incapacidad permanente. Se trata fundamentalmente de una serie de ventajas de carácter social y fiscal, que se organizan en función de si el porcentaje de discapacidad reconocida está entre el 33% —porcentaje mínimo exigido para poder ser considerado persona con discapacidad— y el 64% o, es igual o superior al 65%.

Entre los posibles beneficios o ventajas asociados a la discapacidad reconocida con un porcentaje del 33 al 64% se encuentran, entre otros, los siguientes: reducciones en la base liquidable del IRPF (debe tenerse en cuenta que no se tributa por IRPF en caso de IPA y GI); bonificaciones en el impuesto de sucesiones y donaciones; reducción de IVA en la adquisición de vehículo destinado al transporte de personas con discapacidad; reducciones los impuestos de circulación y matriculación de vehículos a nombre de personas con discapacidad para su uso exclusivo; reducciones en la adquisición de la vivienda: ayudas para la compra de viviendas de protección oficial; ayudas para adaptación de viviendas en el caso de personas afectadas por incapacidades que limiten su movilidad; ayudas al autoempleo, etc.

Además de los beneficios enunciados anteriormente, los que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%, podrían tener derecho a los siguientes: posibilidad de acceder a la prestación de la modalidad de invalidez no contributiva cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 75% y se precise de asistencia de tercera persona, siempre que se cumplan los requisitos de acceso exigidos; complemento para titulares de prestación no contributiva que viven en una vivienda de alquiler o reducciones en el precio del transporte público (Tarjeta dorada Renfe).

En cualquier caso, conviene tener presente que las ayudas estatales previstas para las personas con discapacidad no solo se prestan por organismos distintos —Agencia Tributaria, Servicio Estatal Público de Empleo (SEPE), IMSERSO, INSS, sino que además pueden variar de un año a otro en concepto y/o en contenido o cantidad.

409. SSTs de 23 de noviembre de 1998, rec. 3998/1997; de 9 de diciembre de 1998, rec. 1575/1998; de 28 de mayo de 2001, rec. 3833/1999 y STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2003, rec. 156/2002.

410. A efectos del reconocimiento de tales situaciones, el foco de atención en la invalidez se sitúa en la capacidad personal del sujeto y en la Incapacidad permanente en su capacidad laboral.

De esta forma, mientras en la Incapacidad permanente el grado, y consecuentemente la protección económica otorgada, se hace depender de la mayor o menor repercusión de las reducciones anatómicas o funcionales en la capacidad de trabajo de los potenciales beneficiarios, en la modalidad no contributiva, a la hora de determinar el grado de discapacidad o enfermedad crónica de estos, su capacidad laboral residual carece de relevancia.

Además, por lo que respecta a las lesiones que pueden tenerse en cuenta existe una diferencia fundamental entre modalidad contributiva y no contributiva de protección que concierne al momento temporal en que aquellas aparecieron. En la modalidad contributiva este dato reviste una importancia tan significativa que puede acabar determinando el acceso o no a una prestación, a diferencia de lo que acontece en el caso de la invalidez donde no tiene relevancia alguna el momento en que las dolencias o enfermedades hubieran surgido.

Esta diferencia obedece al hecho de que mientras la Incapacidad permanente es un concepto profesional, la invalidez no lo es. Por esa razón, en la modalidad contributiva de protección, a la hora de valorar la incapacidad permanente se tiene más en cuenta la forma en que las secuelas que la enfermedad o lesión han dejado en el trabajador influyen en su capacidad de trabajo que el grado de discapacidad que en sí puedan implicar y, por el contrario, es imposible acceder a la pensión de invalidez no contributiva sin tener reconocido como mínimo un 65% de discapacidad o un 75% en el caso del supuesto especial.

1. Los requisitos exigidos legalmente para poder obtener la pensión de invalidez. Diferencias con la modalidad contributiva de protección

A través de la pensión de invalidez no contributiva, la Seguridad Social protege a la persona con una discapacidad en grado igual o superior al 65%, siempre y cuando esté en condiciones de acreditar el cumplimiento del resto de los requisitos legalmente exigidos: de edad, de residencia y de carencia de recursos económicos.

Al respecto, el art. 363.1 LGSS/2015 establece que el beneficiario de la pensión de invalidez no contributiva debe:

Véase GONZÁLEZ DE LA ALEJA (2014): *La invalidez no contributiva. Un estudio jurídico actualizado tras las últimas reformas legales*, Albacete (Ed. Bomarzo), p. 21.

Precisamente el hecho de que lo relevante en el reconocimiento de la invalidez sea la anulación o modificación de la capacidad física, psíquica o sensorial, y no la capacidad de trabajo que le reste al beneficiario es la razón esgrimida por la doctrina para justificar que se mantuviera el término «invalidez» para la modalidad no contributiva después de la modificación introducida por el art. 8. cinco de la Ley 24/1997, de 15 de julio de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (STSJ de Andalucía/Granada de 13 de febrero de 2014 (rec. 2363/2013).

a) Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años de edad⁴¹¹.

b) Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.

c) Estar afectado por una discapacidad o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65 por ciento.

Como se ha dicho, en la invalidez no contributiva no será posible reconocer el derecho a la prestación a aquellos solicitantes cuyo grado de discapacidad resulte inferior al 65%. En este caso, la discapacidad o enfermedad crónica habrá de ser como mínimo del 65% o, en el caso del supuesto especial, equiparable a la situación de Gran invalidez, del 75%. Por el contrario, a efectos de acceder a las prestaciones de incapacidad permanente, la discapacidad de la persona no es un dato a tener en cuenta, salvo que fuera anterior a su afiliación en la Seguridad Social, ya que, en este último caso, no sería posible declarar la existencia de la Incapacidad permanente si la capacidad de trabajo que el trabajador tenía en el momento de su afiliación no hubiera experimentado ninguna disminución. Por lo demás, en la modalidad contributiva el porcentaje del 33% que la norma exige para poder acceder al más leve de los grados de la Incapacidad permanente no hace referencia a un grado de discapacidad, sino a la disminución que como mínimo debe experimentar el rendimiento del trabajador a la hora de desarrollar su profesión habitual.

Por otra parte, la determinación del alcance de la discapacidad o enfermedad crónica padecida por una persona se concreta en la asignación de un porcentaje concreto conforme a los criterios técnicos unificados establecidos en los baremos recogidos en el Anexo I, apartado A RD 1971/1999 Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconoci-

411. La edad que permite obtener la protección de la pensión de invalidez, y también la del complemento especial por necesidad de asistencia de una tercera persona, se fija entre un umbral mínimo y uno máximo: los 18 y los 65 años, respectivamente. Se entiende que cuando se trata de menores de 18 años, la protección tendrá lugar a través de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (recuérdese que la ayuda por hijo menor a cargo con o sin discapacidad se ha integrado desde el 1 de enero de 2021 en el Ingreso Mínimo Vital, por lo que las familias que percibían aquella prestación deberán solicitar el Ingreso Mínimo Vital para continuar percibiendo la ayuda económica), y que cuando el beneficiario sea mayor de 65 años su situación de necesidad debería ser cubierta por la pensión de jubilación no contributiva. Parte de la doctrina ha calificado como «reproducción absurda» de la regulación concerniente a la Gran invalidez esta imposibilidad de acceder a la pensión de invalidez de la modalidad no contributiva después del cumplimiento de la edad de jubilación, «si se tiene en cuenta que en la invalidez no contributiva no existe ningún factor profesional que así lo justifique» (PÉREZ YAÑEZ, R.M. (2007): «La protección social de la discapacidad generadora de la dependencia. VV.AA. en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Dir. CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.) op.cit., p. 410).

miento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁴¹². De este modo, las patologías que se valoran a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez están «absolutamente contempladas en su catalogación y valoración porcentual de forma prácticamente tasadas, sin cotejo valorativo alguno con respecto a su incidencia funcional laboral —al carecer de dicho término comparativo». Precisamente por este último motivo, las declaraciones de discapacidad «no pueden condicionar ni servir de referente valorativo» a las de Incapacidad permanente⁴¹³, en las que las lesiones deben ponerse siempre en relación con la capacidad laboral del trabajador que las padece.

El hecho de que en la modalidad no contributiva la valoración de las patologías se realice con independencia de la repercusión que puedan tener en la capacidad laboral del solicitante constituye el mayor rasgo distintivo con respecto a la modalidad contributiva, pero existe otra diferencia significativa entre la valoración de la invalidez y la de las Incapacidades permanentes, que consiste en la aplicación privativa en la modalidad no contributiva de las tablas de valoración de los «factores sociales complementarios» recogidas en el Anexo I, apartado B del RD 1971/1999, de forma que a efectos de alcanzar el porcentaje mínimo del 65%, una vez valorada la discapacidad y obtenido el porcentaje concreto de esta, se deberá sumar la puntuación obtenida por estos factores, que no guardan relación con la situación funcional del beneficiario, derivada de las limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales, sino con el contexto económico o social en el que el solicitante se desenvuelve⁴¹⁴. La adición de esta puntuación máxima de 15 puntos será posible solo si la valoración del porcentaje de discapacidad ha sido como mínimo de un 25%⁴¹⁵.

d) Carecer de rentas o ingresos suficientes.

Mientras en la modalidad contributiva de la Incapacidad permanente a la hora de otorgar la protección no se tiene en cuenta el patrimonio del solicitante, en la invalidez no solo se tienen en consideración las rentas propias del potencial beneficiario de la pensión, sino también las de su unidad de convivencia.

412. (BOE de 26/1/2000). Esta denominación la recibe de conformidad con el art. Único. 1 del RD 1856/2009, de 4 de diciembre).

Los baremos del Anexo I establecen normas para la valoración de la enfermedad, de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud (Introducción al Anexo I del RD 1971/1999).

413. SSTSJ de las Islas Baleares de 12 de marzo de 2014, rec. 49/2014; de Murcia de 17 de marzo de 2014, rec. 777/2013. También, recalcando el poco margen de discrecionalidad en la apreciación judicial en orden a la calibración porcentual de la discapacidad, véase STSJ de Castilla y León/Burgos de 10 de abril de 2014, rec. 224/2014.

414. Véase GONZÁLEZ DE LA ALEJA (2014): La invalidez no contributiva. Un estudio jurídico actualizado tras las últimas reformas legales, op. cit., pp. 22 y 45.

415. Art. 5.3 RD 1971/1999.

El artículo 363 de la LGSS/2015 exige que la suma de los ingresos y rentas anuales sea inferior a una determinada cantidad⁴¹⁶. A estos efectos, se computarán cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como también los de naturaleza prestacional que tenga la persona beneficiaria o la unidad económica de convivencia en la que esté integrada⁴¹⁷.

Lo anterior significa que aunque el solicitante carezca de rentas o ingresos propios en los términos señalados en el art. 363.1 d) de la LGSS/2015, si convive con determinados familiares se entiende que todos ellos forman una misma unidad económica, y, por tanto, el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes solo se entenderá cumplido cuando la suma de los de todos los integrantes de aquella sea inferior al límite de acumulación de recursos obtenido conforme a lo establecido en los apartados 2 y 3 del art. 363 LGSS/2015⁴¹⁸.

A los efectos anteriormente indicados, se entiende que existe unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquel por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado⁴¹⁹.

416. Se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación a que se refiere el art. 364.1 de la LGSS/2015. De conformidad con este artículo y apartado de la LGSS/2015, la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva será la fijada, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En el año 2021 se entiende que existe carencia cuando las rentas o ingresos de que se disponga en cómputo anual sean inferiores a 5.639,20 euros anuales (Art. 44 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. BOE de 31 de diciembre de 2020. Entrada en vigor: 1 de enero de 2021).

417. La STSJ de Castilla - La Mancha de 20 de marzo de 2017 (JUR 104235) aclara que dentro de las rentas e ingresos «de naturaleza prestacional» que conforme establece el art. 363.5 LGSS/2015 deben computarse se incluyen las prestaciones económicas y en especie otorgadas en aplicación de la Ley de Dependencia, dado que la regla establecida en el apartado 3º del art. 364 de la LGSS/2015 comprende los ingresos que provengan de cualquier tipo de prestación privada o pública, no solo las derivadas de prestaciones de Seguridad Social.

418. Sobre esta cuestión, véase VICENTE PALACIO, A. (2000): «Sobre el alcance o interpretación del concepto de unidad económica de convivencia en las prestaciones no contributivas de S.S (Comentario a la S.T.S de 17 de enero de 2000), Tribuna Social nº 119, pp. 57-62.

Como se ha dicho, en el año 2021 se entiende que existe carencia cuando las rentas o ingresos de que se disponga en cómputo anual sean inferiores a 5.639,20 euros anuales.

No obstante, en el supuesto de unidad económica, únicamente se cumple el requisito anterior cuando la suma de las rentas o ingresos anuales de todos los miembros resulta inferior al límite de acumulación de recursos obtenido conforme a las reglas establecidas en el art. 363, apartados 2 y 3 de la LGSS/2015:

a) Los límites de acumulación de recursos serán equivalentes a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión, más el resultado de multiplicar el 70 por ciento de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno.

b) Cuando la convivencia, dentro de una misma unidad económica, se produzca entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, los límites de acumulación de recursos serán equivalentes a dos veces y media la cuantía que resulte de aplicar lo dispuesto en el apartado anterior.

419. Art. 363.4 LGSS/2015.

2. La finalidad del complemento de Gran invalidez como motivo de la ausencia de su cómputo en los ingresos de la unidad familiar para tener derecho a la pensión de invalidez

Un aspecto analizado por la jurisprudencia es el relativo a si el complemento por Gran invalidez debe ser o no tenido en cuenta a efectos de determinar el límite de acumulación de recursos de la unidad económica de convivencia que condiciona el reconocimiento de la pensión de invalidez no contributiva.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2013⁴²⁰ resuelve, en unificación de doctrina, que el complemento por Gran invalidez no es computable como ingreso de la unidad familiar, a efectos de acreditar el requisito de carencia de rentas que condiciona el derecho a la pensiones de invalidez no contributiva y su cuantía⁴²¹. En el caso analizado, el complemento por Gran invalidez estaba siendo percibido por el cónyuge de la beneficiaria de la pensión no contributiva.

