



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La Gran Invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social: el “cuarto grado” de la incapacidad permanente

M^a Patricia de Cossío Rodríguez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

La Gran Invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social: el “cuarto grado” de la incapacidad permanente

Director: Dr. José Ignacio García Ninet
Codirector: Dr. Jesús Barceló Fernández
Tutor: Dr. José Ignacio García Ninet

M.^a PATRICIA DE COSSÍO RODRÍGUEZ

BARCELONA, 2020

RESUMEN TESIS

Tras la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982, la Gran invalidez se convirtió en el cuarto grado 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 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.

En todo caso, ya que esto nunca ha cambiado, para reconocer el grado de Gran invalidez, tanto en una calificación inicial como en una por revisión debida a agravación o a error de diagnóstico, 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 asistencia de otra persona para realizar alguno 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 personal 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.

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 supone 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.

En definitiva, 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 doctoral.

RESUM TESI

Després de la Llei d'Integració Social dels Minusvàlids de 1982, la Gran invalidesa es va convertir en el quart grau de la contingència d'Incapacitat permanent del nivell contributiu. D'ara endavant es podria accedir a ell no sols després d'una revisió per agreujament d'una Incapacitat permanent absoluta prèvia, com fins llavors, sinó també de la de qualsevol altre grau d'Incapacitat permanent, i fins i tot seria possible declarar-la en una qualificació inicial. En aquest últim cas, a conseqüència del canvi normatiu, la qualificació de la Gran invalidesa deixava d'assentar-se només en factors extra professionals per a tenir també en compte els professionals, perquè hauria de ser objecte de valoració, a més de la necessitat d'ajuda per a realitzar els actes més essencials de la vida, l'afectació de la capacitat per al treball.

En tot cas, ja que això mai ha canviat, per a reconèixer el grau de Gran invalidesa, tant en una qualificació inicial com en una per revisió deguda a agreujament o a error de diagnòstic, la valoració de la necessitat d'ajuda de tercera persona es limita a determinar si a conseqüència de les lesions o malalties patides, el potencial beneficiari de les prestacions requereix o no de la assistència d'una altra persona per realitzar algun dels actes bàsics per a la vida. Com que no es té en compte fins a quin punt l'autonomia personal del treballador queda limitada, al no existir graduació de la dependència personal mitjançant barem, es serà gran invàlid si es requereix l'ajuda d'una altra persona per a la realització d'algun dels actes essencials per a la vida, i no es serà en cas contrari, per més que l'execució d'aquests es dugui a terme amb certa i fins i tot amb molta dificultat.

La inclusió de la Gran invalidesa com a grau autònom d'una contingència protegida pel nivell contributiu, malgrat el seu implícit caràcter assistencial, suposa que el règim jurídic previst per a la Incapacitat permanent, principalment quant als requisits exigits per al seu reconeixement i el de les oportunes prestacions econòmiques, resulti també aplicable a l'últim dels seus graus, la qual cosa suposa que la protecció de les situacions de dependència personal que comporta la Gran invalidesa només sigui possible, amb caràcter

general, abans del compliment de l'edat ordinària de jubilació que correspongui cada any en funció de la cotització acreditada per l'interessat.

En definitiva, el canvi normatiu dut a terme per la Llei d'Integració Social dels Minusvàlids de 1982, que va propiciar un intens debat doctrinal sobre la conveniència o inconveniència de la nova configuració de la Gran invalidesa com un grau autònom de la Incapacitat permanent, gairebé no va suposar canvis en la consideració legal ni jurisprudencial d'aquesta situació, perquè amb caràcter general es va continuar tractant com el més greu dels graus de la Incapacitat permanent, com ho havia estat fins aquell moment, donant amb això lloc a nombroses incongruències en el règim jurídic aplicable, que són objecte d'atenció en el present treball doctoral.

ABSTRACT

Following the Social Integration of Disabled Persons Act of 1982, the Great Disability became the fourth degree of the Permanent Disability contingency at the contributory level. Hereafter, it could be accessed not only after a review for aggravation of a previous absolute permanent disability, as it was until then, but also after a review of any other degree of permanent disability and even directly after an initial qualification. In the latter case, as a consequence of the regulatory change, the qualification of Great Disability ceased to be based only on extra-professional factors to also take into account professional ones, since, in addition to the need for help to carry out the most essential acts in life, impairment of the ability to work should also be subject to assessment.

In any case, since this has never changed, in order to recognize the degree of Great Disability, both in an initial qualification and in a revision due to aggravation or diagnostic error, the assessment of the need for help from a third-party is limited to the determination of whether or not the potential recipient of benefits as a consequence of injuries or illnesses requires the assistance of another person to perform any of the basic acts for life. Since the extent to which the personal autonomy of the worker is limited is not taken into account, since there is no graduation of personal dependency through a scale, it will be considered a great invalidity only if the help of another person is required to carry out any of the essential acts for life, and otherwise it will not, even if the execution of these is carried out with certain and even great difficulty.

The inclusion of the Great Disability as an autonomous degree of a contingency protected by the contributory level, despite its implicit assistance character, supposes that the legal

regime foreseen for permanent Disability, mainly regarding the requirements demanded for its recognition and the right to the corresponding financial benefits, is also applicable to the greatest of its degrees, which means that the protection of situations of personal dependency entailed by Great Disability is only possible, in general, before reaching the ordinary retirement age of the corresponding year, depending on the contribution accredited by the interested party.

In short, the regulatory change carried out by the Social Integration of Disabled Persons Act of 1982, led to an intense doctrinal debate on the convenience or inconvenience of the new configuration of the Great Disability as an autonomous degree of permanent disability, hardly involved changes in the legal or jurisprudential consideration of this situation, because in general it was still considered the most serious of the degrees of permanent disability, as it had been up to that time, giving place to numerous inconsistencies in the applicable legal regime, which are the subject of attention in this doctoral work.

ÍNDICE TESIS

RESUMEN TESIS.....	1
RESUM TESI.....	2
ABSTRACT.....	3
ÍNDICE TESIS	5
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO 1. LOS ORÍGENES DE LA REGULACION DE LA INVALIDEZ EN ESPAÑA.....	15
1. La protección de la Invalidez antes de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963.....	18
1.1. La protección de la invalidez en el sistema de Seguros Sociales.....	18
1.1.1. La protección de la invalidez derivada de contingencias comunes en el sistema de Seguros sociales.....	19
1.1.1.1. Antecedentes remotos: Ley de 27 de febrero de 1908 y Real Decreto de 11 de marzo de 1919.....	20
1.1.1.2. Subsidio de Vejez de 1939 y Reglamento de 2 de febrero de 1940. ..	22
1.1.1.3. La protección de la invalidez derivada de contingencias comunes a través del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez: Decreto de 18 de abril de 1947.....	24
1.1.1.4. La ausencia de protección de la situación de Gran Invalidez derivada de contingencias comunes en los seguros sociales. La cobertura de la Gran Invalidez través de la protección pública.....	28
1.1.2. La protección de la Invalidez derivada de contingencias profesionales. Especial referencia a la Incapacidad Permanente derivada de Accidente de Trabajo.....	29
1.1.2.1. Antecedentes remotos: La protección de los inválidos para el trabajo a través de la beneficencia pública	30
1.1.2.2 .Las Leyes de Accidente de Trabajo de 1900 y de 1922.	31
1.1.2.3 La referencia indirecta a la figura del gran inválido en el Código de Trabajo de 1926	33

1.1.2.4 Ley de 4 de julio de 1932: posibilidad de complementar la prestación con un suplemento en caso de necesidad de asistencia de tercera persona.	34
1.1.2.5 Decreto de 29 de septiembre de 1943 y Orden de 17 de noviembre de 1945	37
1.1.2.6 La primera definición normativa de la situación del gran inválido: Decreto de 22 de junio de 1956	39
1.1.2.7 El aseguramiento de las enfermedades profesionales: Decreto 792/1961, de 13 de abril y su Reglamento de aplicación de 9 de mayo de 1962.	46
1.2. La protección de la Invalidez en el Mutualismo Laboral.....	51
2. La protección de la Invalidez a partir de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 y su desarrollo por la Ley de Seguridad Social de 1966.	53
2.1. La distinción entre contingencias protegidas y riesgos productores en el nuevo sistema de Seguridad Social.	57
2.2. La Ley de Seguridad Social de 1966 y sus normas de desarrollo.	60
2.2.1 Los grados de invalidez permanente. Especial referencia a la Gran Invalidez.....	63
2.2.2. Requisitos de acceso a las prestaciones de invalidez permanente en la Ley de Seguridad Social y cuantía de las mismas.....	66
2.2.3. La revisión de las incapacidades permanentes.....	72
2.2.4. La gestión de las prestaciones de invalidez permanente en la Ley de Seguridad Social	76
2.3. La modificación de las incapacidades en la Ley 24/1972, de 21 de julio sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social	77
2.3.1 La regulación de la invalidez permanente parcial y total para la profesión habitual en la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora de 1972	81
2.3.2 La creación de la Incapacidad Permanente Total cualificada y su repercusión negativa en la protección otorgada a los grados más altos de invalidez permanente.	84

2.4. La regulación de la Gran Invalidez en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social	86
2.5 La desvinculación de la Gran Invalidez del grado de Invalidez Permanente absoluta en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos	88
2.6 Análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización y estructura de la acción protectora de la Seguridad Social en materia de invalidez.....	90
CAPÍTULO 2. EL CONCEPTO DE GRAN INVALIDEZ EN LA REGULACIÓN ACTUAL. ANALISIS DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA.....	104
1. El concepto de Gran Invalidez. Su consideración como grado autónomo de la incapacidad permanente.	104
2. Elementos del Concepto de Gran Invalidez.	132
2.1. Incapacidad Permanente para el Trabajo.....	136
2.2. La existencia de reducciones anatómicas o funcionales graves: las lesiones constitutivas de Gran Invalidez.	172
2.2.1. Lesiones físicas. Particular atención a la ceguera.....	174
2.2.2. Lesiones psíquicas constitutivas de Gran Invalidez.	192
2.3. La necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.....	200
3. Distinción entre Gran Invalidez y figuras afines.....	234
3.1. Gran invalidez/Dependencia.....	235
3.2. Gran invalidez/Discapacidad.....	249
3.3. Incapacidad Permanente Contributiva/Invalidez. Especial referencia a Gran Invalidez versus supuesto especial invalidez no contributiva.	275
CAPÍTULO 3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR GRAN INVALIDEZ.....	314
1. Requisitos exigidos para poder acceder a la Gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.	314
1.1. Acceso a la Gran invalidez derivada de contingencias comunes.	315

1.1.1. Acceso desde una situación de alta, desde una situación asimilada a la de alta y desde una situación de no alta.	316
1.1.2. Exigencia de un periodo previo de cotización para tener derecho a las prestaciones de Gran invalidez derivadas de contingencias comunes.....	328
1.1.2.1. Período previo de cotización exigido para el acceso desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta a la Gran Invalidez derivada de enfermedad común. Cómputo del periodo mínimo de cotización para trabajadores a tiempo completo y para trabajadores a tiempo parcial. Determinación del hecho causante.	332
1.1.2.2. Período previo de cotización exigido para el acceso desde una situación de no alta cuando la causa de la Gran invalidez sea una enfermedad común o un accidente no laboral.	344
1.1.3. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación en la fecha del hecho causante.	347
1.2. Especialidades previstas para el acceso a la Gran invalidez derivada de contingencias profesionales.....	360
2. Cálculo de la pensión de Gran Invalidez y del complemento destinado a remunerar a la persona que asiste al gran inválido.	369
2.1. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de contingencias comunes.....	371
2.1.1. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran Invalidez derivada de enfermedad común cuando se acceda desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.	372
2.1.1.1. Primera regla: fórmula aplicable en función de la edad del trabajador.	372
2.1.1.2. Segunda regla: aplicación de los porcentajes correspondientes en función del tiempo que le falte al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación.	378
2.1.2. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran Invalidez derivada de accidente no laboral cuando se acceda desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.	381

2.1.3. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran Invalidez derivada de enfermedad común o de accidente no laboral cuando se acceda desde una situación de no alta.....	384
2.2. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de contingencias profesionales.....	387
2.3. Cálculo de la pensión y del complemento por Gran Invalidez.....	390
2.4. Tope mínimo y máximo de la pensión por Gran invalidez. La revalorización de las pensiones y la exención tributaria.	399
3. Compatibilidad entre la percepción de la pensión por Gran Invalidez y el trabajo por cuenta ajena antes y después de que el beneficiario cumpla la edad ordinaria de jubilación.....	406
CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.....	449
BIBLIOGRAFÍA	459

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis doctoral es analizar y tratar de dar respuesta a una serie de cuestiones que suscita la actual regulación de la Gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS), que no solo no escapa del enrevesado y en ocasiones caótico régimen jurídico aplicable a la Incapacidad permanente en general, al ser el cuarto grado de esta, sino que además presenta incoherencias propias derivadas de su particular naturaleza.

Varias son las razones que aconsejan examinar esta 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, se encuentran en una situación de dependencia personal que les hace necesitar de la ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

La importancia de este estudio no es de carácter cuantitativo porque pese a que la pensión media percibida por los grandes inválidos duplique la media de la Incapacidad permanente en general, su número es considerablemente inferior al correspondiente a los grados de Incapacidad permanente total y de Incapacidad permanente absoluta. Así, una vez restadas las 7.063 pensiones correspondientes al SOVI, nos encontramos con que de las 958.823 pensiones de Incapacidad permanente en vigor a 1/2/2020¹, 33.860 son de Gran invalidez, 26.000 de ellas causadas en el RGSS; 338.752 son de Incapacidad permanente absoluta, 284.991 en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RGSS), y las 579.148 restantes son de Incapacidad permanente total, incluyendo la “cualificada”, de las que 413.369 corresponden al RGSS. Y si la pensión media de Incapacidad permanente es de 986,30 euros/ mes, la de Gran invalidez en total es de 1.981,78 euros/mes, ascendiendo a 2001,19 euros/mes en el RGSS; mientras que la pensión media de Incapacidad permanente absoluta en el RGSS es de 1.233,57 euros/mes y de 790,82 euros/ mes en la total, incluida nuevamente la “cualificada”. Por tanto, por lo que al RGSS respecta, frente al gasto medio total que para la Seguridad Social supone el pago de una mensualidad de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta- 351.556.347, 87 euros- y de la correspondiente a las pensiones de Incapacidad Permanente total - 326.900.472,58 euros-, el relativo a Gran invalidez por el mismo

1

<http://www.segsocial.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST196>

periodo de tiempo es de 52.030.940 euros, casi seis veces menos que cualquiera de las otras dos.