La Sentencia anteriormente referida considera que no cabe duda de que si se atiende a la finalidad del complemento por Gran invalidez este no puede ser computado porque no trata de compensar la pérdida de la capacidad de ganancia que provoca la Gran invalidez, la pérdida de ingresos salariales, sino de ayudar al afectado a retribuir a una persona que le asiste para compensar las consecuencias de su déficits físicos o psíquicos, que le auxilia en la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer u análogos⁴²².

Indica a continuación que aunque el complemento de la prestación por Gran invalidez tiene carácter prestacional y forma parte del sistema la Seguridad Social⁴²³, ello no quiere decir que sea igual al resto de las prestaciones. Así, «las diferentes prestaciones de la Seguridad Social (...) persiguen la protección de los ciudadanos ante la diferentes situaciones de necesidad que puedan sufrir, enfermedad, incapacidad laboral (temporal o permanente), jubilación, etc. (...). Las prestaciones contributivas por incapacidad permanente compensan por la

420. STS 3216/2013, Rec. 1456/2012 (Ponente: José Manuel López García de la Serrana).

421. La existencia de unidad económica no solo repercute en el cómputo de los ingresos que deben tenerse en cuenta para determinar si el solicitante tiene derecho o no a la pensión de invalidez no contributiva, sino que también la convivencia de dos o más miembros de una familia con derecho a pensión no contributiva incide, reduciéndola, en la cuantía individual a percibir por cada uno de ellos. La reducción será mayor cuanto mayor sea el número de beneficiarios integrados en la misma unidad de convivencia. Por ejemplo, en 2021 la cuantía individual para cada uno de ellos varía en función de si son 2 beneficiarios (anual: 4.793,32 euros y mensual: 342,38 euros); si son 3 beneficiarios (anual: 4.511,36 euros y mensual: 322,24 euros); si son cuatro (anual: 4.370,38 euros y mensual: 312,17 euros), etc.

422. Fundamento de derecho segundo.

423. El carácter prestacional del complemento de la prestación contributiva de Gran invalidez ya ha habido sido reconocido por la Sala de lo social del TS en sus sentencias de 27 de septiembre de 2000 (Rcud. 4590/1999) y de 29 de noviembre de 2010 (Rcud. 3355/2009).

pérdida de la capacidad de ganancia y su cuantía se fija en atención al salario perdido por el que se cotizó y a la disminución de la capacidad laboral (...). Pero, cuando se trata de una Gran invalidez, la Ley, (...) además de la pensión vitalicia reconoce un complemento destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende y ayude a realizar los actos que no puede por sí mismo. Por ello, cabe concluir que, aunque tengan la misma naturaleza prestacional, no cabe confundir la pensión vitalicia con el complemento, pues la primera compensa (...) por la pérdida de ingresos derivados del trabajo, mientras que el complemento tiene una finalidad distinta: retribuir a la persona que atiende al gran inválido, la que le ayuda a realizar los actos más esenciales de la vida. El complemento es, pues, un añadido, un suplemento que se concede no como prestación económica, sino para facilitar la vida del gran inválido, para que alguien le ayude a moverse, lavarse, etc. (...).

De esta forma, la Sentencia concluye que el complemento de Gran invalidez percibido por el marido de la demandante no es computable para acreditar el requisito de carencia de rentas que se exige para acceder a la pensión no contributiva. Y ello porque pese a que el art. 144.1, letra d) TRLSS/1994 (actualmente, art. 363.1, letra d) del TRLGSS/2015) estableciera que se considerarían ingresos y rentas computables los que deriven del trabajo, del capital y los de «naturaleza prestacional», debe entenderse que la norma se refiere a las prestaciones que compensan por la pérdida de la capacidad de trabajar.

Esta solución la avala también el art. 12 del RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrollan las prestaciones no contributivas, que establece que son ingresos computables los derivados del trabajo o los sustitutivos de aquel.

Asimismo, el art. 50.2, último párrafo de la LGSS/1994, en redacción dada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que establece que el complemento destinado a remunerar a la persona que atiende al gran inválido no afecta, no es computable, a la hora de determinar el límite mínimo de su pensión vitalicia. Actualmente el art. 59.2, último párrafo de la LGSS/2015, también establece que los pensionistas de Gran invalidez que tengan reconocido el complemento destinado a remunerar a la persona que les atiende no resultarán afectados por los límites establecidos para complementos de pensiones inferiores a la mínima.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los requisitos establecidos en el art. 363.1 LGSS/2015 no solo deben poder acreditarse en el momento en que se solicita la pensión de invalidez, sino también durante el tiempo que se perciba la misma. De esta forma, según establece el apartado 6 del mismo artículo, «las rentas o ingresos propios, así como los ajenos computables, por razón de convivencia en una misma unidad económica, la residencia en territorio español y el grado de discapacidad o de enfermedad crónica condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, la cuantía de aquella»⁴²⁴.

424. Para controlar que efectivamente se sigan cumpliendo los requisitos exigidos para la percepción de la pensión de invalidez, el artículo 368 LGSS/2015 establece una serie de obligaciones de

3. La equiparación entre la Gran invalidez y el supuesto especial de la invalidez

La exigencia de los requisitos anteriormente analizados, propios de las prestaciones de naturaleza no contributiva, constituye una diferencia fundamental entre invalidez e Incapacidad permanente. En este último caso, las exigencias para poder acceder a las prestaciones económicas, sustancialmente diferentes en función del grado y, dentro de estos, de la contingencia de la que derive la Incapacidad, son las propias de las prestaciones de carácter contributivo, básicamente afiliación y alta, aunque excepcionalmente se admita el acceso desde una situación de no alta a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez, y que ocasionalmente se pida la acreditación de un periodo previo de cotización. En modo alguno se tiene en cuenta la capacidad económica del solicitante ni la de los familiares con los que conviva o si reside o no en España durante la percepción de la prestación, ni tampoco el grado de discapacidad en sí mismo considerado, aunque sí tiene cierta relevancia el requisito de la edad cuando se trata de una Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes⁴²⁵.

los beneficiarios: «Los perceptores de las pensiones de invalidez no contributiva estarán obligados a comunicar a la entidad que les abone la prestación cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia y cuantas puedan tener incidencia en la conservación o la cuantía de aquellas. En todo caso, el beneficiario deberá presentar, en el primer trimestre de cada año, una declaración de los ingresos de la respectiva unidad económica de la que forme parte, referida al año inmediato precedente». A diferencia de lo que ocurre en el caso de las prestaciones económicas establecidas por la Ley de Dependencia, donde se tiene en cuenta exclusivamente la capacidad económica del beneficiario; en la invalidez no contributiva se computarán también los recursos económicos de la unidad familiar en la que conviva. Pero además, también a diferencia de lo que se exige tanto para la obtención de la prestación principal como de la complementaria de invalidez, en el supuesto de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia, el nivel de rentas o ingresos no afecta al reconocimiento del derecho a estas, sino a su cuantía, de forma que cuanto mayor sea aquél menor será la cuantía de la prestación que tenga derecho a percibir, y, por lo tanto, mayor será la parte del gasto derivado de la atención y cuidado que deba asumir la persona en situación de dependencia.

425. En el caso de la modalidad contributiva de la Incapacidad permanente no se tiene en cuenta la capacidad económica del beneficiario, ni esta tampoco influirá en modo alguno en el importe de las prestaciones económicas, incluido el complemento por Gran invalidez. Por el contrario, en la invalidez no contributiva el hecho de que la suma de las rentas e ingresos del solicitante y los de su unidad de convivencia no superen el límite de recursos económicos establecido constituye un requisito que determinará no solo la obtención de la prestación principal, sino también de la complementaria, así como su conservación. Además el número de familiares que, siempre que convivan, perciban la pensión no contributiva va a afectar «a la baja» a la cuantía de la pensión percibida por cada uno de ellos, lo que correlativamente redundará, en su caso, en el importe del complemento por necesidad de ayuda de otra persona, que se calcula tomando como referencia la prestación básica.

Como subraya SEMPERE NAVARRO, al ser en las prestaciones no contributivas la carencia de recursos «una condición sine qua non, no tienen cabida aquellas personas dependientes que superan el test de pobreza, que, por otro lado, está fijado en un umbral muy bajo (...)» (SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestión de la Ley», VV.AA. *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las perso-*

Por otra parte, si bien el art. 193.1 LGSS/2015, el primero del capítulo que regula la Incapacidad permanente contributiva, comienza definiendo tal situación, el art. 363.1 LGSS/2015, que encabeza el capítulo relativo a la invalidez, no establece ni un concepto de esta ni da los elementos necesarios para su delimitación. Como se ha visto, simplemente hace referencia a las condiciones o requisitos exigidos a los beneficiarios. Estos pueden ser ciudadanos que no hayan trabajado nunca o trabajadores que hayan cotizado de forma insuficiente y queden, por tal motivo, privados del acceso a las prestaciones económicas de Incapacidad permanente del nivel contributivo.

No obstante, el art. 367.1 LGSS/2015 sí indica qué tipo de lesiones podrán ser constitutivas de invalidez, en términos prácticamente idénticos a los del art. 136.2 LGSS/1994⁴²⁶: «Podrán ser constitutivas de invalidez 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».

La única diferencia apreciable entre el artículo 367.1 del texto actual de la LGSS y el art. 136.2 del precedente está en que en el ahora vigente no se ha considerado ya necesario referir el término invalidez a la modalidad no contributiva de protección y se ha decidido emplear únicamente el de «invalidez» a secas. Por lo demás, la referencia a los requisitos que deben cumplir las deficiencias⁴²⁷ para poder ser constitutivas de invalidez no ha variado.

En definitiva, los beneficiarios lo son tanto quienes padecen una incapacidad para el trabajo como una discapacidad. Tal fue el doble propósito del legislador cuando promulgó en el año 1990 la Ley de prestaciones no contributivas. Por un lado, que las prestaciones económicas establecidas en la LISMI para las personas con discapacidad se integraran en nivel no contributivo del Sistema de la Seguridad Social⁴²⁸ y, por otro, que se diera cobertura también dentro de la Seguridad Social no solo a quien no hubieran trabajado nunca, sino también a aquellos que sí lo hubieran hecho, pero no reunieran los requisitos exigidos para tener derecho a una prestación de Incapacidad permanente

nas en situación de dependencia y Normas Autonómicas (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y coord. CHARRO BAENA, P.), op. cit., p. 92).

426. A diferencia del art. 136.2 del Texto Refundido de la LGSS/1994, que sí los establecía de la siguiente forma: «En la modalidad no contributiva podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes de carácter físico o psíquico congénitas o no que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes la padecen».

427. Conforme a la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, por deficiencia se entiende «toda pérdida o anormalidad de una estructura o una función psicológica, fisiológica o anatómica» (http://www.imserso.es/Interpresent_2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf.)

428. La Disposición Adicional 9ª de la Ley de Prestaciones no contributivas suprimió expresamente los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona previstos en la LISMI y los sustituyó, respectivamente, por la pensión no contributiva de invalidez y por el complemento por necesidad de tercera persona.

del nivel contributivo, señaladamente el relativo a la cotización en aquellos casos en que este se pidiera⁴²⁹.

Indudablemente la protección que otorga el nivel no contributivo no se extiende a todos los ciudadanos afectados por una discapacidad o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento, porque para tener derecho a la pensión de invalidez, el sujeto debe acreditar el cumplimiento de otros requisitos concernientes a la edad, a la residencia legal en territorio nacional durante un periodo de tiempo mínimo, y, como no podría ser de otra forma tratándose de una prestación de carácter asistencial, a la carencia de rentas o ingresos suficientes.

Pero a pesar de las diferencias señaladas existe en la invalidez un supuesto especial equiparable al de la Gran invalidez de la modalidad contributiva, como se verá más adelante. Es el previsto en el art. 364.6 LGSS/2015 para aquellos casos en que el beneficiario necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, y esté afectado por una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75%.

En el art. 364.6 LGSS/2015 la situación de dependencia se describe en términos análogos a los utilizados en el art. 194.6 en la redacción dada por la Disposición Transitoria vigésimo sexta del mismo texto legal para la Gran invalidez.

Prueba de la equiparación entre la Gran invalidez y el supuesto especial de la invalidez es también lo establecido en la Disposición adicional 3^a.2 del RD 357/1991, de 15 de marzo⁴³⁰: «Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de Gran invalidez se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado está afecto de una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida»⁴³¹.

429. Así lo explican ALONSO OLEA; GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I.

Los autores insisten en que la realidad social de quien sufre una incapacidad laboral y quien padece una minusvalía, sobre todo cuando se trata de discapacidades psíquicas graves, no es la misma. Para aclarar este punto ponen como ejemplo el siguiente: «No hay más que comparar un parálítico cerebral, un síndrome de Down (...) con una persona que ha tenido un infarto (...) o que hay padecido un cáncer, pues, aunque son también situaciones muy graves, su realidad social no es la misma; aquéllos, no solo tienen dificultades laborales, sino también educativas y sociales, en su más extensa expresión. Negar esta evidencia implica ir contra la realidad, con lo que ello comporta, (...)» (ALONSO OLEA; GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I. (2009): La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario, Navarra (Ed. Aranzadi), 1^a edición, pp. 61 y 62).

430. El RD 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21 de marzo) está vigente pese a la derogación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (BOE de 22 de diciembre), norma que desarrollaba en materia de pensiones no contributivas. La derogación de la Ley 26/1990 por la LGSS/1994 se produjo con efectos de 1 de septiembre de 1994.

431. Sobre las interrelaciones existentes entre los apartados 2 y 3 de la Disposición Adicional 3^a del RD 357/1991, de 15 de marzo, véase SSTs de 6 de abril de 2006 (rec. 771/2005) y de 13 de febrero de 2007 (rec. 1162/2005).

De esta forma, el legislador equipara automáticamente la situación de Gran invalidez a la de discapacidad en un grado como mínimo del 75 por ciento y presume además que la persona precisa de ayuda de tercero. También, en la misma Disposición, presume afecto de una discapacidad del 65% a quien se le haya reconocido una Incapacidad permanente absoluta. Y ello sin necesidad de aplicar ningún baremo para la valoración⁴³². Por el contrario, la discapacidad reconocida en el ámbito no contributivo no opera en el nivel contributivo como presunción alguna ni de Incapacidad permanente Absoluta ni de Gran invalidez⁴³³.

Para entender este aparente sinsentido, debe tenerse en cuenta que en estos casos de homologación automática de incapacidades laborales con discapacidades en grados tan elevados lo que se habría declarado es una Gran invalidez o una Incapacidad permanente absoluta sin derecho a pensión, porque obviamente en caso contrario, se tendría derecho a la prestación económica otorgada por el nivel contributivo, que resulta incompatible con la de invalidez. Así, la finalidad pretendida por la norma era evitar la desprotección en que quedaban estas personas que no podrían cobrar una prestación económica de la Seguridad Social por no reunir los requisitos requeridos ni tampoco trabajar dado el estricto régimen de incompatibilidad entre trabajo y situaciones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez existente en ese momento⁴³⁴. Sin embargo, cabe recordar que

432. ALONSO OLEA; GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I critican tal homologación automática de situaciones de incapacidad permanente a discapacidad por entender que ello va «en detrimento de las personas con discapacidad» que sí «han de pasar» por la aplicación de baremo (ALONSO OLEA; GARCÍA, B.; LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I. (2009): *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, op.cit., pp. 62 y 63).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que esta presunción contemplada en la Disposición Adicional 3ª. 2 del RD 357/1991 juega solo en el supuesto de que exista un reconocimiento previo, por Resolución del INSS o por Sentencia judicial firme de una Incapacidad permanente absoluta o una Gran invalidez en la modalidad contributiva (sobre este punto, véase STSJ de 28 de noviembre de 2003, rec. 934/2003).

Cabe recordar que la Disposición Adicional 9ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE de 5 de diciembre de 2007) establecía que: «A los efectos de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por un grado de discapacidad en un grado igual o superior al 65%, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces». Por lo tanto, para las personas a las que un juez hubiera declarado incapaz se entendía automáticamente cumplido el requisito relativo al porcentaje mínimo de discapacidad exigido para poder acceder a la invalidez no contributiva. Actualmente, tras la derogación de la Disposición Adicional 9ª de la Ley 40/2007, con efectos del 2 de enero de 2016, por la disposición derogatoria única.16 de la LGSS, ya no opera la citada asimilación.

433. La STS de 28 de mayo de 2001 (RJ 2001,5446), dictada en unificación de doctrina, señala que el supuesto al que remite la Disposición Adicional 3ª 2 del RD 357/1991 es una regla excepcional que tiene por objeto coordinar las dos modalidades de protección, pero no habilita a los órganos judiciales para que recurran al sistema de valoración propio de la modalidad contributiva cuando no haya existido ninguna calificación previa en el procedimiento correspondiente. Anteriormente, en el mismo sentido, las SSTS de noviembre de 1998, rec. 3988/1997 y de 9 de diciembre de 1998, rec. 1575/1998.

434. La Ley 26/1990, actualmente derogada, establecía en su disposición adicional tercera, apartado 1 lo siguiente: «Cuando fuese formulada solicitud de pensión de jubilación o invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, y la misma fuera denegada, la correspondiente Entidad gestora

estos trabajadores sin derecho a pensión tampoco quedaban automáticamente amparados por la pensión de invalidez del nivel no contributivo y su posible complemento por ayuda de tercero, pues la equiparación solo se establecía para el grado de discapacidad o enfermedad crónica, y, por tanto, para poder finalmente obtener la condición de beneficiario se exigía el cumplimiento de los restantes requisitos: de edad, residencia y carencia de rentas.

Actualmente, sin embargo, es doctrina jurisprudencial reiterada la imposibilidad de declarar la incapacidad permanente sin derecho a pensión, por lo que si no se cumplen los requisitos para tener derecho a la prestación económica, fundamentalmente el relativo a la cotización exigida en su caso, simplemente se denegaría el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente, desapareciendo con ello los eventuales problemas de compatibilidad con el trabajo que se planteaban anteriormente cuando solo era posible compatibilizar el percibo de las pensiones de Gran invalidez e Incapacidad permanente absoluta con la realización de trabajos esporádicos o de tipo marginal, quedando extendido este limitadísimo régimen de compatibilidad con el trabajo a quienes fuesen declarados en tales situaciones de Incapacidad permanente, pero sin derecho a pensión.

cursará al Organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva. De la citada remisión se dará oportuna comunicación al interesado.

En tales supuestos, y si se reconociera el derecho a una pensión de Seguridad Social no contributiva, la fecha de efectos económicos de las mismas será el día 1 del mes siguiente a aquella que hubiera correspondido a la pensión contributiva, siempre que el beneficiario cumpliera en dicha fecha los requisitos que condicionan la pensión no contributiva.

En el apartado 2, la misma Disposición adicional tercera precisaba que: «A los efectos previstos en el número anterior se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65 por 100 a quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de Gran invalidez se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado está afecto de una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida».

De esta forma, el primer inciso del apartado 2 de la Disposición adicional tercera de la Ley 26/1990, que empezaba diciendo —«A los efectos previstos en el número anterior (...)»— revelaba que la intención del legislador era facilitar el acceso a la pensión de invalidez no contributiva en aquellos casos en que el INSS se viera obligado a declarar las situaciones de Incapacidad permanente Absoluta o de Gran invalidez sin derecho a prestaciones económicas, evitando a los interesados tener que pasar por una nueva valoración de las lesiones o dolencias.

RODRÍGUEZ INIESTA equipara la situación en que quedaban las personas declaradas inválidos permanentes sin derecho a pensión con la de «muerte civil», porque «automáticamente sería baja en el sistema, se le extinguiría el contrato de trabajo (en el caso de trabajadores por cuenta ajena) y todo ello sin derecho a prestación alguna; y con la dificultad añadida de que la administración de la Seguridad Social cuestionaría un alta posterior con cotizaciones para sanar tal defecto» (RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2017, 4º trimestre): «Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro», op. cit., p. 162).

El criterio de la Administración de no tener en consideración las nuevas cotizaciones se rechazó, entre otras, por la STS de 21 de enero de 2015 (Rec. 127/2014).

En la modalidad no contributiva se podrían distinguir dos tipos de prestaciones, en función del grado de discapacidad o enfermedad crónica reconocido al interesado: una pensión común y otra «especial o cualificada»⁴³⁵. Para tener derecho a la primera de ellas, es suficiente con alcanzar un grado de discapacidad del 65%, mientras que solo se podrá acceder a la segunda si el porcentaje de discapacidad es igual o superior al 75% y la persona, como consecuencia de pérdidas anatómicas y/o funcionales, necesite del concurso de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida. En todo caso, el derecho a ambas prestaciones solo será posible si el interesado cumple con los restantes requisitos exigidos para poder ser beneficiario de la invalidez no contributiva anteriormente referidos: edad, residencia y carencia de rentas.

El supuesto especial, que da derecho a la prestación «cualificada», se contempla en el art. 364.6 LGSS/2015⁴³⁶, que prevé un complemento de la pensión cuando sea necesario el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. La cuantía de este complemento será equivalente al 50% de la pensión de invalidez no contributiva a la que se refiere el primer párrafo del apartado 1 de este mismo artículo, cuyo importe anual se fija en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Se observa que el porcentaje establecido es igual al que se preveía en una regulación anterior para calcular el complemento de Gran invalidez, cuando el porcentaje que correspondía por Incapacidad permanente absoluta —del 100% de la base reguladora— se incrementaba en un 50% destinado a que el gran inválido pudiera remunerar a la persona que le asistía en la realización de los actos más esenciales de la vida⁴³⁷.

435. GONZÁLEZ DE LA ALEJA (2014): La invalidez no contributiva. Un estudio jurídico actualizado tras las últimas reformas legales, op. cit., p. 55, citando a BLASCO LAHOZ, J.F. (1992): La protección asistencial en la Seguridad Social: la ley de prestaciones no contributivas, Valencia (Tirant lo Blanch).

436. Antes art. 145.6 LGSS/1994.

437. El modo de calcular el importe del complemento por Gran invalidez había sido criticado porque, al no atender a la constitución de rentas de activo sino a la compensación de la asistencia de una tercera persona, no era lógico cuantificarlo tomando como referencia la base reguladora que tuviera el trabajador. Por el contrario, se decía, «debería baremarse objetivamente para todos los cuidadores informales (que son los destinatarios últimos del incremento del 50%, al menos conforme al espíritu de la ley) (...)» (MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, op. cit., p. 34, citando a AZNAR LÓPEZ, M. (2001): «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op.cit., pp. 54 y 56). También BARBA MORA había abogado en la primera edición de la obra que se cita a continuación que debía desvincularse el complemento de la pensión, pues «retribuir a la persona que atiende al gran inválido, implica la misma necesidad para un pensionista con una pensión elevada que para quien la reciba en cuantía exigua» (BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op. cit., p. 284). Con respecto a la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007 en el cálculo del complemento de la pensión de Gran invalidez, BLASCO LAHOZ y PIÑERO DE LA FUENTE remarcan el tinte asistencial de la cuantía que se otorga al gran inválido para que pueda ser atendido y, por tal motivo, consideran desaconsejable que tal atención «se haga depender de ese cálculo sinalagmático, que puede conllevar una diferente atención e incluso acogimiento familiar o no del afectado en determinados

Tendrán derecho al complemento de la pensión de invalidez no contributiva las personas que, cumpliendo los requisitos señalados en el apartado 1, a), b) y d) del artículo 363 de la LGSS/2015, estén afectadas por una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por ciento y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

De esta forma, para poder ser beneficiario del referido complemento el porcentaje de discapacidad o enfermedad crónica requerido ha de ser como mínimo un 10% más alto que el establecido para el supuesto general. Por lo demás, salvo que el porcentaje de discapacidad o enfermedad crónica no puede ser inferior al 75% y que, obviamente, debe darse una situación de dependencia que impida la realización de los actos más esenciales de la vida⁴³⁸, las exigencias para tener derecho al complemento son las mismas que para poder acceder a la pensión de invalidez, incluida, por supuesto, la de no superar el límite de recursos económicos establecido.

3.1. Complemento de Gran invalidez versus complemento de ayuda de tercera persona del supuesto especial de invalidez: notas comunes y diferenciadoras

Si comparamos el complemento de Gran invalidez con el complemento de ayuda de tercera persona previsto para este supuesto especial de la invalidez, se observa que la finalidad de ambos es la misma, es decir, cubrir, o por lo menos contribuir, a hacer frente a los gastos que implica la atención y cuidado que requiere la persona en situación de dependencia. No obstante, si bien la LGSS/ 2015, en su art. 196.4, indica expresamente que el complemento de Gran invalidez está «destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda»⁴³⁹, no hace lo mismo en el art. 364.6 con respecto al complemento

casos, dependiendo de esa cuantía (...)» (BLASCO LAHOZ, J.F y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. (2008): *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), p. 56).

438. 15 o más puntos en necesidad de tercera persona.

439. Como subraya SEMPERE NAVARRO el incremento de la pensión de Gran invalidez no atiende a la mayor pérdida de la capacidad laboral, sino a «la concreta y específica situación de necesidad de ayuda por parte de un tercero» (SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley», VV.AA. *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO. A. y coord. CHARRO BAENA, P., op. cit., p. 85). El hecho de que la finalidad propia y específica del complemento de la pensión fuese la remuneración de la persona que atiende al gran inválido avaló la postura de que Gran invalidez no es un grado de Incapacidad permanente y que, por tal motivo, era posible sustituir el incremento del 50% por el internamiento en una institución asistencial pública (SSTS de 6 de julio de 1986, Ar. 5095; 10 de octubre de 1986, Ar. 5438; y 16 de mayo de 1990, Ar.4345). Al respecto, PÉREZ YAÑEZ recalca que se trata de una «prestación afectada», dado que «la misma se reconoce al beneficiario para que éste la destine a una finalidad con-

por necesidad de concurso de otra persona, aunque tal finalidad parece inferirse de su redacción⁴⁴⁰.

También es común a los complementos por necesidad de ayuda de tercera persona de las modalidades contributiva y no contributiva de protección el hecho de que la cuantía de ninguno de ellos tenga en cuenta la gravedad de la dependencia personal. Y si es cierto que en la calificación de la Gran invalidez no existe graduación alguna de tal circunstancia, no ocurre lo mismo en relación con el supuesto especial de la modalidad no contributiva de invalidez, en el que la persona beneficiaria siempre debe haber pasado por la valoración conforme al baremo de la Ley de Dependencia, que distingue tres grados dentro de esta situación. En este último caso lo lógico sería que la cuantía del complemento por concurso de tercera persona tuviera en cuenta el mayor o menor grado de dependencia.

Sin embargo, ni en el incremento de la pensión de Gran invalidez ni en el complemento por ayuda de tercera persona de la invalidez no contributiva se cuantifican las necesidades de atención y cuidado de la persona en situación de dependencia en términos económicos, a partir de una valoración objetivamente establecida. En ninguno de los dos casos se tiene en cuenta la realidad del gasto que conlleva la atención y cuidado a la persona en situación de dependencia, si bien la posibilidad de hacerle frente es mucho más improbable en el caso de las personas amparadas por el supuesto especial de la invalidez.