No es, por tanto, la relevancia económica del coste que comporta para el sistema de la Seguridad Social el sostenimiento de las prestaciones económicas correspondientes al grado de Gran invalidez la que será objeto principal de análisis en este trabajo, sino la que deriva de la necesidad 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.

Y es que a raíz de esa 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 y de compatibilidad con el trabajo del pensionista, siendo todo ello fuente de incongruencias que interesa destacar, particularmente evidentes en el tratamiento jurídico de la última cuestión.

Pero, además, 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, pero 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, 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.

La metodología utilizada para la realización de esta tesis doctoral ha sido la habitualmente seguida en cualquier actividad de investigación de carácter jurídico. De esta forma, para la obtención de la información he procedido al examen de la normativa vigente y también histórica. Asimismo, he leído la bibliografía existente sobre la cuestión objeto de análisis principal y otras relacionadas con ella, compuesta por monografías, manuales y artículos publicados en distintas revistas jurídicas, consultando en la medida de lo posible las fuentes originales. Por último, he revisado en profundidad la doctrina judicial y jurisprudencial contenida en un número muy relevante de sentencias sobre la Gran invalidez en particular y la Incapacidad permanente en general.

Con la finalidad de dar una visión lo más completa posible de la regulación jurídica de la Gran invalidez y de las cuestiones que se han planteado y a las que debería darse una solución más acorde con la naturaleza de la propia situación, el presente trabajo se estructura en tres capítulos.

El primero de ellos analiza los orígenes remotos de la protección por invalidez, distinguiendo entre la derivada de riesgos comunes, en la que no se protegía a quienes además se encontraban en una situación de dependencia personal, y la que era debida a contingencias profesionales, en la que sí se contemplaron prestaciones económicas para las personas que como consecuencia de un accidente de trabajo necesitasen la asistencia constante de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida. También dentro de este capítulo se estudia la figura de la Gran invalidez tras su definición en la Ley de

Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, posteriormente desarrollada por el Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966.

El segundo capítulo se centra en el análisis del concepto de Gran invalidez y sus elementos: la exigencia de una Incapacidad permanente en 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 otros conceptos similares que vienen dados por la Ley de Dependencia² y por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre³.

Igualmente se examina en detalle la figura del cuidador del gran inválido y la necesidad de su protección social, así como la conveniencia o inconveniencia de que este reciba directamente del sistema de la Seguridad Social una prestación que le compense por la asistencia que presta.

El segundo gran bloque que es objeto de atención en este capítulo es la distinción entre la Invalidez en general, y la Gran invalidez en particular, y otras figuras afines, tales como la discapacidad, la dependencia o la invalidez no contributiva y, dentro de este último apartado, 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.

Por último, en el tercer capítulo se estudia detenidamente el régimen jurídico aplicable para el acceso a las prestaciones correspondientes al grado de Gran invalidez. En primer lugar se aborda el análisis de los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a las prestaciones en función de si la Gran invalidez es debida a contingencias comunes o a contingencias profesionales y, en el primer caso a si el potencial beneficiario se encuentra en una situación de alta o en una situación asimilada a la de alta, distinguiendo

² 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).

³ 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 septiembre de 2015).

a efectos de la exigencia o no de un periodo previo de cotización si la causa es en una enfermedad común o un accidente no laboral, o, por el contrario, se encuentra en una situación de no alta, en cuyo caso no tiene importancia cuál sea el riesgo común que haya determinado la actualización de la contingencia porque se exige siempre la acreditación de un periodo de carencia y este siempre es el mismo. Por último, dentro de los requisitos exigidos para el acceso a la Gran invalidez derivada de contingencias comunes se examina el relativo a la imposibilidad de ver reconocido el grado de Gran invalidez una vez cumplida por el beneficiario la edad ordinaria de jubilación.

En segundo lugar, dentro de este tercer capítulo, se detallan las fórmulas de cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez, diferenciando entre las que se aplican según la causa sea una enfermedad común o un accidente no laboral, cuando se accede a las pensiones desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, y sin distinguir entre riesgos productores cuando el acceso a las prestaciones económicas se produzca desde una situación de no alta. A continuación, se recoge el sistema de cálculo aplicable para determinar la pensión cuando la causa de la Gran invalidez sea un accidente o una enfermedad profesional. Por último, se presta especial atención a la aclaración llevada a cabo por la jurisprudencia sobre la forma correcta en que debe procederse al cálculo del complemento de la pensión destinado a remunerar a la persona que asiste al gran inválido, tras su desvinculación de la cuantía de la pensión de Incapacidad permanente absoluta a partir del año 2008.

En último lugar, el capítulo tercero aborda la espinosa cuestión relativa a la posibilidad de compatibilizar la percepción de la pensión de Gran invalidez con la realización de un trabajo por cuenta ajena antes y después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Se ponen de manifiesto las dos posturas jurisprudenciales existentes al respecto: la que sostuvo un criterio de incompatibilidad y la que optó por la compatibilidad plena, aduciendo las razones que avalarían cada una de ellas, e igualmente se refieren las distintas posiciones adoptadas por la doctrina científica en relación con esta materia.

CAPÍTULO 1. LOS ORÍGENES DE LA REGULACION DE LA INVALIDEZ EN ESPAÑA.

Sin ánimo de abordar exhaustivamente la historia de la regulación de la Incapacidad permanente en España, pues el objetivo concreto de este trabajo es el análisis del grado de Gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad, sí conviene hacer referencia a las distintas normas que han regulado esta materia, muchas de las cuales siguen estando todavía vigentes, coexistiendo desde hace más de cincuenta años “sin orden ni concierto”. Esta circunstancia da idea de la imposibilidad de dar una sistematicidad clara al estudio de esta cuestión, pues no es posible encuadrar toda esta normativa dentro de etapas históricas cerradas. Por el contrario, a la hora de abordar el estudio del tratamiento jurídico de la Incapacidad permanente, lo primero que hay que hacer es discernir lo que está todavía vigente de lo que está expresa o tácitamente derogado⁴.

Tampoco contribuye a dar una visión de conjunto el hecho de que hasta el año 1963 no existiera un concepto único de la invalidez protegida y, en consonancia con ello, tampoco un aseguramiento unitario del riesgo⁵. Por el contrario, la Incapacidad permanente para el trabajo quedaba protegida por diversos regímenes, en atención a la causa que la había producido y a su duración.

En concreto, desde 1947 hasta 1963, la cobertura de la Invalidez se llevó a cabo a través de tres sistemas: el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, el Mutualismo Laboral, y el establecido en la legislación sobre Accidentes de trabajo y Enfermedades profesionales. Mientras los dos primeros cubrían la Invalidez derivada de riesgos comunes, el último tenía por objeto la protección de la Invalidez derivada de Accidente de trabajo y, por extensión, de la Enfermedad profesional.

Esta circunstancia no solo provocó una protección desigual del riesgo de invalidez en atención a la causa de la que derivase⁶, sino también una dispersión en la gestión de aquél,

⁴ Todo ello en palabras de 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. 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. 37.

⁵ A este respecto, ALMANSA PASTOR señala que el sistema anterior a la Ley de Seguridad Social de 1966 estaba integrado por “una serie de regímenes asegurativos organizados en torno a diversos riesgos, entendidos como riesgo- posibilidad, los cuales quedaban constituidos como centro y aglutinante de cada régimen asegurativo” (ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid (Editorial Tecnos, 1ª edición), pp. 297 y 298).

⁶ Esta protección desigual perjudica de forma particular a la Invalidez Permanente por enfermedad común, que en palabras de GARCÍA NINET, J.I “sigue siendo injustamente menospreciada frente a las demás causas productoras de invalidez”. Vid. GARCÍA NINET, J.I., (2000): “Sobre la integración de lagunas a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones por Incapacidad Permanente total derivada de

motivada por la variedad de entes aseguradores encargados de la misma: Instituto Nacional de Previsión; Mutualidades Laborales, y Aseguradoras de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

En este punto, debe tenerse en cuenta que la cobertura de la Invalidez derivada de riesgos profesionales gozó desde el primer momento de un trato de favor, no solo porque se reguló antes y, por tanto, obtuvo una protección más temprana, sino también porque el propio concepto de Invalidez y la graduación de la misma estuvieron mucho más claros en la legislación de Accidentes de trabajo de lo que lo estarían años después en las normas reguladoras del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez y en los estatutos de las Mutualidades Laborales.

Lo cierto es que hasta la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963⁷ (en adelante LBSS) no solo no se cubrió la Gran Invalidez sino que tampoco se protegió apenas la invalidez derivada de causas comunes. Se tardó mucho, demasiado tiempo, en solucionar el problema de la desprotección que padecían aquellos que, como consecuencia de una invalidez no derivada de un accidente de trabajo, y acaecida antes de alcanzar la edad de retiro, no podían seguir trabajando y, en consecuencia, quedaban privados de la posibilidad de ganarse de esta forma su sustento.

Ni siquiera cuando el riesgo quedó protegido a partir de 1947, por el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), y, posteriormente por el Mutualismo Laboral, lo fue de forma adecuada y suficiente⁸, no solo por la baja cuantía de las prestaciones, sino también

enfermedad común habiendo pasado por la situación de Invalidez Provisional o sobre la aplicación de la doctrina del paréntesis. Consideraciones al hilo de la S.T.S (Social), Sala General de 7 de febrero de 2000”, *Tribuna Social*, núm.115, p. 10.

⁷ Ley 230/1963, de 28 de abril (BOE de 31 de diciembre).

⁸ Como indica J.M ALVAREZ DE LA ROSA: “El SOVI, que significó la cobertura de la invalidez derivada de enfermedad común o accidente no laboral, no salió de los límites de la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo en la profesión habitual, lo que conjuntamente con el tratamiento de la capacidad residual del inválido y los límites de edad prefijados para ser beneficiario, condujeron a una situación frustrante y nada enriquecedora. El concepto de invalidez asegurable como no tuvo vigencia no dio el juego que en sí encerraba (...). La situación en el Mutualismo Laboral (...) tampoco aportó soluciones y sí, en cambio, tuvo notable importancia la experiencia adquirida por la protección por larga enfermedad trasladable luego de alguna manera al concepto de invalidez provisional protegida. Como mera curiosidad, tanto por la poca intensidad de su cobertura como por el bajo índice de aplicación, los Estatutos del Montepío Nacional del Servicio Doméstico (OM, 6 de abril de 1959, BOE del 14 de abril), en su artículo 34, contemplaban el riesgo de invalidez de forma unitaria al señalar que: “Tendrán derecho a pensión por invalidez los socios beneficiarios que quedaran incapacitados para todo trabajo, como consecuencia de enfermedad manifestada o de lesiones producidas, precisamente, con posterioridad a su afiliación al Montepío” (ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Madrid (Editorial Civitas), pp. 159 y 160). Por su parte, J.M ALMANSA PASTOR en su obra antes citada, pp. 297 y 298, sintetiza esta cuestión señalando que La invalidez protegida por el seguro de invalidez se caracterizaba por las notas de permanencia y no profesionalidad y, para poder ser apreciada, exigía que se diera en individuos mayores de cincuenta años o de treinta en casos extremadamente severos.

por la ausencia de normas que regularan de forma expresa el tema de la recuperación y rehabilitación de inválidos que lo fueran como consecuencia de riesgos comunes.

Por otra parte, la protección de la invalidez derivada de contingencias comunes durante la etapa de los seguros sociales y, posteriormente del Mutualismo Laboral, hasta la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, se caracterizó por la insuficiencia de las prestaciones económicas establecidas para cubrir las situaciones de necesidad generadas, y por la imposibilidad de acceder a aquéllas en caso de falta de afiliación del trabajador previa a la actualización del riesgo⁹.

Por las razones apuntadas, no resulta extraño que la situación de Gran Invalidez o, más concretamente, la figura del gran inválido estuviera desde sus orígenes fuertemente vinculada con el trabajo, otorgándose la protección solo cuando fuera resultado de un accidente de trabajo.

En definitiva, tanto la legislación de Accidentes de Trabajo, como la beneficencia pública anterior y posterior a aquélla, limitaron en la práctica el amparo a los trabajadores accidentados durante la realización de su profesión u oficio, y dejaron sin cobertura a quienes se encontrarán en la situación de dependencia que implicaba la Gran invalidez cuando ésta fuera consecuencia de una causa distinta.

Como se ha apuntado, el hecho de no existir una regulación unitaria de la invalidez hasta 1963, y por extensión, de la Gran invalidez, haría imposible darle a la figura la sistematización debida si se procediera simplemente a ordenar por orden cronológico las normas que la regularon.

Por este motivo, como punto de partida, habrá que distinguir entre la regulación de la invalidez antes y después de la Ley de Bases de 1963 y, a continuación, por lo que respecta a las normas anteriores a la citada Ley, deberemos abordar por separado el análisis de las disposiciones que regularon la protección de la invalidez de origen común y las relativas a la de origen profesional. Finalmente, dentro de las primeras habrá que analizar especialmente la legislación que se estructuró en torno al Seguro de Vejez e Invalidez y, posteriormente, a través del Mutualismo laboral; y, en lo concerniente a la invalidez derivada de causa profesional, deberá ser objeto de atención lo previsto en la

⁹ La no aplicación del principio de automaticidad de las prestaciones impedía obtener la prestación en los supuestos de falta de aseguramiento.