En definitiva, ni en la modalidad contributiva ni en la no contributiva la cuantía del complemento por necesidad de asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida está en conexión con la retribución que efectivamente le deberá ser abonada al cuidador que ayuda a la persona en situación de dependencia, circunstancia esta que va a complicar sobremanera,

creta y previamente determinada por la ley: en este caso para remunerar a su cuidador (...) El incremento de la prestación tiene (...) el específico propósito de proveer al gran inválido de una cuantía que le permita hacer frente a los gastos derivados de la necesidad de asistencia externa para llevar a cabo los actos esenciales de la vida» (PÉREZ YÁÑEZ, R.M. (2007): «La protección social de la discapacidad generadora de la dependencia. VV.AA. en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Dir. CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.), Navarra (Ed. Aranzadi), op.cit., p. 403). GINÈS I FABRELLAS distingue entre la finalidad de la pensión vitalicia y la del complemento por Gran invalidez. Sobre este aspecto indica que mientras la pensión vitalicia protege «el lucro cesante derivado de la pérdida de rentas salariales asociadas a la situación de incapacidad», (...) el complemento «repara el daño emergente derivado de sufragar los costes de cuidado del trabajador inválido. Es decir, protege la situación de necesidad que sufre el trabajador por precisar la atención de una tercera persona» (GINÈS I FABRELLAS, A. (2012): *Prestaciones de Seguridad Social por contingencias profesionales* op. cit., p. 70). Algunos autores, basando su propuesta en la naturaleza asistencial del complemento por Gran invalidez, han abogado por incorporar dicho incremento adicional al catálogo de pensiones no contributivas (LÓPEZ LÓPEZ, J. y PUMAR BELTRÁN, N. 2003: «Comentario al artículo 139», en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi), p. 950).

440. LÓPEZ LÓPEZ y PUMAR BELTRÁN consideran que el hecho de que, a diferencia de lo que acontece con relación a la Gran invalidez, la norma no haya determinado el destino específico del complemento de la pensión de invalidez permite entender que no tiene por qué quedar necesariamente vinculado a la retribución de quien ayuda a la persona en situación de dependencia (Ibídem, p. 950).

cuando no directamente impedir en muchos casos, la adecuada protección de la situación de necesidad que trata de cubrirse.

Solo una graduación de la dependencia permitiría vincular la cuantía del complemento por Gran invalidez y la del complemento por ayuda de tercera persona a la situación real de dependencia del inválido, esto es, a la concreta necesidad de ayuda precisada por este.

Tampoco hay ni en la modalidad contributiva ni en la no contributiva un control del destino real del complemento. Solo existe una presunción de que existiendo la necesidad de la ayuda, la persona en situación de dependencia deberá destinarlo a remunerar a la persona que le asiste. Por lo demás, la falta de verificación de que el incremento se destina efectivamente a la función que la norma le asigna tiene como primera consecuencia el hecho de que el mismo pase a formar parte del patrimonio del beneficiario de la pensión principal y no del propio del cuidador.

En la Gran invalidez el incremento por asistencia de un tercero complementa una prestación básica o principal, aunque su cálculo, como regla general, no guarde relación con la cuantía de esta, ya que según establece el art. 196.4 LGSS/2015 el importe del complemento destinado a que el gran inválido pueda remunerar a la persona que le atienda será «equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente»⁴⁴¹. Solo en el caso de que el complemento calculado conforme a lo previsto resultase inferior al 45% de la prestación de base, el importe del incremento guardaría relación con la cuantía de la pensión percibida, ya que el mínimo garantizado para el incremento por Gran invalidez es el 45% de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

Puesto que la Gran invalidez constituye un grado autónomo de la Incapacidad permanente, tal situación no debe en la actualidad ir acompañada necesariamente de una situación de Incapacidad permanente absoluta, por lo que es posible que la prestación básica o principal sea también la correspondiente a la Incapacidad permanente total. En este último caso, el importe garantizado para el complemento por necesidad de asistencia de tercera persona se vería significativamente reducido con respecto a la cuantía que como mínimo debería tener

441. Teniendo en cuenta la finalidad del complemento de Gran invalidez, el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social desvinculaba su cuantía de la de la pensión de Incapacidad permanente absoluta. A tal efecto preveía que el importe del complemento por Gran invalidez sería el resultado de sumar al 50% de la base mínima de cotización vigente en cada momento el 25% de la base de cotización correspondiente al trabajador, calculadas ambas en función de la contingencia que originara la prestación. En este Acuerdo, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores, la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa, traía causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004. En él se incluían una serie de compromisos que implicaban modificaciones en normas con rango de Ley.

el incremento de ser la prestación de base la correspondiente a la Incapacidad permanente absoluta. Esto es así porque, a diferencia de la Incapacidad permanente absoluta, en la que el porcentaje que se aplica a la base reguladora para calcular la pensión es del 100%, en la Incapacidad permanente total el porcentaje que se aplica a la Base reguladora para calcular la pensión, del 55%, la reduce prácticamente a la mitad, y ello iría en detrimento de la remuneración de la persona que atiende al gran inválido.

Esta norma que garantiza el 45% de la pensión percibida por el trabajador, sin el complemento, parece pensada para el supuesto de que la situación de Gran invalidez vaya acompañada de una Incapacidad permanente absoluta y no de una Incapacidad permanente total, pues no parece factible que la intención del legislador al establecer tal regla fuera la de causar un hondo perjuicio económico al gran inválido, quien dispondría de un importe muy escaso para remunerar a la persona que le asiste, sino solo la de rebajar en un 5%, en el peor de los casos, el importe del complemento garantizado con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre⁴⁴², que era del 50% de la cuantía de la pensión de Incapacidad permanente absoluta⁴⁴³.

442. BOE de 5 de diciembre. Entrada en vigor: 1 de enero de 2008. Los principales cambios introducidos por la Ley 40/2007 en la materia que nos ocupa fueron las siguientes: 1) Supresión de la posibilidad de sustituir el incremento de la pensión por el internamiento del pensionista en un centro asistencial adecuado; 2) Modificación de la forma de calcular el importe del complemento por asistencia de tercera persona, «resultando ahora de la suma de una cuantía lineal (45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante) y de otra individual (el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente»; 3) Fijación de «una cuantía garantizada o mínima del complemento en cuestión, al margen del resultado a que conduzca la operación matemática antes descrita (en ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador)» (SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley», VV.AA. *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y coord. CHARRO BAENA, P.), op. cit., p. 85).

Como recalca FERNÁNDEZ ORRICO, la reforma también contribuye a aclarar que la Gran invalidez puede proceder de una Incapacidad permanente absoluta o de una Incapacidad permanente total. Además supuso una clara redistribución del complemento de la pensión de Gran invalidez, pues la nueva forma de calcularlo incrementaba la cuantía del complemento correspondiente a las pensiones más bajas y, a cambio, reducía la de las más altas (FERNÁNDEZ ORRICO, F.J (2009): «Análisis de los cambios en la pensión de incapacidad permanente por Ley 40/2007, de 4 de diciembre. En VV.AA. *La reforma de la Seguridad Social (III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social)*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), p.150).

443. El Decreto de 29 de septiembre de 1943 (BOE 27 de octubre de 1943) había fijado el importe de todos los suplementos de ayuda de tercera persona en un 50% del salario total.

Con anterioridad a la Ley 40/2007, el importe del complemento por Gran invalidez dependía siempre del importe de la prestación básica percibida por el trabajador, y resultaba de aplicar un porcentaje fijo del 50% a esa cifra variable, equivalente a la cuantía de la pensión de Incapacidad permanente absoluta. La Exposición de Motivos de la Ley 40/2007, en relación con la modificación del cálculo del complemento de Gran invalidez, indica que la misma pretende desvincularlo del importe de la pensión de Incapacidad permanente absoluta, aunque como se ve la desvinculación no es comple-

Aun así, pretendido o no, ese es el efecto de la conjunción de lo preceptuado en el primer y último inciso del art. 196.4 LGSS/2015, que mantiene la redacción que la Ley 40/2007 había dado al art. 139.4 LGSS/1994. En ellos se establece lo siguiente: «Si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda (...) En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador». Y es que resulta que en los «apartados anteriores» a los que hace referencia el art. 194.1 LGSS/2015, apartados 2 y 3 del mismo artículo, se hace referencia a la pensión de Incapacidad permanente total y a la pensión de Incapacidad permanente absoluta, respectivamente, y no solo a esta última, lo que deja abierta la posibilidad de que el complemento de Gran invalidez tenga que calcularse aplicando el porcentaje del 45% sobre la cuantía de una pensión que resulta de aplicar un porcentaje del 55% a la Base reguladora correspondiente.

Sin embargo, debe insistirse en que esta circunstancia solo se daría en el caso de que el complemento calculado conforme a lo previsto en el primer inciso del art. 196.4 LGSS/2015 resultase inferior al 45% de la prestación de base, calculada sin el complemento, lo que resulta impensable en el momento actual, si se tiene en cuenta que en 2021 la base mínima de cotización en el RGSS, que es la que resulta aplicable en todos los regímenes, es de 1.050 euros/mes, y el importe más reducido de los mínimos garantizados para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, que es el de los beneficiarios con cónyuge no a cargo está fijado en 504 euros/mes, para menores de 60 años, y en 609,60 euros/mes para aquellos cuya edad esté comprendida entre los 60 y los 64 años. De esta forma, en aplicación de la regla prevista en el último inciso del art. 196.4 LGSS/2015, la cuantía mínima garantizada para el complemento de Gran invalidez sería de 226,80 (504 x 45%) o 274,45 (609,90 x 45%)

ta. Pero como indica TOSCANI GIMÉNEZ la medida de solidaridad perseguida por la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, consistente en acercar las cuantías de los complementos de Gran invalidez, «en la práctica supondrá un aumento de las pensiones más bajas y una reducción de las más altas» o, dicho de otra forma, supondrá «un recorte de la gran mayoría de las pensiones de Gran Invalidez, aun cuando es verdad que las más bajas verán incrementado, escasamente, eso sí, el complemento» (TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012): *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch, 2ª edición), pp.137 y 138). Al respecto, también BARBA MORA subraya que «la modificación implica reducir el complemento para las pensiones más elevadas, dejándolo en el 45% de la pensión, que se fija como mínimo, pero al mismo tiempo supone un incremento para las pensiones más bajas» (BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op. cit., p. 284). Asimismo, VICENTE PALACIO resalta la clara ventaja que la nueva forma de calcular el complemento tiene para los beneficiarios con pensiones más bajas, a vez que pone de relieve la posible incidencia negativa que pueda tener para los pensionistas con pensiones más altas (VICENTE PALACIO, A. (2008): «Determinación de la cuantía de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes». En VV.AA. *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, Granada (Ed. Comares), p.188).

euros/mes, respectivamente⁴⁴⁴, y estas cantidades resultan inferiores al 45% de la base mínima de cotización vigente en el año en curso ($1.050 \times 45\% = 472,5$ euros/mes), que es solo una de las dos variables a tener en cuenta para el cálculo del complemento de Gran invalidez.

Por otra parte, resulta chocante que la nueva forma de calcular el complemento establecida en virtud de la Ley 40/2007 siga sin guardar relación alguna con la necesidad real de ayuda de la persona en situación de Gran invalidez o con la graduación de la dependencia que en ese momento ya se recogía en la Ley de Dependencia, promulgada y publicada en el año anterior. Y esta característica, como se ha dicho, es igualmente predicable del complemento por ayuda de tercera persona fijado para el supuesto especial de invalidez de la modalidad no contributiva.

En el caso de la invalidez no contributiva, el complemento de ayuda por necesidad de concurso de otra persona supone un incremento de la pensión básica, pero su concesión, a diferencia de lo que acontece en la modalidad contributiva, no implica el reconocimiento de un grado diferente, cosa que no sería posible en ningún caso, fundamentalmente porque en el nivel no contributivo no se distinguen grados de invalidez⁴⁴⁵. Aquí el complemento por concurso de otra persona sí guarda siempre una relación directa con la cuantía de la pensión de invalidez, pues supone un 50% del importe de esta. Por lo tanto, su importe dependerá de la cantidad que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la invalidez no contributiva conforme a lo establecido en el primer párrafo del art. 364.1 LGSS/2015.

444. La disposición adicional octava, apartado 5º de la LGSS/1994, tras la nueva redacción dada por el artículo 9 Ley 40/2007, estableció que lo previsto en el art. 139 de la LGSS, último párrafo del apartado 2 y apartado 4, se aplicará a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social. A efectos de determinar el importe mínimo de la pensión de Incapacidad permanente total y del cálculo del complemento de Gran invalidez a que se refieren, respectivamente, dichos apartados deberá considerarse como base mínima de cotización la vigente en cada momento en el Régimen General, cualquiera que sea el régimen con arreglo a cuyas normas se reconozcan las pensiones de Incapacidad permanente total y de Gran invalidez.

445. La invalidez no contributiva «no está integrada en un sistema gradual» que haga depender del nivel de disminución de la capacidad funcional del sujeto afectado la mayor o menor protección o las rentas económicas que obtenga por tal motivo. Véase GONZÁLEZ DE LA ALEJA (2014): *La invalidez no contributiva. Un estudio jurídico actualizado tras las últimas reformas legales*, op. cit., p. 21.

Por el contrario, entre otros extremos, en la resolución del director provincial del INSS deberá determinarse el grado de Incapacidad permanente y la cuantía de la prestación. El grado de Incapacidad permanente contributiva reconocido por el INSS va a determinar el tipo de prestación económica y la forma de proceder a su abono. En el caso de la Incapacidad permanente parcial, la prestación económica correspondiente será siempre una indemnización; en la Incapacidad permanente total si el perceptor es menor de 60 años podrá optar entre pensión o indemnización, si bien al cumplir los 60 años pasará a percibir la pensión con las revalorizaciones correspondientes. Por último, en los grados de IPA y GI, las prestaciones económicas correspondientes siempre serán pensiones.

Además, la cuantía de estas prestaciones económicas no solo estará en función del grado de Incapacidad permanente reconocido, sino que a igual grado, siendo el beneficiario la misma persona, la prestación será mayor cuando la causa de la incapacidad sea profesional.