Como señala E. BORRAJO, “la no afiliación releva a la entidad aseguradora (INP, Mutualidad) de la obligación de satisfacer la prestación del Seguro Social correspondiente: en otros términos, el trabajador no afiliado no tiene derecho a las prestaciones frente al ente asegurador” (BORRAJO DACRUZ, E. (1962): *Estudios jurídicos de previsión social*, Madrid (Ed. Aguilar), p. 209.

legislación de accidentes de trabajo y la de enfermedades profesionales y, especialmente, en el Decreto de 22 de junio de 1956, que definió por primera vez en el Ordenamiento Jurídico español la figura de la Gran Invalidez.

1. La protección de la Invalidez antes de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963.

1.1. La protección de la invalidez en el sistema de Seguros Sociales.

El sistema de Seguros Sociales protegió la necesidad derivada de la imposibilidad para trabajar, temporal o permanentemente, a través de distintos seguros, siendo la causa productora de la incapacidad la que determinaba la adscripción a uno o a otro¹⁰.

En la práctica, esto significaba que un mismo estado de necesidad, consecuencia de un hecho idéntico, como era la pérdida de ingresos derivada de la incapacidad para trabajar, se protegía de forma desigual por un seguro o por otro en función del riesgo en qué encontrara su causa, y del carácter temporal o definitivo de la inhabilidad para el trabajo. De esta forma, la necesidad provocada por la incapacidad para trabajar, siempre que fuera patológica, involuntaria y sobrevenida¹¹, quedaría cubierta por el Seguro de Accidentes de Trabajo; por el Seguro de Enfermedades Profesionales; por el Seguro Obligatorio de Enfermedad o por el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

Los seguros profesionales de accidente de trabajo y de enfermedad profesional cubrían la incapacidad para trabajar, temporal o permanente, y dentro de ésta última, la parcial o total para la actividad habitualmente realizada y la que inhabilitaba para todo trabajo, siempre que hubieran sido provocadas por tales riesgos.

El Seguro Obligatorio de Enfermedad cubría únicamente la incapacidad temporal para trabajar producida por enfermedad común, maternidad o accidente no laboral, no la que tuviera carácter permanente. Si la incapacidad persistía una vez agotado el periodo cubierto por el seguro, la protección de la necesidad podía hacerse efectiva a través del

¹⁰ Sobre esta cuestión, véase GONZÁLEZ POSADA, A. (1926): *Seguros Sociales (enfermedad, invalidez, vejez, muerte)*, Madrid (Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús), pp. 198-199.

¹¹ Como indica J. M ALMANSA PASTOR, estas notas permitirán más adelante distinguir la contingencia de incapacidad laboral de otras contingencias, como la vejez, en la que la incapacidad es fisiológica y presunta, y no patológica y efectiva (ALMANSA PASTOR, J.M. en *Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., p. 298).

Mutualismo Laboral, que la protegía con carácter igualmente temporal, a través de la concesión de los subsidios por larga enfermedad.

Por último, el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, cubría la incapacidad laboral de carácter permanente derivada de enfermedad común y accidente no laboral¹².

A esta protección de la incapacidad para trabajar, otorgada de forma desigual por cada uno de los mencionados seguros sociales, se unía, eso sí, aunque solo para la invalidez consecuencia de causas comunes, la otorgada por el Mutualismo Laboral.

1.1.1. La protección de la invalidez derivada de contingencias comunes en el sistema de Seguros sociales.

En España, antes de la implantación del Retiro Obrero, la protección de los inválidos se llevó a cabo fundamentalmente a través de la beneficencia pública, a partir de su ordenación en 1822. Las manifestaciones fundamentales de esta técnica inespecífica de protección de necesidades consistieron en la creación de “centros de acogida a los desposeídos” y la fundación de “hospitales, lazaretos, asilos de ancianos válidos, inválidos y párvulos, hospicios, manicomios, establecimientos de sordomudos, ciegos, impedidos y decrepitos, casas de misericordia o caridad, de maternidad, de expósitos y abandonados, de socorro, casas y colegios de huérfanos y desamparados, etc.” En definitiva, esta técnica asistencial resultaba obviamente insuficiente para amparar la situación en que se encontraban los inválidos, pero les permitió “limosnear previa licencia (real, parroquial, rectoral), lo que fue “un salvoconducto” para evitar los durísimos castigos que se imponían a los mendigos que no la obtenían y eran “tratados como vagos y baldíos”, tales como penas corporales o, en caso de tener aptitud física la “condena a galeras”¹³.

En 1883 se creó la Comisión de Reformas Sociales, que tenía dentro de sus funciones la de ocuparse de las Cajas de Retiro y Socorros para inválidos del Trabajo y enfermos que tampoco no pudieran trabajar. Su acción condujo a la fundación, en Madrid, de un Asilo para Inválidos de Trabajo, preferentemente aquellos que lo eran como consecuencia de un accidente, por RD de 11 de enero de 1887. La citada institución se integró en 1922 en

¹² Pese a no existir un régimen asegurativo propio del accidente no laboral como riesgo objeto de un aseguramiento específico, esta función la cumplió de forma limitada el seguro de Vejez e invalidez, que en 1955 incluyó la protección de una nueva contingencia, el fallecimiento del trabajador, y pasó a denominarse Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte.

¹³ En palabras de 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.), op. cit., p. 46.

el nuevo Ministerio de Trabajo por RD de 21 de abril de 1922, pasando a denominarse en 1927¹⁴ Residencia de Inválidos del Trabajo. Posteriormente, por RD de 31 de diciembre de 1929, se fusionó con el Instituto de Reeducción Profesional de Inválidos del Trabajo¹⁵, creándose el Instituto de Reeducción Profesional de Inválidos del Trabajo, que en 1933¹⁶ pasó a denominarse Instituto Nacional de Reeducción de Inválidos¹⁷.

1.1.1.1. Antecedentes remotos: Ley de 27 de febrero de 1908 y Real Decreto de 11 de marzo de 1919.

A través de la Ley de 27 de febrero de 1908 se había establecido un régimen de contratación voluntaria de una renta vitalicia con el Instituto Nacional de Previsión¹⁸, creado por esta misma norma, basado en un sistema de capitalización, de forma que las aportaciones realizadas con carácter potestativo por los trabajadores se iban acumulando en su libreta de pensión de retiro individual¹⁹.

El RD de 11 de marzo de 1919 implantó en España el primer seguro social obligatorio, regulando un régimen transitorio de invalidez, al cual podían acogerse los afiliados al Retiro Obrero que voluntariamente hicieran aportaciones durante doce meses, en cuantía suficiente para constituir, a capital reservado, la pensión que se estuviera constituyendo a capital cedido²⁰.

Debe tenerse presente que la cotización obligatoria al seguro solo estaba prevista para el empresario, dado que la financiación del Retiro Obrero era bipartita, aportando los

¹⁴ Por RO de 19 de octubre de 1927.

¹⁵ Creado por RD de 4 de marzo de 1922 y dotado de una nueva organización por RD de 18 de mayo de 1931.

¹⁶ Por D. de 7 de junio de 1933.

¹⁷ Así resume DE LA VILLA GIL la evolución del Asilo de Inválidos del Trabajo (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.), op. cit., pp. 46 y 53).

¹⁸ En opinión de E. PÉREZ BOTIJA, el Retiro Obrero comenzó siendo un seguro libre, con bonificaciones estatales, que implicaba una serie de ventajas para las empresas que voluntariamente decidieran aplicarlo a su personal (PÉREZ BOTIJA, E. (1955): *Derecho del Trabajo*, Madrid (Editorial Tecnos), p. 505).

¹⁹ En las Hojas divulgadoras del Instituto Nacional de Previsión. - Núm. 22 P.-Núm.- 487. -1936.- 2ª ed., “El nuevo Seguro de Invalidez en el proyecto de Unificación de Seguros Sociales” en bvingesa.msc.es/bvingesa/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1001658, se puede leer lo siguiente: “Sólo existía, fuera del régimen del seguro de accidentes de trabajo, el tímido ensayo de pensiones de invalidez que se han venido constituyendo con cargo al fondo de bonificaciones y como premio a los obreros previsores que, teniendo contratada una pensión para la vejez, hubieren hecho imposiciones voluntarias con cierta regularidad y tuviesen la desgracia de quedar totalmente inválidos (...) Los casos en que estas pensiones pueden concederse son muy limitados (...) es preciso abordar el problema de los obreros prematuramente inválidos, porque al lado de los que quedan inútiles por accidentes del trabajo (y para los que ya existe un régimen de seguro), se encuentran muchísimos otros que antes de alcanzar la pensión de vejez, antes de llegar a la edad de retiro, se ven imposibilitados de ganarse con el trabajo su sustento”.

²⁰ En el caso de las prestaciones constituidas a “capital cedido”, el asegurado ingresaba las cuotas para percibir, una vez cumplida la edad estipulada, una pensión vitalicia; mientras que en las concertadas a “capital reservado” se aseguraba también un capital en favor de los herederos del trabajador fallecido

recursos el empleador y el Estado, y solo excepcionalmente tripartita, permitiéndose cotizar a los trabajadores voluntariamente con la finalidad de recibir un plus de protección, bien para anticipar la edad de retiro, bien para devengar la pensión de invalidez.

El establecimiento del régimen de “intensificación” de los retiros obreros, por Real Decreto de 11 de marzo de 1919²¹, supuso la obligación para los patronos de afiliar a todos los trabajadores asalariados, cuya edad estuviera comprendida entre los 16 y los 65 años, siempre que su nivel de ingresos no superase las 4000 pesetas al año.

En una segunda fase, que no llegó a implantarse efectivamente, estaba previsto que la obligatoriedad de contribuir se extendiera también a los obreros, pero por el momento se conservó el carácter voluntario de las imposiciones individuales.

El campo subjetivo de aplicación del Retiro Obrero quedaba delimitado por la concurrencia de tres requisitos, a saber, la actividad a que se dedicaba el trabajador, su edad y sus ingresos profesionales, de forma que quienes podían beneficiarse de las pensiones del Retiro Obrero eran únicamente los trabajadores industriales cuya edad estuviera comprendida entre los 16 y los 65 años y tuvieran rentas inferiores a 4000 pesetas al año.

Fuera de la protección del retiro obrero, que pese a su denominación no obligaba a retirarse²², quedaban pues todos aquellos trabajadores que percibieran rentas superiores a

(Véase HERMIDA C. y GARCÍA SÁNCHEZ, E. (1980): “El Retiro Obrero Obligatorio en España: génesis y desarrollo (1917-1931)” en *Historia Social de España*, nº 14, pp. 12 y 27).

²¹ El Reglamento de 21 de enero de 1921 mantuvo una vigencia parcial tras la creación del Seguro de vejez en 1939, ya que sirvió como Derecho supletorio en lo que no se opusiera a las normas reguladoras del citado subsidio.

²² Ni el cumplimiento de los 65 años, ni la percepción de la prestación, a la que se accedía cuando se alcanzaba dicha edad, obligaban al trabajador a un cese forzoso, ya que era posible percibir el retiro sin haberse retirado del trabajo.

las previstas, pero además la protección que se otorgaba a aquellos a quienes sí se les aplicaba no era uniforme²³.

1.1.1.2. Subsidio de Vejez de 1939 y Reglamento de 2 de febrero de 1940.

El Retiro Obrero fue sustituido por el Subsidio de Vejez en el año 1939²⁴, lo que conllevó la sustitución del sistema financiero de capitalización por uno de reparto²⁵, y el aumento del límite de ingresos, que pasó a ser de 9000 pesetas al año²⁶.

Las empresas quedaban obligadas a asegurar a los trabajadores a su servicio, de uno y otro sexo, de entre 16 y 65 años, cuya retribución anual resultase inferior a la establecida, y a pagar la cuota única hasta el momento en que se enviase la baja al Instituto Nacional de Previsión (INP). No obstante, en caso de incumplimiento por parte del empresario de su obligación, el propio trabajador podía acudir al INP e instar su propia afiliación²⁷.

Igual que ocurrió con el Retiro Obrero, el subsidio de Vejez no se abonaba a todos los trabajadores que cumplieran los 65 años; pero, a diferencia de aquél, que permitía cobrar la prestación incluso si se continuaba trabajando después de dicha edad, la percepción del Subsidio de Vejez se declaró incompatible con el percibo de sueldos, salarios, rentas u otros ingresos que excedieran del importe del subsidio²⁸.

El hecho de tener que probar la carencia de recursos económicos para tener derecho al Subsidio de Vejez, condicionó de forma importante el acceso a la prestación y la dotó de

²³ Como indica PÉREZ BOTIJA, en función de la edad que tuvieran en el momento de afiliarse, los trabajadores incluidos en el régimen se dividían en dos grupos: trabajadores menores de 45 años y trabajadores que tuvieran ya cumplida esa edad. A los primeros, siempre que existiese una continuidad en la cotización, se les garantizaba una pensión de vejez de 365 pesetas (caso de no existir continuidad en la cotización, el importe de la pensión era inferior). Para los que tuvieran 45 años o más en el momento de la afiliación, la pensión era proporcional a la cotización, es decir, se les iba devolviendo a los interesados el capital ingresado en la libreta (cotizaciones y bonificaciones) al cumplir los sesenta y cinco años, o antes, en caso de invalidez (PÉREZ BOTIJA, E. (1955): *Derecho del Trabajo*, op.cit, p. 505).

²⁴ El Subsidio de Vejez fue creado por Ley de 1 de septiembre de 1939 (BOE de 9 de septiembre de 1939). Esta Ley se desarrolló por la Orden de octubre de 1939 (BOE de 11 de octubre de 1939).

²⁵ Aunque no se trataba de un régimen de reparto puro, si se atiende a lo establecido en los arts. 22 y siguientes de la Orden de 2 de febrero de 1940 que prevenían la constitución de fondos de reserva, para facilitar la solvencia y estabilidad del régimen y para facilitar el paso a un sistema de capitalización.

²⁶ Inicialmente el tope se estableció en 6000 pesetas/año, pero el Decreto de 6 de diciembre de 1941 fijó en 9000 pesetas anuales el tope de retribuciones. Posteriormente, el D. de 9 de enero de 1948 estableció el tope en 12.000 pesetas para el seguro de Vejez, el de enfermedad y el de accidentes; y los DD: de 29 de diciembre del mismo año lo elevaron hasta las 18.000. Por último, los Decretos de 17 de junio de 1949 y los de 8 de enero y 12 de febrero de 1954 lo fijarían en 30000 pesetas.

²⁷ De esta previsión surgió, como subraya DE LA VILLA GIL, la aplicación de la teoría judicial de la compensación de culpas. El autor la resume con el siguiente entrecomillado: "(...) si el trabajador se abstuvo voluntariamente de realizar el acto condicionante de su derecho (...) no puede hallar en culpa ajena-empendedor- la reparación de la omisión propia (...)". Véase 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, op.cit., p. 60.

²⁸ Los ingresos que impedían beneficiarse del subsidio eran tanto los efectivos como los presuntos, pues debe tenerse en cuenta que el art. 9 de la Orden de 2 de febrero de 1940 (BOE de 8 de febrero) excluía de

una cierta naturaleza asistencial, convirtiéndola en un “método de socorro a ancianos desvalidos”²⁹.

Ciertamente, una vez probados el cumplimiento de la edad exigida y la falta de ingresos, resultaba difícil quedar fuera de la protección del nuevo seguro social, pues los otros requisitos exigidos no eran particularmente rigurosos: bastaba con haber estado trabajando cinco años por cuenta ajena, afiliado al retiro obrero o no³⁰, y figurar inscrito en el “censo de ancianos”.

Para los que debían quedar afiliados obligatoriamente al nuevo Subsidio de Vejez, pero no hubieran estado inscritos en el retiro obrero o no hubieran reunido la condición de afiliables al mismo durante un periodo mínimo de 5 años, el periodo mínimo de cotización para tener derecho a la prestación económica se fijó en 1800 días³¹.

Puesto que después de que el obrero cumpliera la edad de retiro el patrono no tenía obligación de seguir cotizando, el problema podía plantearse en relación a aquellos trabajadores obligados a afiliarse al subsidio de vejez con una edad próxima a los 65 años y, que, por tal motivo, no hubieran tenido tiempo de trabajar como asalariados durante el periodo mínimo exigido de cinco años.

Esta cuestión³² quedó parcialmente resuelta cuando la Orden de 20 de enero de 1941 añadió un nuevo párrafo al art. 7º de la Orden de 2 de febrero de 1940, que permitía seguir trabajando a quien llegase a la edad de jubilación sin haber cubierto el periodo mínimo de trabajo como asalariado exigido. En estos casos, el empresario continuaría estando obligado a realizar las cotizaciones reglamentarias hasta el cumplimiento del referido periodo.

Por lo que respecta a la invalidez, que seguía sin considerarse como un riesgo específico, con características propias y distintas al de vejez, la norma que regulaba la concesión del subsidio de vejez también trató de poner remedio a la situación de los obreros que quedaban incapacitados para el trabajo antes de alcanzar la edad de retiro que, como se ha dicho, había sido fijada en 65 años por el Régimen de Retiro Obrero. Con esta finalidad

los beneficios del Subsidio de Vejez a quienes pagasen 100 pesetas anuales de contribución al Tesoro. Esta cantidad se elevó a 150 pesetas por la Orden de 30 de enero de 1943.

²⁹ En palabras de E. PÉREZ BOTIJA (1955), *Derecho del Trabajo*, op.cit, p. 506.

³⁰ No era necesario haber estado afiliado al retiro obrero, sino que bastaba con haber reunido durante cinco años la condición de afiliable al retiro obrero, aunque no se hubiese estado inscrito en el mismo.

³¹ Art. 7 Orden de 2 de febrero de 1940.

³² Como se ha indicado anteriormente, por lo que respecta a los que reunieran la condición de afiliables pero que no estuvieran efectivamente afiliados al Retiro Obrero, esta cuestión se había resuelto en la Orden de 12 de enero de 1942, a través de su inscripción en el “censo de ancianos”. En opinión de PÉREZ BOTIJA, este “censo de ancianos, no dejaba de ser una “nueva modalidad o especialización del padrón de beneficencia” (E. PÉREZ BOTIJA (1955), en *Derecho del Trabajo*, op.cit, p. 507).

anticipó a los 60 años el momento a partir del cual podía empezar a cobrarse la pensión en los casos de invalidez absoluta para todo trabajo³³.

1.1.1.3. La protección de la invalidez derivada de contingencias comunes a través del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez: Decreto de 18 de abril de 1947.

Pese a los escasos avances referidos, la protección de la invalidez derivada de riesgos comunes continuaba siendo a todas luces insuficiente.

Lo cierto es que hasta el Decreto de 18 de abril de 1947, que creó la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez³⁴, no se había hecho realmente un esfuerzo serio, ni volvió a hacerse hasta casi veinte años después, por regular de forma efectiva la protección del riesgo de invalidez no derivado de accidente de trabajo ni de enfermedad profesional. Faltaba darle una cobertura adecuada y específica dentro del sistema de Seguros Sociales que se estaba estableciendo paulatinamente en España³⁵.

La implantación del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), que debía llevarse a cabo de forma progresiva, no conllevó apenas cambios en cuanto a la protección de la vejez, pero sí marcó, por el contrario, un antes y un después en lo que a la cobertura

³³ La Orden de 2 de febrero de 1940 permitió adelantar a los 60 años la fecha a partir de la cual los ancianos que habían agotado sus fuerzas y se hallaban imposibilitados para seguir trabajando y, por tanto, para ganarse el sustento, podían comenzar a cobrar la pensión.

³⁴ BOE de 5 de mayo de 1947.

El subsidio de Vejez de 1939 se integró en el año 1947 en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). La regulación del SOVI se llevó a cabo por el Real Decreto de 18 de abril de 1947 (BOE de 5 mayo de 1947), desarrollado por la Orden de 18 de junio de 1947, por la que se establecieron normas para su aplicación (BOE de 20 de junio de 1947).

Conforme establecía el art. 1º del Decreto de 18 de abril de 1947, el Subsidio de vejez de 1939 quedaba integrado en el Seguro de Vejez e Invalidez, gestionado por el Instituto Nacional de Previsión, mediante la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, creada para sustituir, a partir de esta fecha, al que hasta ese momento se había denominado Servicio Nacional de Vejez e Invalidez, del mismo Instituto.

³⁵ Ciertamente, se había ampliado el régimen de previsión social, con la introducción del Seguro Obligatorio de Enfermedad en el año 1942, y con la mejora del seguro de vejez, establecido en 1939, pero sin que ello supusiera ningún cambio significativo en cuanto a la cobertura de la invalidez no derivada de riesgos profesionales.

A este respecto, en el Propio preámbulo del Decreto de 18 de abril de 1947 se recordaba que “el Seguro de Enfermedad y la reciente disposición sobre enfermedades profesionales son antecedentes inmediatos de este ciclo protector que debe cerrarse con la implantación de un Régimen de invalidez que cubra, no sólo el riesgo de la prematura pérdida con carácter permanente de la capacidad del obrero para el trabajo, sino también la invalidez temporal que exceda en su duración de los periodos cubiertos por el Seguro de Enfermedad”.

Sobre el seguro de enfermedad, véase JORDANA DE POZAS, L. (1961): “Características del seguro español de enfermedad”, en *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Vol. 2, Madrid, Ministerio de Trabajo (INP), pp. 151-154. Sobre concepto del seguro de enfermedad, SERRANO GUIRADO, E. (1950): *El Seguro de enfermedad y sus problemas*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), p. 93.

específica del riesgo de invalidez derivada de causas comunes se refiere, al establecerla en España por primera vez.

Pese a las restricciones con que el SOVI configuró la Invalidez no profesional como riesgo propio³⁶, el avance fue significativo si se tiene en cuenta que en ese momento la invalidez derivada de riesgos no profesionales solo se protegía a través del Subsidio de Vejez creado en 1939, cuya escasa cobertura únicamente alcanzaba a anticipar a los sesenta años la prestación económica de vejez, y eso solo en caso de invalidez absoluta para todo trabajo.

El Decreto de 18 de abril de 1947 reconocía en su artículo 7 el derecho a cobrar por invalidez la misma pensión que se tendría derecho a obtener en caso de vejez en el momento de cumplir la edad establecida.

La Invalidez protegida se definía como aquella “que produzca en el que la sufra la pérdida de su actividad que le imposibilite ganar en un trabajo adecuado a sus fuerzas, su capacidad, su instrucción y la profesión ejercida, un tercio al menos de lo que gane habitualmente un asalariado de la misma categoría, sano física y mentalmente, de instrucción análoga, en la misma localidad”³⁷.

Por su parte, en el artículo 8 de la misma norma, se estableció con carácter transitorio, a la espera de la futura implantación de un sistema que cubriera completamente el riesgo de pérdida prematura de la capacidad física para el trabajo, una protección de la Invalidez sujeta a las siguientes circunstancias:

- La Invalidez debía impedir realizar con carácter permanente todo trabajo de la profesión habitual, siendo los ingresos actuales inferiores a la tercera parte de los que el trabajador obtendría si hubiera podido seguir dedicándose a dicha profesión.

A estos efectos, de acuerdo con el art. 3 de la Orden de 18 de abril de 1947³⁸, se consideraba profesión habitual aquella a la que el productor hubiera dedicado su actividad

³⁶ No obstante, se conservó la unidad de gestión de los riesgos de vejez e invalidez.

³⁷ La definición de invalidez dada en el art. 7 del Decreto de 18 de abril de 1947 resultaba muy similar a la contemplada en las “Bases del anteproyecto para la unificación de los Seguros sociales “(Gaceta de 28 de mayo de 1936), que no llegó a entrar en vigor. En este texto la Invalidez se definía como “Aquella que produzca en el que la sufra la pérdida de su actividad que le imposibilite ganar en un trabajo adecuado a sus fuerzas, su capacidad, su instrucción y la profesión ejercida, un tercio al menos de lo que gane habitualmente un asalariado de la misma categoría, sano física y mentalmente, de instrucción análoga, en la misma localidad”.

Al respecto, ALVAREZ DE LA ROSA subraya que en este caso se contemplaba la capacidad genérica de trabajo; se graduaba la invalidez estableciendo los grados en relación a la capacidad residual de ganancia, pero comparándola con la de un hombre sano de análogas características (edad, cultura, formación profesional) en la misma localidad y, además, no se imponían límites artificiales de edad, ALVAREZ DE LA ROSA, J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op.cit, pp. 127 y 128.

³⁸ BOE de 20 de junio de 1947.

antes de sobrevenir la invalidez y que constituía la base fundamental de su existencia. Para aquellos casos en los que el inválido hubiera ejercido diversas profesiones u oficios, se consideraba como habitual la ejercida durante más tiempo en los cinco años anteriores a la fecha en que se produjo la invalidez.

- Quedaban excluidas de la protección las invalideces derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, que contaban con una protección propia y específica. Tampoco podría considerarse inválido a los efectos del Seguro al que lo fuera por causa a él mismo imputable³⁹.

- Antes de la declaración de la invalidez era necesario que el trabajador se hallase debidamente inscrito en el Régimen del Subsidio de Vejez o en el Seguro de Vejez e Invalidez y que tuviera reconocidas a su favor 1800 cotizaciones, es decir, las equivalentes a una prestación de trabajo de 1800 días.

- También se exigía que el trabajador tuviera cumplidos los 50 años, aunque esta edad podía rebajarse hasta los 30 en casos de “invalidez cualificada”⁴⁰, entendiéndose por tal aquella que se debiera a: la pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores; pérdida de movimiento análoga a la mutilación de las extremidades en las mismas condiciones indicadas en el apartado precedente, pérdida total de la visión o enajenación mental incurable.

En definitiva, la Invalidez asegurada quedaba restringida no solo en cuanto a los sujetos protegidos, sino también porque iba referida, por una parte, a la Invalidez absoluta y permanente para todo trabajo en la profesión habitual -capacidad de trabajo- y, por otra, a la capacidad de ganancia, al exigirse que los ingresos del inválido fueran “inferiores a la tercera parte de los que obtendría en dicha profesión habitual”⁴¹.

Teniendo en cuenta que hasta este momento la protección de la Invalidez no derivada de accidente de trabajo o de enfermedad profesional se hallaba limitada a la Invalidez

³⁹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1970): *Culpa de la víctima y accidente de trabajo*, en ADC, t.XXIII, f. III, p.550, citado en ALVAREZ DE LA ROSA, J.M. (1982), *Invalidez y Seguridad Social*, op. cit., p.130. No sería suficiente la culpa, sino que “la imputabilidad debe entenderse conectada estrictamente a la idea de intencionalidad”.

⁴⁰ Términos utilizados por E. PÉREZ BOTIJA (1955), en *Derecho del Trabajo*, op.cit, p. 512. En opinión de este autor, la pérdida total, o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o inferiores podía ser anatómica o funcional

⁴¹ ALVAREZ DE LA ROSA, J.M (1982), *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op. cit., pp. 123 y 124. ALMANSA PASTOR sintetiza los criterios que se siguen para proteger la incapacidad laboral patológica en el Decreto de 18 de abril de 1947 de la siguiente manera: “en orden a su causa, que no fuesen profesional, sino genérica o común; en orden a su duración, que fuese permanente; en orden a la actividad que se contemplaba la profesión habitual, pero en los supuestos de mayor severidad de la invalidez, ésta era referible a cualquier actividad; en orden, finalmente, a la intensidad se exigía que la capacidad de ganancia

absoluta para todo trabajo, la inclusión de la cobertura de la Invalidez absoluta para la profesión habitual supuso una importante ampliación de la protección dispensada al riesgo de Invalidez por causas comunes. Pero, pese a ello, en la práctica la protección acabó siendo insuficiente por los límites impuestos en relación con la edad y con la capacidad de ganancia del beneficiario.

Por lo que respecta a la edad, como se ha indicado anteriormente, solo podían ser beneficiarios quienes tuvieran cincuenta años cumplidos, a menos que padecieran alguna de las lesiones expresamente contempladas en el art. 8 del Decreto de 18 de abril de 1947, en cuyo caso la edad podía rebajarse hasta los treinta años. No obstante, teniendo en cuenta la suma gravedad de las lesiones mencionadas en el citado artículo 8, lo que en realidad se protegía entre los treinta y los cincuenta años no dejaba de ser la Invalidez permanente absoluta para todo tipo de trabajo, quedando en la práctica reservada la cobertura de la Invalidez permanente absoluta para la profesión habitual a quienes hubieran cumplido los cincuenta años.