La cuantía del complemento por necesidad de ayuda de tercera persona se calcula sobre una prestación básica de cuantía escasa y, por tal motivo, siempre ha sido a todas luces exigua, claramente insuficiente para cubrir la atención de la situación de dependencia en que se encuentra el beneficiario del mismo⁴⁴⁶. Además debe recordarse que otras dos circunstancias dificultan todavía más que efectivamente este reciba en las condiciones debidas la ayuda que precisa para realizar los actos más esenciales de la vida: una es que solo se reconoce el derecho al referido complemento si los ingresos o rentas de la unidad económica de convivencia no superan una cantidad que se ha establecido en una cifra muy baja, por lo que puede darse por hecho que si el solicitante cumple tal exigencia es porque ni él ni los familiares con los que convive disponen de medios económicos para acceder a otras ayudas alternativas o complementarias a la otorgada por el propio complemento. La otra es que la cuantía de este, igual que la del complemento de Gran invalidez, deberá deducirse de las prestaciones económicas reconocidas al amparo de la Ley de Dependencia, pues ambas son consideradas por el artículo 31 de dicha norma prestaciones de análoga naturaleza y finalidad a las en ella establecidas.

3.2. La equiparación del gran inválido con el inválido dependiente en cuanto a la imposibilidad de sustituir el complemento por su internamiento en un centro asistencial

Otra circunstancia que en su momento hizo de peor condición al inválido dependiente con respecto al gran inválido, fue el hecho de que en la modalidad no contributiva de invalidez nunca se contempló la eventual sustitución del complemento por el alojamiento y cuidado del inválido en régimen de internado en una institución asistencial⁴⁴⁷.

446. En 2021, la cuantía del referido complemento es de 2.819,60 euros/año. Este se hará efectivo en 14 pagas, 12 ordinarias y 2 extraordinarias, por lo que el importe de cada una de ellas por tal concepto será de 201,40 euros.

447. Ya el art. 2 de la Orden de 17 de octubre de 1945 (BOE de 27 de noviembre de 1945) permitía sustituir la indemnización complementaria por Gran invalidez del seguro obligatorio de accidentes de trabajo, que había sido fijada en un 50% del salario en el Decreto de 29 de septiembre de 1943, por el internamiento en un establecimiento sanitario adecuado. Para que esto fuera posible era necesario que constará la opción libre del interesado en favor de ingresar en la institución sanitaria y no percibir, por tanto, el incremento de renta. Si a juicio de los facultativos, el interesado no pudiese manifestar su voluntad en tal sentido, libre y conscientemente, la misma podría ser sustituida por la de sus familiares más próximos. En estos casos el patrono, o la compañía de seguros, debía hacer frente a los gastos de alojamiento, alimentación y ayuda en el establecimiento sanitario, sin la limitación del 50% del salario. El internamiento, que podía resultar más beneficioso para el beneficiario que el percibo de la indemnización, «era de carácter más bien excepcional» (BAVIERA PUIG, I. (2007): *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, op. cit., p. 152, citando a PÉREZ BOTJA, E. (1960), *Alcance de la protección al gran inválido (Sentencia 27 de enero de 1960)*, RGLJ, Tomo XL, pp.841-842).

Con posterioridad, el art. 12.5 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General

Cabe recordar que la sustitución del incremento económico por el internamiento del gran inválido solo fue posible mientras la cuantía del complemento por Gran invalidez era del 50% de la pensión de Incapacidad permanente absoluta. En estos casos, era factible a petición del inválido o de sus representantes legales, autorizar, siempre que se considerase conveniente en beneficio de aquél⁴⁴⁸, su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución

de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE de 30 de diciembre de 1966) y el art. 18 de la Orden de 15 de abril de 1969 (BOE de 8 de mayo), en desarrollo de este Reglamento General en materia de prestaciones de invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, dispusieron que el internamiento debía pasar a ser en una institución asistencial de la Seguridad Social.

Como indica MALDONADO MOLINA, el hecho de que el internamiento debiera producirse en una institución de la Seguridad Social limitaba «considerablemente las posibilidades de atender la solicitud», fundamentalmente porque la mayoría de los centros residenciales se encontraban a cargo de entes locales o autonómicos. Por tal motivo, se hacía aconsejable, a criterio del autor, una modificación de la Ley que permitiera admitir el internamiento «en cualquier institución pública, e incluso privada para los supuestos de ausencia de plazas residenciales públicas» (MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, op. cit., p.35).

Por último, el art. 92 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1996), sobre Asistencia al gran inválido, dio nueva redacción al art. 139.4 de la LGSS/1994, quedando redactado su párrafo 2º en los siguientes términos: «A petición del gran inválido o de sus representantes legales podrá autorizarse, siempre que se considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento a que se refiere el párrafo anterior por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos».

Como indica VICENTE PALACIO con la nueva redacción legal se puso fin a la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia, de conformidad con la cual la Entidad Gestora debía hacerse cargo de los gastos que ocasionaba el internamiento del gran inválido en instituciones de carácter privado cuando no fuera posible su ingreso en una institución pública, circunstancia que solía deberse a la inexistencia de esta última (VICENTE PALACIO, A. (2008): «Determinación de la cuantía de las prestaciones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes». En VV.AA. *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*, op.cit, p.189).

448. De conformidad con el art. 18 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 debían ser la Entidad Gestora o la Mutua, si hubiera sido esta la que hubiera tenido a su cargo la protección de la invalidez, quienes autorizaran la sustitución del incremento de la pensión por el internamiento. Así, el art. 18 de la Orden de 15 de abril de 1969 establecía lo siguiente: «La situación de invalidez, en el grado de Gran invalidez, dará derecho, a quienes reúnan las condiciones establecidas en el artículo 19, a la prestación económica que se señala en el artículo anterior para el de incapacidad permanente absoluta, incrementándose la pensión en un 50 por 100 destinado a remunerar a la persona que atienda al inválido».

La Entidad gestora o la Mutua Patronal, en su caso, que hubiera tenido a su cargo la protección de la incapacidad podrá autorizar, a petición del gran inválido o de sus representantes legales y siempre que lo considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento a que se refiere el párrafo anterior, por el alojamiento y cuidado del inválido, a cargo de dicha Entidad o Mutua Patronal, en régimen de internado, en una Institución asistencial.

Como recalca GARCÍA NINET lo que se concedía por Gran invalidez era una pensión equivalente al 50% de la base reguladora de la Incapacidad permanente absoluta, y con ese presupuesto se interna al inválido si conviene (GARCÍA NINET, J.I. (2000): «Situaciones protegidas: incapacidad temporal, incapacidad permanente y supervivencia. Régimen jurídico de las prestaciones y revisión de las incapacidades», en GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M. (Coordinadores), *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, op. cit.,

asistencial pública del sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos.

Esta diferencia de trato entre inválidos dependientes de la modalidad no contributiva y grandes inválidos desapareció tras la reforma operada en art. 139.4, párrafo 2 de la LGSS/1994 por la Ley 40/2007, que equiparó la situación de unos y otros al suprimir la posibilidad de sustituir el incremento de la pensión de Gran invalidez por el internamiento del gran inválido en una institución asistencial pública del sistema de la Seguridad Social, hasta ese momento posible⁴⁴⁹. De esta forma, a partir de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, la protección que ofrece la Seguridad Social de las situaciones de dependencia pasó a ser solo de carácter económico⁴⁵⁰.

La supresión de la posibilidad de sustituir la prestación económica, el complemento por Gran invalidez, por una de servicios, el internamiento del gran inválido en una institución asistencial pública del sistema de la Seguridad Social⁴⁵¹, encontraría su justificación en el hecho de que en ese momento ya esta-

p. 485; GARCÍA NINET, J.I. (2000): «Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez», *Tribuna Social*, op. cit., p.6). En el mismo sentido, SEMPERE NAVARRO indica que la conveniencia del internamiento del gran inválido quedaba a criterio de la Entidad Gestora (SEMPERE NAVARRO, A. (2008): «Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley», VV.AA. *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A. y coord. CHARRO BAENA, P.) op. cit. p.82).

449. A partir de 1 de enero de 2008, el complemento por Gran invalidez dejó de fijarse en un 50% y desapareció la posibilidad de ingreso en una Institución asistencial (JOVER RAMÍREZ, C. (2008): «La incapacidad temporal y permanente tras la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social» en *Revista Temas Laborales*, n° 94, p. 150, citado por BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op. cit., p. 284).

450. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE critica el hecho de que la actual protección que ofrece el sistema de Seguridad Social de las situaciones de dependencia sea de carácter exclusivamente económico, pues «lo que necesita el enfermo no es una protección de este tipo, sino una asistencia de carácter personal concretada en la asistencia de otra persona porque la enfermedad que tiene le impide valerse por sí mismo» (MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2008): «Delimitación conceptual de la dependencia». VV. AA, *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas*, op. cit., p. 163).

451. El art. 18 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 establecía que la petición podía formularse en cualquier momento y que tanto el gran inválido como sus representantes legales podían decidir con carácter vinculante para la Entidad Gestora o para la Mutua que a partir de ese momento la sustitución quedara sin efecto y se retomara el percibo del incremento de la pensión.

Sobre la libertad de solicitar en cualquier momento la sustitución del incremento de la pensión por el internamiento en una institución asistencial y de desistir también en cualquier momento de tal decisión, véase AZNAR LÓPEZ, M. (2001): «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op. cit., p. 54, citado por MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, op.cit., p. 34).

Con posterioridad, el art. 139.4 LGSS/1994 permitiría, a petición de las personas en situación de invalidez o de sus representantes legales, sustituir el incremento de la pensión del 50% por el internamiento en una institución asistencial adecuada, a cargo de la Seguridad Social. Tras la modificación del referido art. 139.4, párrafo 2º LGSS/1994 por el art. 92 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de

Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre de 1996), la redacción del mismo quedó establecida en los siguientes términos: «A petición del gran inválido o de sus representantes legales podrá autorizarse, siempre que se considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento a que se refiere el párrafo anterior por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos». De esta forma, la institución asistencial sería pública y financiada con cargo a los presupuestos de la Seguridad Social.

VENTURA PRAT resalta que la sustitución desapareció formalmente de la financiación de la acción protectora de la Seguridad Social (en el nivel nacional) después de la modificación del art. 86.2 de la LGSS/1994 por el art. 69 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre (31 de diciembre), por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. En opinión del autor, a raíz de ello, la Dirección General del INSS (Instr. de 5 de junio de 2002, de la Subdirección. General de Prestaciones) «coligió apresuradamente (...) que en tal razón quedaba afectado el párr. 2º del art. 139.4 del propio Texto Refundido. Sin perjuicio de ello, la redacción de este último se mantuvo vigente hasta su supresión por el art. 2. Tres LMSS 40/2007, de 4 de diciembre».

Para ilustrar el hecho de que la sustitución desapareció formalmente tras la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, el autor reseña las Sentencias del TSJ de Aragón de 3 de julio de 2002 (JUR 2002/204956) y del TSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2002 (AS 2002/ 3565).

En la primera de ellas, el INSS, pese a asumir la condición de gran inválido del trabajador, había denegado el incremento de la pensión por hallarse el beneficiario ingresado en una residencia privada. En su fundamento de derecho 2º, la STSJ Aragón de 3 de julio de 2002 señala lo siguiente:» El complemento de pensión es de titularidad del gran inválido y éste (o quienes tengan responsabilidad de su cuidado, o representantes) tanto pueden buscar la atención en persona o personas determinadas, como por medio de centros de asistencia particular, con lo que nunca quedará desviada la razón final a que se ordena el complemento de pensión. Solo si se opta por la posibilidad de —y existe el centro de acogida— de acudir a institución asistencial pública (...) es posible la sustitución del incremento de la pensión en estos casos, lo cual es razonable, por cuanto con ello —normalmente con más coste a cargo de los presupuestos públicos— se atiende a la finalidad legal asistencial...».

También en la Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2002 se conocía de un supuesto en el que el gran inválido se hallaba interno en una Institución externa al Sistema de la Seguridad Social y el INSS pedía reintegro del complemento de la pensión a cargo de la Mutua responsable, a partir del 1 de enero de 1997 (fecha en la que entró en vigor la modificación del art. 139.4 LGSS/1994 anteriormente referida). En esta ocasión, la Sentencia desestima el recurso del INSS por entender que no procede la retroactividad. Así, en el párrafo 7º del fundamento de derecho único argumentaba que en ninguna de las disposiciones transitorias de la LMF/96 se hace «mención expresa a un derecho (...) que «causado» con anterioridad a su entrada en vigor, se ha visto limitado en los términos resultantes de su texto vigente no puede aplicarse (...) la restricción que incorpora a una prestación que, además de declarada y devengada bajo la vigencia de la normativa anterior (sin perjuicio de su anual abono), el propio Instituto recurrente siguió reconociendo en la forma que ahora impugna: durante los dos años que siguieron a su modificación» (VENTURA PRAT, J. M.^a (2009): *Jurisprudencia de Seguridad Social*, op. cit., pp. 394 y 395).

También para BAVIERA PUIG, La Ley 21/2001, de 27 de diciembre, al desvincular la financiación de las instituciones públicas asistenciales, transfiriendo su gestión a las Comunidades Autónomas, dejó vacío de contenido lo preceptuado en el art. 139.4 LGSS/1994. (BAVIERA PUIG, I. (2007): *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, op. cit., pp. 167 y 168).

Por su parte, MALDONADO MOLINA advertía que el hecho de que el internamiento debiera de realizarse en una institución de la Seguridad Social limitaba en gran medida las posibilidades de atender las solicitudes de sustitución. Esta limitación, decía el autor, venía dada principalmente por el hecho de que la mayor parte de los centros residenciales estaban «a cargo de entes locales o autonómicos», y

ba prevista la puesta en marcha de la red pública de servicios proporcionada por el SAAD, de los que el gran inválido, en su condición de persona dependiente, podría beneficiarse⁴⁵². Sin embargo, en ese momento la creación de dicha red todavía «necesitaría importantes inversiones y esfuerzos durante bastante tiempo»⁴⁵³.