En relación con la capacidad de ganancia, debe señalarse que el trabajo por cuenta ajena solo resultaba compatible con la pensión si el sueldo percibido era inferior a un tercio del que habitualmente ganaba el beneficiario de la misma.

Las consecuencias de la imposición de este límite de ingresos no hubieran resultado tan lamentables si no fuera por la exigua cuantía de la pensión a percibir, que no guardaba ninguna relación con el salario que se había dejado de percibir a raíz de la Invalidez⁴².

En cuanto al procedimiento a seguir para tener derecho a la pensión, era preciso acreditar la Invalidez mediante la certificación del Médico del Seguro de Enfermedad que tuviera asignado o que hubiera asistido al solicitante. En dicha certificación tenía que

quedara reducida a menos de la tercera parte de los ingresos normales de dicha profesión” (ALMANSA PASTOR, J. M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., p. 299).

⁴² ALVAREZ DE LA ROSA señala que este concepto enraíza con la protección de la invalidez iniciada por el retiro obrero de 1919, que consideraba la invalidez como una vejez prematura y cubría el riesgo con pensiones fijas que no guardaban relación con el salario percibido por el trabajador. Esta circunstancia conducía al inválido a una situación de indigencia, tanto por la insuficiencia de la pensión, cuanto por convertir la capacidad residual, que ya era artificialmente reducida por la norma, en mano de obra barata. El error en el que incurría la norma era comparar la capacidad de ganancia del inválido antes y después de evaluada la incapacidad, cuando lo que debería haber comparado es su capacidad residual de ganancia con la de un trabajador “de parecidas condiciones y sano” (ALVAREZ DE LA ROSA, J.M. (1982): *Invalidez y Seguridad Social*, op. cit., pp. 123 a 126).

especificarse la incapacidad padecida por el peticionario y hacer constar que existía una capacidad de trabajo real que le permitía dedicarse a otras actividades laborales.

Una vez presentada la solicitud, la competencia para declarar la invalidez correspondía a la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, que podía revisarla más adelante.

Por Decreto de 9 de enero de 1948⁴³ se extendió la protección otorgada por los seguros obligatorios de enfermedad y de vejez e invalidez a todos los productores manuales, sin establecer límite de ingresos. Para los trabajadores no manuales, el tope de rentas anuales quedó fijado en dos mil pesetas.

Pese a su establecimiento con carácter transitorio, el sistema de protección del riesgo de invalidez regulado en el artículo 8 del Decreto de 18 de abril de 1947 se siguió aplicando hasta la entrada en vigor del sistema de Seguridad Social previsto en la Ley de Bases de 1963.

1.1.1.4. La ausencia de protección de la situación de Gran Invalidez derivada de contingencias comunes en los seguros sociales. La cobertura de la Gran Invalidez través de la protección pública.

Pese a los importantes progresos que el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez representó en cuanto a la protección de la invalidez derivada de contingencias comunes, siguió sin darse cobertura a la situación en que se encontraban los trabajadores incapacitados de forma permanente para el trabajo, que además precisaran de la ayuda de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida, situación está que más adelante sería definida y regulada como Gran Invalidez.

En el mejor de los casos, el gran inválido por causas no relacionadas con el trabajo podía beneficiarse de la protección pública que en esta época se estableció al margen de los seguros sociales y que, básicamente, consistía en las acciones que emprendieron la Asociación Nacional de Inválidos Civiles, el Patronato de Rehabilitación y Recuperación de Inválidos y la Organización Nacional de Ciegos.

La Asociación Nacional de Inválidos Civiles fue creada en 1958⁴⁴ con la finalidad de “establecer los medios adecuados para el conocimiento y estudio de los problemas de orden moral, económico y social de los inválidos, las necesidades y aspiraciones de éstos,

⁴³ BOE de 21 de enero.

⁴⁴ Orden ministerial de 28 de noviembre de 1958 (BOE de 22 de diciembre). Sus estatutos fueron aprobados por la Orden ministerial de 14 de diciembre de 1959 (BOE de 24 de diciembre).

así como adoptar, o plantear entre los órganos competentes, las medidas y medios convenientes para su solución”⁴⁵.

La Asociación, en la que quedaba fusionada la anterior Asociación de Inválidos para el trabajo⁴⁶, tenía entre otros objetivos la rehabilitación y readaptación para el trabajo de los inválidos con posibilidades de recuperación y la prestación de ayuda adecuada a las necesidades de los inválidos irrecuperables.

También el Patronato de Rehabilitación y Recuperación de Inválidos⁴⁷, cuyo antecedente fue el Patronato de la Lucha contra la Invalidez⁴⁸, tenía entre sus fines la cooperación para la organización de centros de rehabilitación; la coordinación de la labor de centros públicos y privados en especial con el SOE para la asistencia y recuperación de los “lisiados” (art. 3 del Decreto).

Por último, cabe resaltar la labor de la Organización Nacional de Ciegos que, mediante la venta de cupones de una lotería diaria, permitió obtener ingresos a muchos invidentes incorporados a la misma.

1.1.2. La protección de la Invalidez derivada de contingencias profesionales. Especial referencia a la Incapacidad Permanente derivada de Accidente de Trabajo.

La protección de la Gran invalidez, y en concreto, de la situación de dependencia que la caracterizaba, ha estado durante décadas vinculada estrechamente a la cobertura de los riesgos profesionales y, en particular, a la del accidente de trabajo.

En un primer momento, sin tener todavía la consideración de grado autónomo de la Incapacidad Permanente, fue atendida a través de un suplemento que debía añadirse a las indemnizaciones previstas para las víctimas de accidentes de trabajo que, como consecuencia del cual, necesitaran de la asistencia constante de otra persona y, posteriormente, fue considerada como una Incapacidad Permanente Absoluta agravada.

Fue a partir del año 1982 cuando la Gran Invalidez adquirió la condición de grado autónomo de Incapacidad Permanente, al quedar desvinculada de la Incapacidad Permanente Absoluta. En adelante se caracterizaría como una situación que exigía la Incapacidad Permanente para el trabajo, aunque no necesariamente para todo tipo de

⁴⁵ Art. 9 de sus estatutos.

⁴⁶ Había sido creada por Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1940 (BOE de 10 de noviembre).

⁴⁷ Fue estructurado por el Decreto de 28 de junio de 1957 (BOE de 13 de julio) y reglamentado por Orden ministerial de 11 de enero de 1960 (BOE de 3 de febrero).

⁴⁸ D. 6 de junio 1949 (BOE del 20 de julio).

trabajo, y la necesidad de asistencia de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida.

1.1.2.1. Antecedentes remotos: La protección de los inválidos para el trabajo a través de la beneficencia pública.

En el ámbito de la beneficencia, la protección de los obreros que hubieran quedado impedidos para el trabajo se había llevado a cabo mediante la creación, por el Real Decreto de 11 de enero de 1887⁴⁹, de un Asilo para inválidos del trabajo, financiado con fondos tanto privados como públicos⁵⁰.

El artículo 9 de la norma citada se limitó a reconocer un derecho preferente al ingreso en el Asilo a aquellos inválidos para el trabajo que lo fueran como consecuencia de un accidente. Así establecía que: “Sólo podrán ingresar en el Asilo los inválidos del trabajo, siendo preferidos los que hayan quedado inutilizados por accidente”.

Fue la Ley de 27 de julio de 1887⁵¹ la que, en su artículo 3, concretó los requisitos que debían reunir los inválidos para ingresar en este asilo. Debía tratarse de “varones absolutamente incapacitados, solteros o viudos sin hijos menores de edad” y que no tuvieran “padecimiento crónico”.

Esta regulación dejaba claro que solo podían hacer uso del albergue los varones incapacitados absolutos, sin enfermedades crónicas, que no tuvieran mujer que pudiera atenderles, ni hijos de quienes cuidar por faltarles su madre.

La Orden de 12 de enero de 1892⁵² aprobó el Reglamento del asilo de inválidos del Trabajo, institución que después de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922⁵³, pasó a

⁴⁹ Gaceta de 13 de enero de 1887.

⁵⁰ En concreto, el artículo 4 del RD de 11 de enero de 1887 establecía lo siguiente: “Al sostenimiento del asilo se destinarán el producto de donativos o suscriptores particulares y una cantidad que se incluirá todos los años en los Presupuestos del Estado”.

⁵¹ Gaceta de 30 de julio de 1887.

⁵² Gaceta de 15 de enero.

⁵³ Gaceta de 11 de enero.

denominarse Instituto de Reeducción Profesional de Inválidos de Trabajo y a depender del Ministerio de Trabajo.

1.1.2.2 .Las Leyes de Accidente de Trabajo de 1900 y de 1922.

El artículo 4 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900⁵⁴ reconocía el derecho de los obreros accidentados a percibir indemnizaciones de distinta cuantía⁵⁵ cuando quedaran en situación de incapacidad para el trabajo, absoluta o parcial, temporal o perpetua.

También se establecía la obligación del patrono de indemnizar a la viuda y otros familiares del difunto y de contribuir a los gastos del sepelio en el caso de que el accidente causara la muerte del obrero⁵⁶, pero no se fijaba indemnización alguna para el caso de que el accidente dejara al trabajador en una situación de incapacidad tal que le impidiera valerse por sí mismo.

Resulta interesante observar que la clasificación que esta norma de 1900 hacía de las incapacidades para el trabajo, se mantuvo sin apenas retoques en las posteriores normas de accidentes de trabajo y, que con escasas modificaciones, sigue siendo en lo esencial la misma que se establece hoy en día en el RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGSS (LGSS/2015)⁵⁷.

Ya se establecía entonces la distinción entre la incapacidad temporal y la llamada “perpetua” o permanente y, dentro de esta última, se diferenciaba entre aquella que inhabilitaba para todo trabajo, que recibía el nombre de incapacidad permanente y absoluta, y aquella que incapacitaba para seguir dedicándose a la profesión habitual, pero

⁵⁴ Gaceta de 31 de enero. Véase DEL VALLE VILLAR, J. M. (2014) “Los orígenes de la protección en caso de accidente de trabajo: la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900”. En: *Eduardo Dato Iradier: presidente del Consejo de Ministros de España 1913: "La reforma social"*. Alfonso M. García-Moncó Martínez, José Manuel del Valle Villar (coord.), pp. 213-248.

⁵⁵ Las indemnizaciones, que se pagaban en un único momento y eran de cuantía variable, estaban en función del salario del trabajador accidentado y de la incapacidad consecuencia del mismo. Hasta que se estableció el aseguramiento obligatorio en el año 1932 no se generalizó el pago de la indemnización en forma de pensión vitalicia.

⁵⁶ Para aquellos supuestos en los que el accidente de trabajo produjera la muerte del obrero, el artículo 5 de la Ley de accidentes de trabajo de 1900 establecía la obligación del patrono de “sufragar los gastos del sepelio, no excediendo éstos de 100 pesetas”, y de “indemnizar a la viuda, descendientes legítimos menores de diez y seis años y ascendientes. Solo en este caso estaba previsto el pago de la indemnización en forma de pensión vitalicia, y no el pago único de la misma.

Este mismo artículo, en su disposición 5ª, regulaba por primera vez el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en las máquinas, de forma que si el accidente tenía lugar en un establecimiento u obras cuyas máquinas y artefactos carecieran de los aparatos de precaución a que hacían referencia los artículos 6 a 9, las indemnizaciones determinadas en la Ley se aumentarían “en una mitad más de su cuantía”.

⁵⁷ BOE de 31 de octubre.

permitía realizar un trabajo distinto, aunque no se la denominaba todavía incapacidad permanente total para la profesión habitual.

También dentro de la incapacidad permanente se distinguía otro tipo de incapacidad, la parcial para la profesión o trabajo al que se dedicaba la víctima, de momento sin aclarar los parámetros máximo y mínimo en que se movía, como se hizo posteriormente, por lo que no quedaba claramente delimitada. Solo se establecía la obligación del patrono, a su elección, de destinar al trabajador a un puesto de trabajo compatible con su estado pagándole la misma remuneración o a indemnizarle. De esta forma, de la regulación que la Ley de 1900 hacía de la incapacidad permanente parcial parecía deducirse la imposibilidad de seguir dedicándose al mismo trabajo y cobrar la indemnización⁵⁸, por lo que no se apreciaba diferencia alguna entre este tipo de incapacidad y la que se refería solo a la profesión habitual pero no impedía la realización de otro trabajo.

En otro orden de cosas, pese a las similitudes existentes entre la graduación de la incapacidad permanente en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y en la actual, las indemnizaciones previstas para los distintos tipos de incapacidad permanente nada tenían que ver con las que se establecieron más adelante⁵⁹, puesto que en ningún caso, ni siquiera para la incapacidad permanente absoluta, estaba previsto que fueran abonadas en forma de rentas vitalicias.

La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 fue revisada en el año 1921. Un proyecto de ley presentado por el Instituto de Reformas Sociales a las Cortes, después de otros varios

⁵⁸ Esta compatibilidad con el trabajo anterior a la declaración de Incapacidad permanente es precisamente la que en la regulación actual caracteriza a este grado y lo distingue del de Incapacidad permanente total.

⁵⁹ Las indemnizaciones previstas en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 para las distintas clases de incapacidades eran las siguientes:

- Si el accidente hubiese producido una incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo, el patrono debía abonar a la víctima una indemnización igual al salario de dos años. Si la incapacidad permanente lo era solo para la profesión habitual, pero no impedía al obrero dedicarse a otro trabajo, la indemnización consistía en dieciocho meses de salario.

- Si el accidente hubiese producido una incapacidad parcial, aunque permanente para la profesión o clase de trabajo a que se hallaba dedicada la víctima, el patrono, si decidía indemnizar en vez de cambiar al trabajador a un puesto compatible con su estado, debía satisfacer una indemnización equivalente a un año de salario.

que no consiguieron la aprobación, obtuvo la sanción y se plasmó en la Ley de 10 de enero de 1922⁶⁰.

Esta norma, si bien mantuvo el carácter voluntario del aseguramiento del riesgo de accidente de trabajo⁶¹, creó un Fondo de Garantía, en un intento de proteger al trabajador frente a la insolvencia del patrono que no hubiera asegurado su responsabilidad.

1.1.2.3 La referencia indirecta a la figura del gran inválido en el Código de Trabajo de 1926

El Código de Trabajo de 1926, que de alguna forma trató de sistematizar la legislación laboral anterior, tomó de ella la noción de accidente de trabajo, es decir, la que ya había establecido la Ley de 1900⁶² y fue recogida posteriormente en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1922.

También la técnica de graduación de la incapacidad que acogió el Código de Trabajo fue muy similar a la prevista en la Ley de 1922⁶³, salvo en lo referente a la necesidad de un tercero en el grado más grave de incapacidad, a la que ni la Ley de 1900 ni la de 1922 habían hecho referencia alguna.

Probablemente esta novedad introducida por el Código de Trabajo se debiera al hecho de que la Organización Internacional del Trabajo había adoptado en 1925 el Convenio núm. 17, sobre indemnización por accidentes de trabajo, y, pese a que España no lo ratificó hasta 1928, es posible que se incluyera ya de alguna forma en el Ordenamiento jurídico interno⁶⁴.

De ahí que, aun sin hacer referencia propiamente a la Gran invalidez, en las lesiones constitutivas de incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo, recogidas en el artículo 247 del Código de Trabajo, pueda tal vez encontrarse el origen de aquélla, ya que

⁶⁰ El Reglamento de aplicación de la Ley relativa a los accidentes de trabajo de 1922 se aprobó el 29 de diciembre de 1922 (Gaceta de 31 de diciembre).

⁶¹ Unos años antes, el Real Decreto de 15 de octubre de 1915 había impuesto el aseguramiento obligatorio del riesgo de accidente de trabajo en el mar.

⁶² MONTOYA MELGAR, A. (1992) *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*, Madrid (Ed. Civitas), p. 167.

⁶³ El artículo 149 del Código de Trabajo clasificaba las incapacidades en temporales y permanentes. Dentro de estas últimas distinguía entre parciales permanentes para la profesión habitual, totales permanentes para la misma profesión y permanentes absolutas para todo trabajo.

⁶⁴ En este sentido, 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), p.150.

por su naturaleza, dejaban al obrero en un estado tal que requería del auxilio de otra persona⁶⁵.

1.1.2.4 Ley de 4 de julio de 1932: posibilidad de complementar la prestación con un suplemento en caso de necesidad de asistencia de tercera persona.

En 1931, como consecuencia de la ratificación por España del Convenio de la OIT núm. 12, sobre indemnizaciones de los accidentes de trabajo en la agricultura, se había publicado el Decreto de 12 de junio de 1931, convalidado como Ley, que estableció las “bases” para la aplicación de la Ley de accidentes de trabajo a la agricultura.

Esta Ley de 1931 mantuvo el aseguramiento voluntario del riesgo de accidente de trabajo y, en términos también similares a los establecidos en la Ley de Accidentes de trabajo de 1900, reconoció el derecho a la asistencia médica y farmacéutica del trabajador accidentado y su derecho a percibir una indemnización en un solo pago en los casos de incapacidad temporal o permanente para el trabajo⁶⁶.

Pero a pesar de las importantes mejoras en la protección de la incapacidad derivada de riesgos profesionales llevadas a cabo fundamentalmente a través del Código de trabajo de 1926 y de la Ley de 1931, aún no se había contemplado de modo expreso la posibilidad de indemnizar con un suplemento a las víctimas de un accidente de trabajo que, como consecuencia de las secuelas sufridas a raíz de este, quedaran incapacitadas para el trabajo y además precisaran la asistencia de una tercera persona.

Esta posibilidad se contempló por primera vez en la Base séptima de la Ley de Bases de Accidentes de Trabajo en la Industria de 4 de julio de 1932⁶⁷, y posteriormente en el

⁶⁵ ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op.cit. p.84. El autor subraya que las lesiones recogidas en los artículos 153 y 247 del Código de Trabajo, que provienen del art. 4º de la Ley de 1922, “sobrecogen por tratarse de las más duras secuelas que puedan sufrirse” e indica que “de este tipo de incapacidad se desprende el concepto de gran invalidez”.

⁶⁶ Igual que en la norma de 1900, en la de 1931, se estableció el derecho de los herederos a una indemnización y al abono de los gastos de sepelio.

⁶⁷ 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.), op.cit., p. 51).

artículo 24 del Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo de 8 de octubre de 1932⁶⁸, que establecía lo siguiente:

“Las indemnizaciones fijadas por la ley serán objeto de un suplemento otorgado a las víctimas de accidente cuando por la incapacidad consecuencia de éste, necesite la asistencia constante de otra persona”⁶⁹.

De esta forma, en el caso de que la gravedad de las lesiones sufridas como consecuencia del accidente de trabajo impidiera a la víctima valerse por sí misma, hasta el punto de requerir la asistencia constante de otra persona, el importe de la pensión correspondiente a la incapacidad se vería incrementado con el suplemento previsto.

Las incapacidades previstas en el artículo 10 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1932 eran cuatro:

- a) Incapacidad temporal⁷⁰.
- b) Incapacidad parcial permanente para la profesión habitual⁷¹.
- c) Incapacidad permanente y total para la profesión habitual⁷².
- d) Incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo⁷³.

Es importante resaltar el hecho de que al establecerse la plena compatibilidad entre la cuantía del suplemento por asistencia de otra persona con la de la indemnización

⁶⁸ 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.

⁶⁹ El contenido del artículo 24 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1932 era idéntico en lo esencial al del artículo 7 del Convenio nº 17 de la OIT, de 1 de abril de 1925, sobre indemnización por accidente de trabajo, que establecía lo siguiente: “Se concederá una indemnización supletoria a las víctimas de accidentes que queden incapacitadas y necesiten la asistencia constante de otra persona”.

El Convenio de la OIT nº 17, aprobado en 1925, estableció el carácter obligatorio del seguro de accidentes. Dicho convenio, ratificado por España en 1928, fue la causa de la modificación operada en el artículo 168 del Código de Trabajo de 1926, en su apartado sobre accidentes de trabajo, por la Ley de 4 de julio de 1932 (Gaceta de 7 de julio de 1932). La Base 18ª de esta Ley encargó al Ministerio de Trabajo la preparación un Texto Refundido de la Ley de Accidentes para incorporar y conjugar estas sucesivas reformas. Este Texto Refundido fue aprobado el 8 de octubre de 1932 (Gaceta del 12) y entró en vigor el 1 de abril de 1933. El 31 de enero de 1933 se aprobó el Reglamento para su aplicación (Gaceta del 2 de febrero), que en su artículo 35 contemplaba también la concesión de una indemnización a las víctimas de accidentes de trabajo que como consecuencia del mismo precisasen la asistencia constante de una tercera persona.

⁷⁰ Art. 11: “Se considerará incapacidad temporal toda lesión que esté curada dentro del término de un año, quedando el obrero capacitado para el trabajo que estaba realizando al sufrir el accidente”.

⁷¹ Art. 12: “Se considerará incapacidad parcial permanente para el trabajo habitual aquella lesión que, al ser dado de alta el obrero, deje a este con una inutilidad que disminuya la capacidad para el trabajo a que se dedicaba al ocurrir el accidente”.

⁷² Art. 13: “Se considerará como incapacidad permanente y total para la profesión habitual toda lesión que, después de curada, deje una inutilidad absoluta para todos los trabajos de la misma profesión, arte u oficio a que se dedicaba el obrero al sufrir el accidente, aunque pueda dedicarse a otra profesión u oficio”.

⁷³ Art. 14: “Se considerará incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo aquella que inhabilite por completo al obrero para toda profesión u oficio”.

correspondiente a cualquiera de las clases de incapacidad referidas⁷⁴, la norma no vinculaba directamente la situación de dependencia a la incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo. No obstante, sí exigía, en su artículo 24, que la necesidad de ayuda fuera constante, y resulta difícil imaginar que quien precisara en todo momento la ayuda de tercera persona pudiera trabajar en alguna profesión u oficio.

Por lo tanto, parece claro que pocas personas podían beneficiarse de la protección adicional que otorgaba el citado suplemento, al quedar ésta limitada en la práctica exclusivamente a las víctimas de accidente de trabajo, y dentro de ellas, solo a aquellas que como consecuencia del desempeño del mismo no solo hubieran quedado impedidas para realizar actividad laboral alguna en lo sucesivo y, por tanto, para obtener rentas de trabajo, sino que además precisaran constantemente de la ayuda de otra persona⁷⁵.

Así lo entendió el Tribunal Supremo, que en su Sentencia de 23 de enero de 1941⁷⁶ no dudaba en considerar la Gran Invalidez como una forma agravada de invalidez que impedía no solo trabajar sino también realizar los actos básicos de la vida cotidiana.

Otra muestra de esta postura restrictiva adoptada por el Tribunal Supremo en cuanto a la concesión del complemento por asistencia de otra persona se encuentra en la STS de 10 de marzo de 1943⁷⁷. En esta Sentencia, el Tribunal Supremo, a efectos de la aplicación de los artículos 24 y 25 de la Ley de Accidentes de Trabajo en la Industria, indica que la única norma de criterio para juzgar cuándo ha de concederse el suplemento es la que se

⁷⁴ Las indemnizaciones correspondientes a los distintos grados de incapacidad se fijaban en el art. 23 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1932 y consistían en:

- Una renta igual al 50 por 100 del salario, si el accidente hubiese producido una incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo.
- Una renta igual al 37,5 por 100 del salario, si el accidente hubiera producido una incapacidad permanente y total para la profesión habitual, pero que no impida al obrero dedicarse a otro género de trabajo.
- Una renta igual al 25 por 100 del salario, si el accidente hubiera producido una incapacidad parcial y permanente para la profesión o clase de trabajo a que se hallaba dedicada la víctima.

⁷⁵ SÁNCHEZ-BORDONA J.M. Y GARCÍA TORNEL GARRÓS. (1951): “Valoración de las incapacidades en los accidentes de trabajo”, Ponencia presentada al II Congreso de Cirugía celebrado en Madrid en octubre de 1951, Ministerio de Trabajo (INP), disponible en bvingesa.msc.es/bvingesa/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1002075 (consulta: 1/4/2020). Estos autores, ambos doctores pertenecientes a los Servicios Sanitarios del Instituto Nacional de Previsión, reflexionaron acerca de las lesiones que podrían conllevar la calificación como gran inválido por impedir a este realizar los tres actos más indispensables para la subsistencia (comer, vestirse y desplazarse) y, consecuentemente requerir para llevarlos a cabo de la ayuda constante de tercera persona. Al respecto indicaban que: “Prácticamente sólo se dan estas desgraciadas circunstancias en los amputados dobles de las extremidades superiores y en las lesiones medulares, con paraplejía e incontinencia de heces y orina, así como en los casos en que existen escara-sacras, u otras complicaciones del cortejo de esos lesionados medulares”. Sin embargo, entendían que no eran constitutivas de gran invalidez “la amputación de ambas extremidades inferiores, ni la ceguera total, casos que ha motivado en varias ocasiones reclamaciones en este sentido”.

⁷⁶ Cfr. Considerando 1 y 2 de la STS de 23 de enero de 1941 (Ar.55).

⁷⁷ Ar. 358.

da en el párrafo 1º del artículo 24, es decir, la necesidad de “asistencia constante de otra persona”. En la misma resolución, el Alto Tribunal señala que el “concepto jurídico de la Gran Invalidez (...) nace de la aptitud para atenderse personalmente o en cuanto el paciente precise para realizar los actos más esenciales de la vida y de una manera constante del amparo ajeno (...)” y considera que este concepto está constituido por los siguientes elementos: a) pérdida anatómica o funcional de las dos extremidades superiores o casos análogos; b) imposibilidad de realizar por sí solo los actos más necesarios de la vida y c) obligación de probar esta imposibilidad.

Esta regulación se mantuvo prácticamente igual en la posterior legislación sobre Accidentes de trabajo, de tal manera que durante mucho tiempo el gran inválido solo podía ser quien hubiese realizado un trabajo y se encontrase en situación de dependencia severa como consecuencia de las secuelas sufridas a raíz de un accidente que hubiera tenido lugar mientras desempeñaba su oficio.

La Ley de Accidentes de Trabajo de 1932 también introdujo un cambio importante con respecto a la forma de pago de la prestación económica, al sustituir la entrega de una cantidad a tanto alzado por una renta vitalicia de pago periódico, que debía ser abonada tanto en caso de incapacidad permanente como de fallecimiento del trabajador accidentado.

Pese a que todavía seguía siendo posible el aseguramiento del riesgo de accidente de trabajo en una Compañía de Seguros o en una Mutualidad Patronal, el pago de las rentas vitalicias debía realizarse en todo caso por la Caja Nacional de Seguros creada en el Instituto Nacional de Previsión, entidad en la que a partir de ese momento también podía el empresario asegurar su responsabilidad.

1.1.2.5 Decreto de 29 de septiembre de 1943 y Orden de 17 de noviembre de 1945

La Ley de accidentes de trabajo de 1932, si bien había reconocido el derecho al mismo, no había aclarado la finalidad del suplemento a percibir en caso de necesidad de asistencia constante de tercera persona. De ello se ocupó el Decreto de 29 de septiembre de 1943⁷⁸,

⁷⁸ BOE 27 de octubre de 1943.

que además de precisar que el suplemento tenía como objeto retribuir a la persona que prestaba la ayuda, fijó su importe en un 50% del salario total⁷⁹.

La importancia de esta norma es doble: en primer lugar, porque estableció por primera vez la diferencia entre la finalidad de la pensión por incapacidad permanente, que es la de compensar al inválido de la pérdida de la capacidad de ganancia derivada del hecho de no poder trabajar, y la del suplemento, que es la de retribuir a la persona que le presta la asistencia para poder realizar los actos más esenciales de la vida y, en segundo lugar, porque sentó un precedente que sería seguido en las normas posteriores, consistente en vincular, en este caso directamente, el importe de esa indemnización con el salario del trabajador, y no con la concreta necesidad de ayuda por él precisada.