3.3. La imposibilidad de acceder a los complementos después de la edad de jubilación

El complemento de GI no se puede obtener después de cumplir la edad de jubilación⁴⁵⁴, pero se conserva si se ha obtenido antes de ese momento. Por el contrario el complemento de ayuda ni se puede obtener ni se conserva después de los 65 años, fecha en que la pensión de invalidez no contributiva se transforma en otra de jubilación no contributiva⁴⁵⁵.

aconsejaba «una modificación de la ley admitiendo el internamiento en cualquier institución pública, e incluso privada para los supuestos de ausencia de plazas residenciales» ((MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, op.cit., p. 35).

No debe confundirse el internamiento en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social con el cuidado en una institución sanitaria pública, por lo que en este caso no procedería el reintegro de gastos (STSJ Andalucía 23 de julio de 1999 (AS 1999,4080).

452. Como subraya TOSCANI GIMÉNEZ, la supresión de la posibilidad contemplada en el párrafo 2º del art. 139.4 LGSS/1994 estaría justificada en el hecho de que se trataba de abandonar el ámbito de la Seguridad Social para trasladarlo a las prestaciones del Sistema de Dependencia (TOSCANI GIMÉNEZ, D. (2012): *El régimen de las pensiones de incapacidad permanente: derechos y obligaciones de solicitantes y beneficiarios*, op.cit, p.139). También BARBA MORA indica que se puede presuponer que la desaparición de la facultad de optar entre incremento e internamiento responde a la entrada en vigor de la Ley de Promoción de la Autonomía y Atención de las personas en situación de dependencia, dado que la misma «contempla en el catálogo de servicios de atención residencial concretamente en centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad» (BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op.cit., p. 284).

453. RODRÍGUEZ CABRERO, G. (2008): «Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales». VV. AA, *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas*, op. cit. p.45.

También MONTERO SOLER hace hincapié en el hecho de que la oferta de los distintos servicios sociales debía «aumentar muy rápidamente para poder ajustarse al cronograma de aplicación de la Ley (de Dependencia)», ya que era poco probable que el número de centros públicos gestionados directamente por la Administración pudiera asumir el incremento de la oferta. De hecho, el art. 16. 1 de la LD incluía también dentro de la Red de centros del sistema público del SAAD a los «centros privados concertados debidamente acreditados» (MONTERO SOLER, A. (2007): «La atención a la dependencia en España: razones para una reforma ineludible. VV.AA. en *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Dir. CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.), op. cit., p. 87).

454. Véase un estudio exhaustivo sobre esta cuestión en BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. (2015): *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Barcelona (Ed. Atelier).

455. Debe tenerse en cuenta que la pensión de invalidez no contributiva es incompatible con la de jubilación no contributiva. También lo es con las pensiones asistenciales (PAS); los subsidios de Garantía de Ingresos Mínimos y por ayuda de tercera persona contemplados en el Texto Refundido de

Dicho de otra forma, no solo no es posible causar derecho al complemento de la pensión de invalidez no contributiva a partir de los 65 años, sino que cuando el beneficiario cumpla dicha edad no podrá consolidar la cuantía de esta prestación complementaria. Y ello porque el complemento de la pensión no es parte integrante de esta, y, conforme establece el art. 367.3 LGSS/2015, la conversión solo opera con respecto a las pensiones de invalidez, que una vez cumplida la edad referida anteriormente, se convierten en pensiones de jubilación, sin que ello afecte al complemento por necesidad del concurso de una tercera persona.

Así se desprende del art. 367.3 LGSS/2015, que establece lo siguiente: «Las pensiones de invalidez pasarán a denominarse pensiones de jubilación cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años. La nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniesen percibiendo».

Como se ve, el citado artículo y apartado no solo no hace referencia en ningún momento al complemento por ayuda de tercera persona, sino que establece, «en singular», que el cambio en la denominación no supondrá ninguna modificación en cuanto a las condiciones «de la prestación» que se estuviese percibiendo, lo que parece reafirmar la intención del legislador de dejar fuera de la consolidación el incremento previsto para el supuesto especial del art. 364.6 LGSS/2015 una vez cumplidos los 65 años.

4. La interrelación entre los distintos procedimientos de calificación y valoración de las situaciones de Incapacidad permanente e invalidez

Los procedimientos de calificación y valoración de las situaciones de Incapacidad permanente e invalidez son distintos. Cada una de las dos modalidades de protección tiene un procedimiento propio de calificación.

No obstante, la Disposición adicional tercera del RD 357/1991 establece en su apartado primero un elemento de conexión entre la modalidad contributiva y la no contributiva que posibilita iniciar de oficio el procedimiento de reconocimiento del derecho a la pensión no contributiva cuando el INSS deniegue la solicitud de la pensión de Incapacidad permanente de la modalidad contributiva. En estos casos, la Entidad Gestora deberá cursar al organismo encargado del reconocimiento del derecho a la pensión no contributiva de invalidez copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa con-

la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el RD legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, así como en la condición de causante de la Asignación Económica por Hijo a cargo o menor acogido.

En 2021, la pensión de invalidez no contributiva es compatible con el salario por trabajo hasta un límite de 12.418,00 euros anuales. Si se supera dicha cantidad la pensión se minorará para no sobrepasar el límite establecido, que es la suma de la cuantía de la pensión no contributiva, más el indicador público de rentas de efectos múltiples (IPREM).

formidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de aquella. Esta remisión deberá ser comunicada al empresario.

La previsión normativa referida no presupone en modo alguno el derecho al reconocimiento de la pensión no contributiva de invalidez en caso de ser denegada la solicitud de la pensión de Incapacidad permanente, sino tan solo la posibilidad de iniciar de oficio, previa conformidad del interesado, el procedimiento para el otorgamiento de la pensión de invalidez⁴⁵⁶. Para que esta pueda ser finalmente reconocida será necesario tramitar el correspondiente expediente, previa comprobación de que el interesado cumple todos los requisitos establecidos en el art. 363.1 LGSS/2015⁴⁵⁷.

Por lo demás, la valoración en el caso de la invalidez no contributiva difiere totalmente de la utilizada en el caso de las incapacidades laborales permanentes. Así, el procedimiento a seguir para el reconocimiento de la pensión de invalidez es el establecido en los artículos 22 a 25 del RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que las estableció en la Seguridad Social⁴⁵⁸; en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre⁴⁵⁹ y en el RD 286/2003, de 7 de marzo⁴⁶⁰, que establece la duración de los plazos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social; mientras que en el caso de las incapacidades permanentes el procedimiento a seguir es el establecido en el RD 1300/1995, de 21 de julio⁴⁶¹, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del

456. Como señala MALDONADO MOLINA, esta conexión existente entre el nivel contributivo y el no contributivo dota al sistema de la Seguridad Social de «coherencia interna, pero sin que ello signifique que haya dependencia normativa del nivel asistencial hacia el contributivo, ya que cada nivel tiene su procedimiento autónomo de calificación de la incapacidad, siendo competencia de órganos adscritos a administraciones diferentes». (MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, op. cit., pp. 35 y 36).

457. En estos supuestos, si finalmente se reconociera el derecho a la pensión de invalidez no contributiva, la fecha de efectos económicos de la misma será el día 1 del mes siguiente a aquella que hubiera correspondido a la pensión contributiva, siempre que el beneficiario cumpliera en dicha fecha los requisitos que condicionan la pensión no contributiva (Segundo párrafo del apartado 1 de la Disposición adicional tercera del RD 357/1991)

458. BOE 22 de diciembre de 1990.

459. RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE de 26 de enero de 2000).

460. BOE de 8 de abril de 2003.

461. BOE de 19 de agosto de 1995.

El Real Decreto 1087/2015, de 4 de diciembre, regula el procedimiento, condiciones y alcance del reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia para el personal de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado derivado de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 12 de diciembre de 2015). Por medio de este real decreto se procede al desarrollo reglamentario de lo dispuesto en la Disposición adicional tercera de la LGSS/2015, para el citado colectivo, en materia de incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Dicha Disposición, que trae causa del artículo 20 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, recoge la inclusión obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social, con efectos del 1 de enero de 2011, del personal que se relaciona en el artículo 2.1, con excepción del

sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁴⁶².

Además del procedimiento de calificación, también son diferentes los órganos competentes para resolver sobre el derecho a percibir o no las prestaciones económicas correspondientes según se trate de la modalidad contributiva o de la no contributiva, y están adscritos a administraciones distintas. En la Incapacidad permanente el reconocimiento corresponde al director provincial del INSS, mientras que la gestión y el reconocimiento del derecho a percibir una pensión no contributiva se realiza por las Comunidades Autónomas (en adelante, CC.AA), que tienen transferidas las funciones y servicios del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Solo en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla se hace directamente por esta Entidad Gestora.

En el caso de la invalidez no contributiva, para determinar el grado de minusvalía o enfermedad crónica, se requiere el dictamen previo de los Equipos de Valoración y Orientación de las Direcciones provinciales del IMSERSO o de los órganos correspondientes de las CC. AA con transferencias en la materia⁴⁶³.

Una diferencia fundamental reside en el hecho de que en la invalidez no contributiva la calificación se basa en baremo/s aprobado/s al efecto, mientras que en la Incapacidad permanente no existe baremo alguno al que ceñirse, ni siquiera para reconocer el grado de Gran invalidez, para lo que podría resultar particularmente adecuado.

De esta forma, a efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, el grado de discapacidad o de enfermedad crónica padecida, que no puede ser inferior al 65%, se determina valorando tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la persona, como los factores sociales complementarios, que se gradúan en una escala de valores que va de cero a quince puntos, mediante la aplicación de los baremos contenidos en el Anexo I

comprendido en la letra i), del texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a los efectos exclusivos de lo recogido en dicha norma y en sus disposiciones de desarrollo.

Principalmente, como establece la Disposición adicional tercera de la LGSS/2015, se trata de respetar para el personal militar y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el régimen de las pensiones extraordinarias previsto en la normativa de Clases Pasivas del Estado, para que en los supuestos de incapacidad permanente o fallecimiento en acto de servicio o como consecuencia de atentado terrorista, tengan derecho a la pensión que corresponda conforme a la normativa del Régimen General de la Seguridad Social así como a un complemento extraordinario de pensión equivalente a la diferencia entre el importe de la pensión por contingencias profesionales de la Seguridad Social y la cuantía de la pensión extraordinaria que por el mismo hecho causante hubiere correspondido en aplicación de las normas del Régimen de Clases Pasivas del Estado. Dicho complemento extraordinario se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. También se prevén determinadas especificidades relacionadas con los tribunales médicos para la declaración de la incapacidad o inutilidad del funcionario.

462. BOE de 31 de diciembre.

463. La solicitud de pensión podrá presentarse por medios electrónicos o en papel en las oficinas de servicios sociales de las CC. AA, del IMSERSO o en cualquier otra de la Seguridad Social, en las que se facilitará el impreso correspondiente o por correo.

del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Se trata de unos baremos desfasados y cuya su aplicación reviste una gran complejidad⁴⁶⁴. Prueba de ello es que el art. 30 de la Ley 39/2006 incluya dentro de las causas de revisión del grado de dependencia el error en la aplicación del baremo. Se admite así la revisión con base en el hecho de que los órganos de la Administración encargados de aplicarlo no hayan sabido hacerlo correctamente, circunstancia esta que no se da ni en la valoración de las Incapacidades laborales (art. 200 LGSS) ni en la de las discapacidades (art. 11 RD 1971/1999, de 23 de diciembre), lo que abre las puertas a una discrecionalidad en la valoración que contradice el propósito de objetividad y seguridad jurídica en la valoración atribuible los baremos⁴⁶⁵.

Cuestión distinta es la valoración de la necesidad de concurso de otra persona para el reconocimiento de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda en los que sea necesaria la acreditación de esta situación.

Sobre este tema, el artículo 367.2 LGSS/2015 establece que «(...) la situación de dependencia y la necesidad del concurso de una tercera persona a que se refiere el artículo 364.6, se determinará mediante la aplicación de un baremo que será aprobado por el Gobierno». Dicho baremo en la actualidad está recogido en el RD 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre⁴⁶⁶.

464. TORRENTS MARGALEF, J. (2017): «La garantía judicial en la protección de las personas dependientes». VV.AA. *Dependencia (Long term care) y Empleo en el Estado de Bienestar*, op. cit., p. 223.

465. RODRÍGUEZ INIESTA cuestiona el alcance de la repercusión que puedan tener las guías o manuales de instrucciones actualizables con el tiempo, elaboradas por la propia Administración dada la complejidad de baremos en el ámbito de las revisiones de la discapacidad y de la dependencia, y señaladamente en las motivadas por mala o errónea aplicación de estos. ¿Hasta qué punto estos «criterios añadidos» deben tomarse en consideración en las revisiones cuando su aplicación pueda modificar el porcentaje de discapacidad o el grado de dependencia reconocidos en un momento en que no existían? A este respecto, el autor se pregunta si debería modificarse o no el porcentaje o grado y lo expresa como sigue: «(...) ¿ampara la revisión los cambios de criterio? (...) ¿Por qué debe pechar con las consecuencias de una mala praxis de la administración el ciudadano? Si hubo error en la aplicación del baremo por el evaluador ¿Qué responsabilidad alcanza al ciudadano?» (RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2017, 4º trimestre): «Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro», op. cit. pp. 160-161).

466. La Disposición adicional segunda del RD 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 18 de febrero de 2011) establece lo siguiente:

«La determinación de la situación de dependencia y de la necesidad del concurso de otra persona a que se refieren los artículos 145.6, 182 bis 2.c), 182 ter, del 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 se realizará mediante la aplicación del baremo aprobado por este real decreto, con las especificaciones relativas a la edad y tipo de discapacidad que se establecen en el mismo.