La conexión entre la cuantía de la indemnización y el salario del trabajador prevista explícitamente en el Decreto de 29 de septiembre de 1943, y el hecho de ser el importe del complemento ajeno por completo a la intensidad cuantitativa y cualitativa de la asistencia requerida por el beneficiario, ocasionaba la insuficiencia del suplemento prestacional para cubrir los gastos derivados de la ayuda constante requerida por el inválido, especialmente cuando por la naturaleza de sus lesiones resultase complicado atenderle en su domicilio.

Tal situación se intentó paliar a través de la Orden de 17 de noviembre de 1945⁸⁰, que contempló por primera vez la posibilidad de sustituir la prestación supletoria por el internamiento del inválido en un establecimiento sanitario adecuado que se encargaría de prestarle la asistencia por él requerida.

El internamiento, que en esa época revestía carácter más bien excepcional,⁸¹ requería de la libre y consciente manifestación de la voluntad del interesado en tal sentido. Solo cuando a juicio de los facultativos esto no fuera posible, la decisión quedaba en manos de los familiares más próximos⁸².

En caso de opción por la permanencia en una institución sanitaria adecuada, los gastos de alojamiento, alimentación y atención por tercera persona debían quedar cubiertos

⁷⁹ El art. 24 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1932 remitía la fijación del importe del suplemento al acuerdo entre las partes. En caso de no existir tal acuerdo, sería la autoridad competente para conocer de los litigios suscitados con ocasión de los accidentes de trabajo la encargada de establecerlo, teniendo en cuenta que tal indemnización no podía suponer más de la mitad de la cuantía de la indemnización principal.

⁸⁰ BOE de 27 de noviembre de 1945.

⁸¹ PÉREZ BOTIJA, E. (1960), Alcance de la protección al gran inválido (Sentencia 27 de enero de 1960), RGLJ, Tomo XL, pp.841-842, citado por BAVIERA PUIG, I. (2007): La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo, op.cit. p.152.

⁸² Art. 2 de la Orden de 17 de noviembre de 1945.

íntegramente, por lo que en este caso no se aplicaba el límite del 50% del salario establecido para el suplemento.

1.1.2.6 La primera definición normativa de la situación del gran inválido: Decreto de 22 de junio de 1956.

El Decreto de 22 de junio de 1956, que aprobó el Texto Refundido de la legislación de Accidentes de Trabajo⁸³ y el Reglamento para su aplicación, definió por primera vez la situación del gran inválido y lo hizo vinculándola a la incapacidad permanente absoluta. En concreto, el art. 42 del Reglamento para la aplicación del Texto Refundido establecía lo siguiente: “El operario afecto de incapacidad permanente absoluta se calificará como “Gran Invalído”, cuando, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, desplazarse o análogos), necesite la asistencia de otra persona”.

El concepto de gran inválido previsto en la norma, al establecer la necesaria vinculación de su situación con la de Incapacidad permanente absoluta, zanjaba la cuestión, que ya se había planteado la doctrina,⁸⁴ relativa a si la situación de Gran invalidez, aunque aún no definida específicamente como tal, era una agravación de este tipo de incapacidad o era una Incapacidad permanente específica.

Con la nueva regulación establecida en el Decreto de 22 de junio de 1956 no cabía duda de que solo el trabajador afecto de Incapacidad permanente absoluta podía ser calificado como “gran inválido”. Tal calificación se producía por acuerdo de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, siendo posible presentar recurso ante la Dirección General de Previsión en el plazo de quince días, a contar desde el día siguiente al de la notificación⁸⁵.

El artículo 41 de la misma norma, que consideraba como incapacidad permanente absoluta para todo trabajo aquella que inhabilitara por completo al trabajador para toda

⁸³ BOE de 15 de julio de 1956.

Cumpliendo con lo establecido en el artículo quinto de la Ley de 22 de diciembre de 1955 (BOE de 25 de diciembre), que había extendido la protección de la que ya disfrutaban los trabajadores de la industria a los trabajadores agrícolas, principalmente en lo referente a la indemnización por lesiones no incapacitantes que fueran consecuencia de accidente de trabajo, el Decreto de 22 de junio de 1956 llevó a cabo la unificación de la legislación sobre accidentes de trabajo, refundiendo en un solo texto la Ley de 1955 y la de 1932. Con esta reforma, además de unificarse la protección otorgada a los trabajadores de la industria, la agricultura y el mar, integrados en los tres regímenes que existían en ese momento, se mejoraron las prestaciones de invalidez, muerte y supervivencia.

⁸⁴ HERNAINZ MÁRQUEZ, M. 1953, “Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales”, Madrid (Ed. Revista de Derecho Privado), p.178.

⁸⁵ Art. 42 Decreto de 22 de junio de 1956.

profesión u oficio, establecía un listado de las pérdidas anatómicas o funcionales derivadas del accidente de trabajo que en todo caso tendrían tal consideración. Estas eran las siguientes:

- a) La pérdida total, o en sus partes esenciales de las dos extremidades superiores o inferiores, de una extremidad superior y otra inferior o de la extremidad superior derecha en su totalidad, conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie.
- b) La pérdida de movimiento, análoga a la mutilación de las extremidades, en las mismas condiciones indicadas en el apartado anterior.
- c) La pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual.
- d) La pérdida de la visión de un ojo, si quedaba reducida en el cincuenta por ciento o más, la fuerza visual del otro.
- e) Lesiones orgánicas y funcionales del cerebro y estados mentales orgánicos (psicosis crónicas, estados maniáticos y análogos) causados por el accidente, reputados como incurables, y que por sus condiciones impidieran al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo.
- f) Lesiones orgánicas o funcionales del corazón y de los aparatos respiratorio y circulatorio ocasionadas por acción del accidente, que se reputaran incurables, y que por su gravedad impidieran al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo.
- g) Lesiones orgánicas o funcionales del aparato digestivo o urinario, ocasionadas por acción del accidente que se reputasen incurables, y que por su gravedad impidieran al trabajador dedicarse en absoluto a cualquier clase de trabajo, tales como, en sus casos respectivos, ano contra natura, fístulas muy anchas, estercoráceas, vesicorrectales o hipogástricas y emasculación total.

Así como el art. 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo listaba las concretas lesiones, antes enunciadas, que cabía englobar dentro del grado de Incapacidad permanente absoluta, también quedaban detalladas en los artículos 37 y 38 del mismo las situaciones que en todo caso constituían incapacidad permanente parcial e incapacidad permanente total para la profesión habitual, respectivamente.

La relevancia de estos criterios establecidos en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 para calificar las distintas lesiones como constitutivas de uno u otro grado de Incapacidad permanente no ha decaído del todo en la actualidad, pues los listados de

incapacidades recogidos en los arts. 37, 38 y 41 de dicha norma siguen siendo utilizados con frecuencia por los Tribunales con carácter meramente orientativo⁸⁶.

Por otra parte, y a diferencia de lo establecido para la Incapacidad permanente parcial, total y absoluta, el artículo 42 del Reglamento de Accidentes de Trabajo no preveía que la calificación como “gran inválido” se realizase tomando como referencia situaciones previamente determinadas en la norma, sino con base en el impacto que tal situación tuviese en la autonomía de la persona. Por lo tanto, lo determinante a estos efectos debía ser la imposibilidad de realizar por uno mismo los actos más esenciales para la vida y, consecuentemente, la necesidad de recibir la ayuda de otra persona para poder llevarlos a cabo.

Años más tarde, el Decreto 1328/1963, de 5 de junio⁸⁷, modificó el art. 42 del Reglamento de Accidentes de trabajo de 1956, y consideró como situación constitutiva de Gran Invalidez la lesión referida en el apartado c) del artículo 41 de dicha norma, es decir, “la pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total

⁸⁶ No obstante, ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA subrayan que, si bien muchas sentencias han usado “con carácter indicativo” o como “antecedentes” u “orientadoras” las “incapacidades típicas” listadas en los arts. 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, resulta inaceptable entender que dichos preceptos continúen en vigor, máxime si se tiene en cuenta que “la jurisprudencia ha declarado explícitamente derogadas las normas definidoras de los diferentes grados de incapacidad contenidas en la Ley de Accidentes de Trabajo y en el Reglamento de Accidentes de Trabajo (STS 21 de diciembre de 1977 y 5 de marzo de 1982). ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA J.L. (2002): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Civitas Ediciones S.L, decimoctava edición), p. 105.

Más recientemente, la utilización, con carácter orientativo, por parte de los Tribunales de las situaciones de incapacidad definidas en los artículos 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, ha sido resaltada por BRUNA REVERTER. EL autor cita, a modo de ejemplo, las Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 14 de junio de 2012; del TSJ de Murcia de 28 de mayo de 2012 y del TSJ de Andalucía, con sede en Granada, de 23 de mayo de 2012, y señala que “...lo mencionen expresamente o no (los Tribunales) toman como pauta ese baremo, aunque lógicamente siempre dependiendo de las circunstancias específicas y concretas de cada caso, así como de las características propias y singulares que presenta la profesión habitual desempeñada por el obrero” (BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, Granada (Editorial Comares), pp. 265-267).

⁸⁷ Decreto 1328/1963, de 5 de junio sobre calificación de gran invalidez de los trabajadores al perder la visión en ambos ojos en accidente de trabajo (BOE de 15 de junio).

de la fuerza visual”⁸⁸. Quedaba así especificado que la invidencia determinaba la necesidad de ayuda de otra persona para los actos más esenciales de la vida⁸⁹.

No obstante, y pese a que el Decreto de 1963 considerara al invidente un incapaz absoluto y permanente para todo trabajo y, en consecuencia, “un parado forzoso”, en los casos en que se consiguiera su readaptación y autosuficiencia, estaba previsto que se revisara la calificación de Gran Invalidez otorgada inicialmente.

En otro orden de cosas, pese a que no puede obviarse el hecho de que tanto las lesiones que determinaban por sí mismas una Incapacidad permanente total como las que constituían una Incapacidad permanente absoluta conforme a los artículos 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 respectivamente, pudieran además impedir a quien las padecía realizar por sí mismo las actividades más indispensables para la vida cotidiana, solo era posible reconocer la Gran Invalidez si existía previamente una de las situaciones que podían integrarse en el grado de incapacidad permanente absoluta. Así quedaba expresamente establecido en la norma, por lo que el gran inválido solo podía ser alguien que se encontrara en cualquiera de las situaciones de incapacidad permanente más graves, es decir, en alguna de las determinantes de una incapacidad permanente absoluta.

Por lo demás, a falta de una expresa tipificación en las sucesivas normas que regularon la materia, hubo de ser la jurisprudencia la que fuera determinando, al tiempo que conocía los asuntos que se le planteaban, qué situaciones podían considerarse constitutivas de Gran Invalidez y cuáles no ⁹⁰.

Con carácter meramente enunciativo, en el artículo 42 del Reglamento de Accidentes de Trabajo se citaban algunos de los actos considerados esenciales para la vida, tales como

⁸⁸ Hasta ese momento, la pérdida de la visión de ambos ojos, entendida como anulación del órgano o pérdida total de la fuerza visual, se consideraba una lesión constitutiva de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo conforme al apartado c) del art. 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo.

El artículo 1 del Decreto 1328/1963 estableció que en todo caso se calificaría como “gran inválido” al accidentado que sufriera la dolencia descrita en el apartado c) del referido artículo 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, sin perjuicio de la revisión cuando procediere. En estos supuestos, conforme al art. 2.2 de la misma norma, debía reconocerse un complemento de pensión del 50%.

Incluso, después de la LSS de 1966, la única lesión considerada en sí misma constitutiva de Gran Invalidez siguió siendo la ceguera, que continuó funcionando como una causa de incapacidad listada.

Un análisis de los supuestos que han sido considerados jurisprudencialmente como constitutivos de gran invalidez en general, y de la situación de invidencia en particular, puede verse 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*, núm.5, pp. 25 y ss.

⁸⁹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1974 (Ar. 3994) consideró que la razón que justificaba la calificación como gran inválido del ciego era el hecho de que este precisara la asistencia de otra persona “para poder eludir o defenderse de una situación de peligro”.

⁹⁰ Entre otras, la jurisprudencia consideró como situaciones constitutivas de Gran invalidez la necesidad de utilizar una silla de ruedas para los desplazamientos, incluso en la propia casa (STS de 13 de marzo de

comer, vestirse o desplazarse. Aunque la enumeración de estos actos para cuya realización era precisa la ayuda de una tercera persona no pretendía ser exhaustiva, lo cierto es que los tres que se citaban expresamente no dejaban de ser los indispensables para garantizar la mera supervivencia del incapacitado.

Sería también la jurisprudencia la encargada de precisar el concepto de “actos esenciales” en los años posteriores, incluyendo dentro del mismo no solo a aquellos que se encaminaran “a la satisfacción de una necesidad primordial e ineludible para poder fisiológicamente subsistir”, sino también a los precisos “para la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro indispensables para la humana convivencia”⁹¹.

El artículo 22 del Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo de 1956 establecía que las indemnizaciones por Incapacidad permanente absoluta debían ser objeto de un suplemento otorgado a la víctima del accidente cuando por la incapacidad consecuencia de este necesitara la asistencia de otra persona. Conforme al artículo 45 del Reglamento de aplicación, si el accidente había producido una Incapacidad permanente absoluta, la cuantía de la indemnización debía ser abonada en forma de renta vitalicia y supondría un 100 por 100 del salario de la víctima⁹². Esta cantidad, según establecía el artículo siguiente, debía incrementarse en un 50% en el caso de que el trabajador fuese calificado como gran inválido⁹³, con la finalidad de retribuir a la persona que le prestase la asistencia necesaria para realizar los actos más esenciales para la vida.

Por consiguiente, la cuantía total de la prestación que tenía derecho a obtener el calificado como gran inválido quedaba fijada en un 150% del salario que percibiera en el momento de sufrir el accidente de trabajo.