Hasta ese momento la situación de dependencia y la necesidad del concurso de tercera persona a efectos del reconocimiento del complemento del 50%, se determinaba mediante la aplicación del baremo establecido en el Anexo II del Real Decreto 1971/1999. Posteriormente el artículo único. Dos del RD 1364/2012, de 27 de septiembre⁴⁶⁷ modificó la letra a) del art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, y dispuso que la determinación por el órgano técnico competente de la necesidad del concurso de tercera persona para el reconocimiento del complemento de la pensión de invalidez no contributiva debía realizarse en adelante mediante la aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Estableció igualmente que la concurrencia de la necesidad de concurso de tercera persona, lo que supone un incremento de la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva, se estimará acreditada cuando de la aplicación del referido baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos.

Por lo tanto, a partir del 12 de octubre de 2012, fecha de entrada en vigor del RD 1364/2012, para poder determinar si se necesita el concurso de una tercera persona se aplicará el baremo de la Ley de Dependencia. Esta necesidad se estimará acreditada cuando de la aplicación de dicho baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos: moderada, severa y Gran dependencia.

La aplicación del baremo de dependencia se llevará a cabo por los órganos técnicos que determinen las CCAA o por el IMSERSO en su ámbito competencial, que queda limitado a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Conforme al art. 28.5 de la Ley de Dependencia a las personas valoradoras se les pide tener la cualificación profesional exigida por el Acuerdo del Consejo Territo-

Se estimará acreditada la concurrencia de ambas situaciones cuando de la aplicación del baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados y niveles de dependencia establecidos.

La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona.»

Conviene recordar que el art. 145.6 LGSS/1994 es el actual art. 364.6 de la LGSS/2015, que regula el complemento por necesidad de ayuda del supuesto especial de la invalidez no contributiva.

467. El artículo único. Dos del RD 1364/2012 (BOE de 11 de octubre de 2012) modificó la letra a) del art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, que quedó redactado en los siguientes términos: «a) La determinación por el órgano técnico competente de la necesidad del concurso de tercera persona a que se refieren los artículos 145.6, 182 bis 2.c) y 182 ter, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, se realizará mediante la aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. El RD 1364/2012 entró en vigor el 12-10-2012

Se estimará acreditada la concurrencia de la necesidad de concurso de tercera persona cuando de la aplicación del referido baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados de dependencia establecidos.»

rial de Servicios sociales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)⁴⁶⁸.

Las limitaciones en la actividad muy graves están recogidas en el RD 1971/1999 capítulo 1, Anexo I. A Clase V. Tras su modificación por el art. Único.4 del RD 1364/2012 quedó redactado en los siguientes términos: «Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada apartado o sistema, originan una discapacidad muy grave. A esta categoría se le asigna un porcentaje del 75%»⁴⁶⁹.

No obstante, pese a que tras la entrada en vigor del RD 174/2011 el Anexo II del RD 1971/1999 quedó definitivamente derogado, las situaciones de Gran invalidez y necesidad de concurso de tercera persona en ese momento vigentes seguirían teniendo efectividad⁴⁷⁰.

De esta forma, para proceder a adecuar las situaciones existentes en ese momento tanto de Gran invalidez como de necesidad de concurso de tercera persona al grado de dependencia que correspondiera conforme al nuevo baremo debía tenerse en cuenta lo siguiente:

468. El artículo único. Tres del RD 1364/2012 incorporó un apartado 4 al art. 8 del del Real Decreto 1971/1999, con la siguiente redacción: «La aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, para la determinación de la necesidad de concurso de otra persona, se llevará a cabo por los órganos técnicos que determinen las comunidades autónomas y el IMSERSO en su ámbito competencial. Respecto a las personas valoradoras que apliquen el baremo, a los efectos previstos en el párrafo anterior, en relación a los conocimientos y formación básica a requerirles como cualificación profesional en dicha función, serán de aplicación los criterios adoptados por Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 28.5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre».

469. Otros aspectos de la modificación del art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, por el art. Único del RD 1364/2012 fueron los siguientes:

1) El Anexo III pasó a denominarse Anexo II (art. Único.6 del RD 1364/2012). 2) En cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ONU 2006 se suprimió la obligatoriedad de señalar el tipo o los tipos de deficiencias en la resolución del reconocimiento de la situación de discapacidad, protegiéndose la privacidad de la información personal en los certificados de la situación de discapacidad y evitándose connotaciones peyorativas (art. Único. 5 del RD 1364/2012, que modifica la disposición adicional 1^a del RD 1971/1999).

470. Apartados 2 y 3 de la Disposición adicional primera del RD 174/2011.

El RD 174/2011 derogó el RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se había aprobado el anterior baremo de la situación de dependencia de conformidad con la Ley 39/2006, cuya disposición derogatoria única había derogado expresamente el anexo II del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional primera apartado 3.

Sin embargo, el Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre, que modificó el Real Decreto 504/2007 incorporó al mismo una disposición transitoria única, que establecía un régimen transitorio para la determinación de ayuda de tercera persona, de tal forma que el Anexo II del Real Decreto 1971/1999 continuaría aplicándose para la determinación de la necesidad de ayuda de tercera persona hasta la fecha en la que se procediera a la revisión del baremo, lo que se hizo en virtud del RD 174/2011.

- a) A las que personas que tuvieran reconocido el complemento de la Gran invalidez se les reconocería la situación de dependencia, garantizándoles en todo caso el grado I, de dependencia moderada.
- b) A las personas que tuvieran reconocido el complemento de necesidad de concurso de tercera persona se les reconocería el grado que correspondiera en función de la puntuación que ya tenían reconocida, de acuerdo con la siguiente escala: Dependencia moderada de 25 a 49 puntos; Dependencia severa de 50 a 74 puntos; Gran dependencia: de 75 a 100 puntos.

Mientras no les fuera reconocido el grado de dependencia correspondiente conforme al nuevo baremo, quienes tuvieran reconocida la necesidad del concurso de tercera persona, continuarían disfrutando de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento cuando debieran acreditarlo ante una Administración pública.

El reconocimiento de la situación de dependencia debía realizarse por los órganos correspondientes, a instancias de la persona interesada o de quien ostentase su representación, tanto en el caso de las personas que ya tuvieran reconocido el complemento de Gran invalidez como de aquellas otras que tuvieran reconocido el complemento de la necesidad del concurso de otra persona, determinado según el baremo del Anexo II del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de discapacidad.

Finalmente los órganos de valoración de la situación de dependencia debían emitir un dictamen sobre el grado de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pudiera requerir.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA DOBLE CONDICIÓN DEL GRAN INVÁLIDO COMO PERSONA DEPENDIENTE Y PERSONA CON DISCAPACIDAD

Debe insistirse en que una particularidad que presentan las personas en situación de Gran invalidez es que son automáticamente consideradas personas dependientes y, previo sometimiento a la valoración de su discapacidad, también personas discapacitadas, por lo que potencialmente podrán acceder a los beneficios sociales y tributarios reconocidos tanto para las personas dependientes como para las personas discapacitadas, aunque no siempre a todos ellos.

Por su consideración como persona dependiente, el gran inválido podrá disfrutar automáticamente de los beneficios previstos para las personas con un grado de dependencia moderada, pero no de los reservados para quienes tengan reconocidos los grados de dependencia severa o de Gran Dependencia, porque para ello deberán someterse previamente a la valoración de su grado de dependencia. Igualmente para que les sea reconocida su condición de persona con discapacidad, y así tener derecho a las ventajas o ayudas establecidas, de-

berá valorarse su porcentaje de discapacidad ya que, como se ha dicho, en este caso la homologación no es automática. Las citadas valoraciones, tanto de la dependencia que no sea en el grado más leve como de la discapacidad, deberán realizarse conforme a los baremos establecidos, que no son los mismos para ambas categorías.

Vigente la Ley 51/2003, el sujeto en situación de Gran invalidez podía decidir no someterse a la valoración de su discapacidad conforme al baremo del RD 1971/1999 y conformarse, por tanto, con la equiparación automática que le atribuía la condición de persona con discapacidad en el porcentaje mínimo del 33%, en cuyo caso podía disfrutar no de todos los beneficios fiscales previstos para las personas con discapacidad, pero sí de algunos de ellos. Por el contrario, la persona en situación de dependencia conforme a la Ley 39/2006 si quería obtener los beneficios fiscales previstos para las personas con discapacidad siempre debía pasar por el proceso de valoración de su discapacidad, ya que no existe una pasarela de la dependencia hacia la discapacidad, ni siquiera a efectos tributarios⁴⁷¹.

La reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de discapacidad/Incapacidad permanente anteriormente analizada, parece equiparar a las personas que tienen reconocido el complemento por Gran invalidez con el resto de las personas dependientes que lo sean de conformidad con la Ley de dependencia, porque ni a unas ni a otras se les considerará automáticamente personas con discapacidad. Para ver reconocida esta condición será preciso que se sometan a la valoración pertinente conforme al baremo establecido.

Sin embargo, lo cierto es que si bien no toda persona con discapacidad es una persona dependiente, todo dependiente, al menos en potencia, sí es una persona con discapacidad⁴⁷². Tal condición puede deducirse del hecho de que tanto en el baremo de discapacidad establecido en el RD 1971/1999 como en

471. RODRÍGUEZ INIESTA considera que para evitar que las personas con discapacidad y las personas en situación de dependencia puedan ser tratadas de forma diferente a efectos tributarios, sería conveniente que existiera tal pasarela, de forma que quienes tengan reconocida una dependencia moderada fueran calificados automáticamente como personas con discapacidad, es decir, con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, y quienes tengan reconocida una dependencia severa o una Gran dependencia tuvieran reconocido también un grado de discapacidad igual o superior al 65% (Ibídem, p. 280).

472. Ambos conceptos, discapacidad y dependencia hacen referencia a limitaciones funcionales de las personas. Cuando una persona sufre discapacidad funcional o cognitiva que afecta a la realización de actividades de la vida diaria y precisa por ello de ayuda de otra persona es entonces cuando hablamos de persona en situación de dependencia. Solo en este caso la persona con discapacidad sería también una persona en situación de dependencia (RODRÍGUEZ CABRERO, G. (2008): «Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales». VV. AA, *Comentario Sistemático en la Ley de Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y Normas Autonómicas*, op.cit., p. 26). CERREJIDO BARBA indica a este respecto que «discapacidad» y «dependencia» «no son términos sinónimos ni situaciones equivalentes». Es posible que una persona con discapacidad pueda valerse por sí misma y, por tanto, no ser una persona dependiente. Por el contrario, también en opinión del autor, parece evidente que una persona dependiente debería ser siempre considerada como una persona con discapaci-

la Ley de dependencia, las actividades de la vida diaria constituyen parámetros de referencia fundamentales para el reconocimiento tanto del porcentaje de discapacidad como del grado de dependencia, por lo que es de esperar que la persona dependiente que solicite que se valore su discapacidad obtenga el reconocimiento de un porcentaje elevado. Pero al no operar una equiparación automática, la persona dependiente o el gran inválido que pretenda obtener la consideración de persona con discapacidad siempre tendrá que solicitar la valoración conforme al baremo establecido y podría decidir no hacerlo⁴⁷³, perdiendo en este caso los beneficios sociales y tributarios establecidos para las personas con discapacidad.

El grado de discapacidad será objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo señalarse el plazo en el que deba efectuarse dicha revisión.

En todos los demás casos, no se podrá instar la revisión del grado por agravación o mejoría hasta que, al menos, haya transcurrido un plazo mínimo de dos años desde la fecha en que se dictó resolución, excepto en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo máximo.

En síntesis, puede decirse que los beneficios sociales y fiscales aplicables a personas dependientes y a personas con discapacidad son distintos y que ambas condiciones no siempre coinciden en la misma persona. Incluso en el caso de que así sea deberán ser reconocidas de forma independiente, lo que significa que si los grandes inválidos y las personas dependientes conforme a la Ley de Dependencia quieren disfrutar de los beneficios sociales o tributarios reconocidos exclusivamente a las personas con discapacidad deberán someterse a la valoración del Baremo de discapacidad.

Asimismo las personas que tengan reconocida la discapacidad y quieran acceder a los beneficios establecidos para personas con dependencia deberán pasar por el sistema de evaluación regulado en el RD 174/2011⁴⁷⁴.

dad. Pese a ello, actualmente el reconocimiento de ambas situaciones es independiente. (CEREJIDO BARBA, R. (2017): *123 preguntas sobre discapacidad y empleo*, op. cit., p. 40).

473. Piénsese por ejemplo en una persona que con motivo de su envejecimiento precise la asistencia de otra persona y se le haya reconocido en consecuencia un determinado grado de dependencia, pero no uno de discapacidad, por no haber solicitado la valoración de sus deficiencias permanentes conforme al baremo del RD 1971/1999 (Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2017, 4º trimestre): «Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro», op. cit. pp. 279 y 280).

474. Véase sobre este tema, CARBAJO VASCO. El autor insiste en que pese a que las categorías «dependencia» y «discapacidad» tienen que ser distintas, la falta de coordinación entre ambas conlleva problemas. Al respecto indica que la única «pasarela» entre «discapacidad» con consecuencias fiscales beneficiosas y «dependencia» fue la establecida en el apartado 3º de la disposición adicional primera del Real Decreto 504/2007, actualmente derogado. En este apartado se establecía que las personas que tuvieran reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona, de acuerdo con el Anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (el cual quedaba derogado) podían continuar disfrutando

Por el contrario, las personas en situación de Gran invalidez siempre verán reconocida su condición de persona dependiente, incluso en el hipotético caso de que decidieran no pasar por la correspondiente valoración de su grado de dependencia. Sin embargo, en tal caso, no podrían obtener más que los beneficios sociales y fiscales reconocidos a las personas con grado de dependencia moderada.

V. CONCLUSIONES FINALES Y PROPUESTAS DE MEJORA

PRIMERA.: A raíz de la reforma que desvinculaba la situación de Gran invalidez del grado de Incapacidad permanente absoluta, que hasta ese momento le había servido de soporte, convirtiéndola, así, en un grado nuevo de la Incapacidad permanente, surgieron interesantes debates doctrinales acerca de si esa configuración era acertada o, por el contrario, debería regularse, como se hizo en sus orígenes, como una prestación complementaria a añadir a las prestaciones básicas correspondientes a los otros grados de incapacidad permanente, principalmente a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y de Incapacidad permanente total, a la que tendrían derecho los incapacitados permanentes para el trabajo que requiriesen de la asistencia de tercera persona para realizar alguno de los actos esenciales para la vida.

A estas discusiones en la doctrina científica acerca del perfil jurídico que debía adoptar la Gran invalidez se sumó el hecho de que pese al cambio operado por la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 7 de abril de 1982, tanto legal como jurisprudencialmente se siguió considerando que aquélla seguía siendo la situación más grave dentro de la Incapacidad permanente, lo que queda de manifiesto principalmente en materia de revisión de grado previamente reconocido, pero también —aunque no haya sido objeto de análisis en este trabajo— de compatibilidad con el trabajo del pensionista.

SEGUNDA: Las sucesivas reformas han seguido sin solucionar varios de los problemas que plantea la regulación jurídica de este grado autónomo incardinado en el seno de una contingencia protegida por el nivel contributivo, que da derecho a dos tipos de prestaciones, una de las cuales tiene una finalidad claramente asistencial: retribuir a la persona que asiste al gran inválido en la realización de los actos más esenciales de la vida. La referida inclusión de la Gran invalidez en la modalidad contributiva de protección determina, entre otras cosas,

de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier Administración o entidad pública o privada, en tanto no les fuera reconocido el grado y nivel de dependencia correspondientes, conforme al baremo regulado en el punto 2 de esta disposición adicional (CARBAJO VASCO, D., «Novedades sobre la dependencia y la discapacidad en la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Crónica tributaria* núm. 129/2008 (35-54), disponible en https://www.economistas.es/contenido/REAF/gestor/129_novedades.pdf. Consultado el día 21 de agosto de 2019).

que una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, justo en el momento vital en que es más fácil caer en una situación de dependencia, resulte imposible obtener, por vía de revisión del grado de incapacidad permanente, el complemento correspondiente a la Gran invalidez derivada de contingencias comunes, o que al hacerse depender la cuantía del complemento de la pensión, aunque solo sea en parte, de la última base de cotización del trabajador, ante dos situaciones de dependencia iguales, una motivada por contingencia común y otra por una contingencia profesional, corresponda una mayor remuneración a quien asiste a una persona cuya situación de dependencia personal proviene de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional.

TERCERA.: La conversión de la Gran invalidez en un grado autónomo a raíz de la LISMI fue accidental, un efecto colateral, porque esta norma solo pretendía favorecer la integración social de las personas con discapacidad y una de las principales vías para lograrlo era facilitando su acceso al mercado de trabajo, nada más que eso. Pero el cambio normativo tuvo el efecto inesperado de que el nuevo grado de la Incapacidad permanente pudiera ser reconocido a partir de ese momento, bien en una primera calificación de las secuelas, o bien tras una revisión por agravación de un grado de invalidez previamente establecido que no necesariamente debía ser la absoluta. Quedaba en cuestión si en adelante la Gran invalidez seguiría siendo el grado más grave de la Incapacidad permanente, como había venido siendo hasta este momento. Pero en eso parece que no pensó el legislador, ni tampoco en que, si se iba a permitir acceder al complemento por Gran invalidez a los pensionistas de Incapacidad permanente en general y no solo a los incapacitados permanentes absolutos, lo razonable hubiera sido devolverla a sus orígenes, y configurarla como una prestación complementaria de las básicas correspondientes a los otros grados de la contingencia. Y no se pensó en ello porque la norma de 1982 no pretendió cambiar en lo sustancial el régimen jurídico aplicable a la situación de Gran invalidez, sino solo permitir que el Gran inválido pudiera realizar algún tipo de actividad en el caso de que conservara una capacidad de trabajo residual que le permitiera hacerlo. Tampoco las sucesivas normas que han modificado aspectos importantes de la Incapacidad permanente, tales como la Ley de 31 de julio de 1985, la de 20 de diciembre de 1990 y la de 15 de julio de 1997, han dudado en mantener la independencia del grado de Gran invalidez, y sin embargo, la regulación normativa de la materia no siempre ha sido congruente con esta configuración, porque con frecuencia ha ignorado que esta situación no implica necesariamente la anulación de la capacidad de trabajo y, que por tanto, no siempre es la más grave desde el punto de vista de la afectación de la capacidad de trabajo.

Estas incongruencias las heredó la actual Ley General de Seguridad Social de 2015, que ha optado por dejar las cosas como estaban, cuando tenía fácil no hacerlo, ya que si el legislador hubiera querido configurar la Gran invalidez como un mero incremento cuantitativo de las prestaciones económicas correspondientes a los otros grados de la Incapacidad permanente y no como un grado autónomo de la contingencia, hubiera bastado con que, aprovechando la

distinta finalidad de las dos prestaciones económicas que corresponden en este caso y el hecho de que en algunos aspectos funcionen de forma independiente, hubiese introducido un apartado en el artículo 196 de la LGSS/2015 en el que se estableciera que cuando el trabajador declarado afecto de Incapacidad permanente total o de Incapacidad permanente absoluta necesitase la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida tendría derecho, además de a la pensión correspondiente, a un complemento para retribuir a quien le asiste en la realización de los actos más esenciales de la vida. Pero en vez de eso el apartado 4º del artículo antes citado exige para poder percibir el complemento que el trabajador haya sido «calificado como gran inválido».

CUARTA: El desconcierto normativo ocasionado por la naturaleza mixta de la Gran invalidez, fruto de la combinación de su vertiente asistencial con su inserción en el seno de una contingencia protegida por el nivel contributivo, es patente en el actual Texto refundido de la LGSS de 2015 que, al igual que hizo el anterior de 1994, ha ignorado en gran medida la reforma operada en 1982 y ha seguido considerando a la Gran invalidez como el más grave de los grados de la Incapacidad permanente, pero posibilitando a la vez que las dos prestaciones económicas en que consiste la protección que otorga puedan funcionar de forma independiente.

Con respecto a este último aspecto hay muestras en la normativa y en la jurisprudencia de que el reconocimiento de la Gran invalidez funciona, igual que en sus orígenes más remotos, como una mera prestación a adicionar a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta o de Incapacidad permanente total, como son por ejemplo que como regla general el importe del complemento ya no dependa de la cuantía de la pensión básica; que no se aplique a este el tope máximo establecido para las pensiones públicas o que su importe no compute a efectos del requisito de carencia de rentas exigido para tener derecho a la pensión de invalidez de la modalidad no contributiva.

QUINTA.: Si el complemento tiene por finalidad remunerar a la persona que atiende al Gran inválido resulta irracional hacer depender su cuantía, aunque solo sea en parte, de la última base de cotización del trabajador. Si lo que se pretende es compensar económicamente a quien asiste al Gran inválido por su dedicación al cuidado de aquél, lo lógico sería que el importe del complemento se calculara en función del número de horas durante las cuales deba prestarle asistencia para la realización de los actos esenciales para la vida. Pero esto exige una valoración específica y no global de la situación de dependencia personal intrínseca a la Gran invalidez, algo que hoy por hoy no existe.

Por ello, sería muy recomendable que igual que para la declaración de los otros grados de la Incapacidad permanente, e incluso para el de la Gran invalidez cuando su reconocimiento tenga lugar directamente y no por revisión, se procede a una valoración conjunta de las lesiones para ver de qué forma repercuten en la capacidad de trabajo, se hiciera lo mismo para determinar la intensidad de la afectación de la autonomía personal del gran inválido y así poder

tasar la asistencia de tercera persona en un número de horas diarias o mensuales. Hacerlo además permitiría reconocer este grado a quien con anterioridad a su ingreso en el mercado de trabajo ya dependiera de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida cuando su situación de dependencia personal empeorase, cosa que en la actualidad no es posible. Porque en este momento, sea cual sea la vía de acceso, en una primera calificación o por revisión, sigue sin entrarse a valorar en qué medida queda limitada la autonomía personal del trabajador. Simplemente se será gran inválido si se requiere de la ayuda de otra persona porque resulte imposible la realización de uno o algunos de los actos esenciales para la vida, y no se será en caso contrario. Da lo mismo a estos efectos si no se puede realizar de forma independiente uno, varios o para todos los actos más esenciales de la vida.

Podría aprovecharse también para revisar la noción de acto esencial para la vida y acomodarla, aunque sea mínimamente, al progreso social y tecnológico. Tal vez pudiera hacerse equiparándola a la prevista en la Ley de Dependencia para las «actividades básicas de la vida diaria» o a las llamadas «actividades esenciales de la vida ordinaria» enunciadas en la Ley 35/2015, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación

SEXTA.: Para valorar las situaciones de dependencia personal presentes en la Gran invalidez debería tenerse en cuenta el número y la importancia de los actos esenciales para la vida que, como consecuencia de las lesiones padecidas, no puede llevar a cabo de forma autónoma el Gran inválido, así como cuántas veces deben realizarse al día y, en definitiva, las horas diarias o mensuales que se invierten en su realización y darles un el valor económico.

A fin de determinar el número de horas diarias en que será necesaria la ayuda de tercera persona, podría servir de orientación al órgano calificador la tabla 2.C.2 de Ayuda de Tercera Persona, recogida en el Anexo a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que las establezca en función de la secuela de que se trate.

Cuando quien presta la asistencia en la realización de los actos más esenciales de la vida sea un familiar de la persona en situación de Gran invalidez, que es el supuesto más frecuente en la práctica, sería aconsejable que el valor de cada hora de dedicación al cuidado fuera como mínimo equivalente al salario mínimo por hora trabajada en el sistema especial de los empleados del hogar. En caso de que la intensidad de la asistencia no pudiera cuantificarse en horas, por requerirse de forma constante, la compensación económica al cuidador no debería resultar inferior a la del salario mínimo interprofesional mensual.

SÉPTIMA.: La figura del cuidador familiar que convive y depende económicamente del gran inválido ha sido ignorada por completo en el ordenamiento jurídico de la Seguridad de Seguridad, lo que le ha privado de una protección muy necesaria. Por una parte, no puede obtener la protección social a la que sí tienen

derecho el cónyuge y los parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco, de la persona que tenga reconocida la prestación para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales previsto en la Ley de Dependencia. Y, por otra, porque no recibe el complemento por Gran invalidez directamente de la Seguridad Social, sino a través del familiar al que asiste en la realización de los actos más esenciales de la vida.

Para poner remedio a la desprotección social, los años que los cuidadores hayan dedicado al cuidado de su familiar en situación de Gran Invalidez deberían integrarse en su vida laboral, contribuyendo así a generar el derecho a determinadas prestaciones, tales como las de jubilación, Incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Para hacerlo posible tendría que permitírseles suscribir el Convenio especial previsto para los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia, lo que requiere eliminar para estos casos la exigencia de que el gran inválido tenga reconocida la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, porque hoy en día, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 31 de la Ley de Dependencia y la cuantía de la base mínima de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, cada vez más alta como resultado de la fuerte elevación del SMI en los últimos años, resulta imposible en términos cuantitativos que pueda reconocérsele al gran inválido.

Para dotarles de una seguridad económica debería arbitrarse algún mecanismo de control que garantizase que el incremento por Gran invalidez se destina efectivamente a la finalidad prevista en la LGSS y no a cualquier otro gasto que pueda tener el gran inválido. Una opción sería crear una prestación nueva con tal finalidad que sustituyera al actual complemento y que recibiría el cuidador directamente desde la Seguridad Social. Esta prestación podría incardinarse dentro del nivel no contributivo o del contributivo. En el primer caso, no aconsejable, su cuantía debería ser como mínimo la correspondiente a la asignación por hijo mayor de 18 años con una discapacidad igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos vitales más elementales. Si, por el contrario, se eligiera encuadrarla en el nivel contributivo, opción mucho más conveniente para el cuidador si las disponibilidades financieras del sistema de la Seguridad Social lo permiten, la nueva prestación debería construirse partiendo de un esquema similar al establecido para las prestaciones por muerte y supervivencia.

No obstante, se desaconseja el establecimiento de esta prestación que recibiría el cuidador directamente de la Seguridad Social si no puede garantizarse que efectivamente preste la asistencia al gran inválido con la intensidad requerida, a través de un adecuado sistema de control.

OCTAVA.: Toda persona que tenga reconocida la situación de Gran invalidez se considera legalmente una persona dependiente, aunque la calificación automática de esta condición solo alcanza al grado mínimo. El grado de dependencia concreto será el que determinen los organismos competentes para la califi-

cación en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) a las personas que tengan reconocido el complemento de Gran invalidez. Para ello, el beneficiario deberá someterse a la valoración de su dependencia conforme al baremo correspondiente. También, para el reconocimiento de su porcentaje de discapacidad, deberá pasar por tal valoración conforme a lo establecido en el RD 1971/1999. Si el gran inválido renuncia a tales valoraciones, estará privándose de la posibilidad de acceder a determinadas prestaciones para la dependencia reservadas para los grados más altos o a las ayudas previstas para las personas con discapacidad.

NOVENA.: El reconocimiento de su condición de persona dependiente comporta la posibilidad de que el gran inválido pueda beneficiarse de las prestaciones de servicios previstas en la Ley de Dependencia, pero no así de las de carácter económico, pues lo establecido en el art. 31 de esta norma lo hace imposible en la práctica. Por otra parte, aunque resulta beneficioso para la persona en situación de Gran invalidez, sorprende que pueda ingresar en un centro sanitario del SAAD, en el que se le prestara la asistencia requerida, y seguir percibiendo el complemento por Gran invalidez, porque antes de su eliminación a partir de enero de 2008, el ingreso en un centro a cargo de los presupuestos de la Seguridad Social siempre sustituía a la prestación económica al cumplir ambas la misma finalidad.