También se contemplaba en el Reglamento de Accidentes de Trabajo la posibilidad de que los accidentados, una vez hubieran sido dados de alta con incapacidad permanente y mientras estuvieran disfrutando de las rentas vitalicias correspondientes a la misma,

1972); la hemodiálisis de 6 horas diarias, tres días por semana (STS de 6 de octubre de 1987, A.6840) y determinados tipos de trastornos mentales graves (STS 16 de diciembre de 1977; 30 de diciembre de 1977; 5 de mayo de 1982 y 26 de septiembre de 1983). Para profundizar más en esta cuestión, y especialmente en la referente a los trastornos mentales constitutivos de gran invalidez, puede verse GARCÍA VIÑA, J. (2001), “La evolución jurisprudencial de la Gran Invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social”, en *Revista Española Derecho del Trabajo (REDT)*, núm.206, pp. 619 y ss.

⁹¹ STS de 25 de noviembre de 1970 y STS de 26 de junio de 1978, entre otras.

⁹² En caso de que la Incapacidad fuera parcial, el porcentaje sería del 35 por 100 y si la incapacidad fuera total, del 55 por ciento. En ambos casos, la indemnización debía ser abonada también en forma de renta vitalicia.

⁹³ Art. 46. “Si el trabajador accidentado fuese calificado en la situación de “Gran Inválido”, que define el artículo 42 de este Reglamento, la renta que le corresponde como incapacitado absoluto será incrementada en un 50 por 100, con destino a retribuir a la persona que necesita a su lado para asistirle”.

podieran llevar a cabo tratamientos de rehabilitación adecuados con el objeto de “suprimir o disminuir su incapacidad, dando lugar a la oportuna revisión de aquéllas o simplemente para mejorar su estado”⁹⁴.

La Caja Nacional debía practicar gratuitamente dichos tratamientos a petición de los interesados, las Entidades aseguradoras o los patronos, en su caso, o cuando, sin haber sido solicitados, los considerara necesarios.

La revisión de las incapacidades permanentes, que era posible incluso cuando hubieran sido declaradas judicialmente⁹⁵, podía instarse por los interesados, las Entidades Aseguradoras y la Caja Nacional, por alguna de las causas previstas en el artículo 145 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, que eran las siguientes:

- a) Agravación o mejoría de las lesiones que motivaron la calificación de la incapacidad.
- b) Recuperación funcional por rehabilitación.
- c) Error de diagnóstico o pronóstico en la valoración de las mismas.
- d) Por negativa del trabajador a someterse a intervención quirúrgica si se considerase sin razón alguna.
- e) Muerte debida a las mismas causas de la incapacidad permanente.

Cuando la revisión obedeciera a alguna de las cuatro primeras causas, había de instarse en el plazo de seis años a partir de la fecha del accidente y, en general, para que procediera

⁹⁴ Art. 143 del Reglamento de Accidentes de Trabajo.

⁹⁵ Cuando la pensión se abonara en ejecución de sentencia de la Magistratura de Trabajo pendiente de recurso de casación sólo sería revisable por las causas a) y e) del artículo 145 del Reglamento de Accidentes de Trabajo.

la revisión por causa de muerte era necesario que ésta hubiera sobrevenido dentro de los dos años siguientes a la fecha del accidente⁹⁶.

Por otra parte, conforme al art. 148 del Reglamento⁹⁷, cuando se tratara de incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez, la revisión por muerte era automática, cualquiera que fuera la causa del fallecimiento o la fecha en que éste ocurriera.

La revisión se instruía y resolvía, en el plazo de tres meses a contar desde la iniciación del expediente, por la Caja Nacional de Seguro de Accidentes de Trabajo. La Caja debía practicar siempre el reconocimiento médico del incapacitado y podía solicitar cuantos informes estimara necesarios.

El Reglamento de Accidentes de Trabajo reconoció, en su artículo 33, el derecho a las prestaciones sanitarias del Seguro de Enfermedad en favor de los pensionistas de la Caja Nacional de Seguro de Accidentes del Trabajo por incapacidad permanente total, absoluta y de gran invalidez y de sus familiares. Con esta finalidad, según establecía el art. 56 del mismo texto, la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo debía efectuar la afiliación de los que fueran pensionistas por las referidas incapacidades en la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad.

Para que les fuera expedida la Cartilla de dicho Seguro, en la que quedaba consignada la fecha a partir de la cual se adquiría el derecho a recibir la asistencia sanitaria, los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y de Gran invalidez debían

⁹⁶ Conforme al art. 147 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, cuando la incapacidad y la muerte fueran debidas a silicosis u otra enfermedad profesional de características semejantes, en cuyo caso el plazo era indefinido.

En estos casos era obligatoria la práctica de la autopsia, que debía solicitarse al Juzgado de Instrucción de su residencia o del Municipal o Comarcal correspondiente, si no fuera cabeza de partido, por los familiares del trabajador o por la Entidad aseguradora dentro de las veinticuatro horas siguientes al fallecimiento.

El informe de autopsia se consideraba documento indispensable e insustituible para acreditar a efectos de revisión, las causas del fallecimiento del pensionista y su relación con la enfermedad profesional. La omisión de este requisito implicaba la pérdida del derecho para promover la revisión.

⁹⁷ El artículo 2 del Decreto 3581/1962, de 27 de diciembre (BOE 18 de enero de 1963) había dado esta nueva redacción al artículo 148 del Reglamento de aplicación de 1956.

Por otra parte, este Decreto de 1962 aprobó las nuevas tablas de mortalidad para el cálculo de las pensiones. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Seguro de Accidentes de Trabajo iba aplicando las mismas tablas de mortalidad para el cálculo de las pensiones desde 1933 y, la mayor supervivencia del colectivo pensionista, estaba causando un creciente desequilibrio financiero en el Fondo de Pensiones de aquél.

cumplimentar una declaración de situación familiar, al tiempo que formalizaban con su firma el título de renta⁹⁸.

1.1.2.7 El aseguramiento de las enfermedades profesionales: Decreto 792/1961, de 13 de abril y su Reglamento de aplicación de 9 de mayo de 1962.

El Decreto 792/1961, de 13 de abril⁹⁹ creó el llamado Fondo compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales¹⁰⁰ que, entre otras funciones, tenía la de declarar derechos y revisar incapacidades por enfermedades profesionales en vía administrativa, y la de contribuir al sostenimiento de la “Obra social de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidente de trabajo y enfermedades profesionales”.

La exposición de motivos de la norma resaltaba el hecho de que hasta ese momento el Seguro de Enfermedades Profesionales, creado mediante Decreto de 10 de enero de 1947, solo se había aplicado a dos de los dieciséis grupos en los que dicha disposición clasificaba a las referidas enfermedades¹⁰¹, cuya siniestralidad debía costearse de forma separada en cada grupo mediante reparto de cargas entre las empresas o centros de trabajo en los que pudieran producirse los respectivos riesgos. Estas circunstancias habían dado lugar a un gravamen desigual para las empresas interesadas, que resultaba excesivo al tener que sumarse al del Seguro de Accidentes de Trabajo¹⁰².

Principalmente por este motivo era necesario incluir la enfermedad profesional dentro del cuadro general de los riesgos que protegía el Seguro de Accidentes de Trabajo y transformar el sistema financiero de reparto de cargas por grupos de enfermedad profesional, que hacía recaer las cargas en un número muy reducido de industrias, en otro

⁹⁸ Un año después, por Decreto de 6 de diciembre de 1957(RCL 1957/1720), se modificaron los arts. 33 y 56 del Reglamento de 1956 para extender, tal como debía haberse hecho en el momento de la refundición, las prestaciones sanitarias del Seguro de Enfermedad a los derechohabientes del trabajador fallecido con ocasión, o, a consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, a quienes este derecho ya se les había sido reconocido por el Decreto de 31 de marzo de 1950 (RCL 1950,527).

⁹⁹ BOE de 30 de mayo de 1961.

¹⁰⁰ Ese era el nombre que a partir de ese momento pasaba a tener la anterior Junta Administrativa del Seguro de Enfermedades Profesionales (art. 1 del Decreto 792/1961).

¹⁰¹ De los dieciséis grupos que relacionaba el Decreto, solo se organizó el aseguramiento de la silicosis, al que, por Orden de 6 de octubre de 1951, se añadió el del “nistagmus” de los mineros. Para una visión completa de la evolución histórica de la enfermedad profesional puede verse MORENO CÁLIZ, S. (2002): *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*, Madrid (edita: Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo), pp. 180-307.

¹⁰² La Ley de Bases de Enfermedades Profesionales de 13 de julio de 1936 (Gaceta de 15 de julio) había impuesto que los pagos de las indemnizaciones derivadas de enfermedad profesional se hiciesen efectivas por los empresarios, los cuales, igual que en el caso del accidente de trabajo, debían obligatoriamente asegurar su responsabilidad. El Reglamento de 19 de julio de 1949, que desarrollaba el Decreto de 1947, sustituyó el contrato de seguro forzoso por la obligación de las empresas con riesgo silicótico de afiliarse, a fin de repartir entre ellas las cargas económicas globalmente ocasionadas por la silicosis. Esta obligación de afiliación sustituía a la de la celebración obligatoria del contrato de seguro.

que diera paso a una efectiva compensación nacional y no supusiera un gravamen apreciable para las empresas con un alto riesgo profesional.

Pero, además, con el nuevo sistema propuesto se pretendía obtener una mayor y mejor reparación de las consecuencias de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Para ello, con la finalidad de lograr en la medida de lo posible la reincorporación de los accidentados o enfermos a la población activa laboral, se incluyeron técnicas de recuperación y rehabilitación.

Dentro de estas técnicas de recuperación y rehabilitación, el artículo 27 del Decreto de 10 de enero de 1947 preveía la “instalación de servicios psicológicos y de orientación, selección y readaptación de post accidentados del Seguro de Accidentes en general y de enfermos profesionales”. Por otra parte, con el objetivo de obtener la recuperación más completa posible, el artículo 28 extendía a las enfermedades profesionales el régimen de rehabilitación establecido en la legislación de accidentes de trabajo, tanto durante el periodo de incapacidad temporal y asistencia médica, como después de la declaración de la incapacidad permanente.

La negativa del trabajador accidentado o del enfermo profesional a someterse a estos tratamientos de rehabilitación, o el incumplimiento de las prescripciones médicas, podía acarrear la suspensión de la percepción económica que viniera disfrutando por incapacidad temporal o permanente.

Por otra parte, y también en ese intento de aumentar sus posibilidades de reingreso en la vida profesional, los Servicios Médicos podían autorizar la realización de determinados trabajos a los trabajadores sometidos a tratamientos de rehabilitación¹⁰³.

El artículo 24 del Decreto de 1961 establecía que, como consecuencia del dictamen de los Servicios Médicos de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo, la situación del enfermo debía calificarse dentro de alguno de los siguientes apartados:

- a) Período de observación.
- b) Traslado de puesto de trabajo.

¹⁰³ En estos casos, era posible continuar percibiendo la pensión correspondiente, incrementada hasta llegar al salario normal, incluso si las horas de trabajo que hubieran autorizado los Servicios Médicos fuesen inferiores a las ordinarias, pero se causaba baja en el devengo de las prestaciones económicas del Seguro de Enfermedad.

- c) Baja en la empresa o industria.
- d) Incapacidad Temporal.
- e) Lesiones, mutilaciones o deformidades definitivas que, sin llegar a constituir incapacidad permanente, supongan una merma de la integridad física del trabajador.
- f) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- g) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- h) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y, en su caso, gran invalidez.
- i) Muerte.

Como se ve, en este artículo se mencionaban indistintamente todas las “situaciones” a las que el padecimiento de una enfermedad profesional podía llevar al trabajador, constituyeran o no “incapacidades”.

En cuanto a las clases de incapacidad permanente por causa de enfermedad profesional, e igualmente para la determinación de la cuantía de las indemnizaciones, el art. 57 del Reglamento de aplicación de las disposiciones del Decreto remitía a las establecidas en el Texto Refundido de la Ley de Accidentes del Trabajo y su Reglamento de aplicación. Tanto el Decreto 792/1961, de 13 de abril como su Reglamento de aplicación de 9 de mayo de 1962¹⁰⁴, supusieron un cambio fundamental en el aseguramiento de las enfermedades profesionales, que habían sido objeto de escasa atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia, a diferencia de lo ocurrido con el accidente de trabajo¹⁰⁵.

Para entender mejor este aspecto, hay que tener en cuenta que la Ley de Bases de 13 de julio de 1936¹⁰⁶ había contemplado el aseguramiento de las enfermedades profesionales,

¹⁰⁴ BOE 29 de mayo de 1962.

La Orden de 9 de mayo de 1962 contenía las normas reglamentarias que desarrollaban las contenidas en el Decreto 792/ 1961, de 13 de abril, sobre Seguro de Enfermedades profesionales y de la Obra de Grandes Inválidos y Huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

¹⁰⁵ A este respecto J. M. ALMANSA PASTOR señala que: “(...) a diferencia del accidente laboral, la enfermedad de trabajo ha sido objeto de menor atención y de escasa elaboración doctrinal y jurisprudencial, seguramente porque el ser o no ser de la enfermedad profesional no se debatía entre los términos absolutos de protección o desprotección, sino entre los términos relativos de protección como tal enfermedad profesional, como accidente de trabajo o, en el peor de los casos, como enfermedad común” (ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid (Editorial Tecnos, 1ª edición), p.365).

¹⁰⁶ La Ley de 13 de julio de 1936 (Gaceta de 15 de julio) de enfermedades profesionales fue dictada como consecuencia de la ratificación por España, por Ley de 8 de abril de 1932 (Gaceta del 14 de abril), del Convenio núm.18 de la OIT, referente a la reparación de enfermedades profesionales. Esta norma que, había intentado por primera vez en España la regulación específica de esta materia, aunque no fue objeto de derogación expresa, no llegó a desarrollarse.

En la Ley de Bases de 1936 se conceptuaban como enfermedades profesionales aquellas que tuvieran su origen en el trabajo desarrollado en industrias que quedaban relacionadas enumerativamente. No hay que olvidar que precisamente la frecuencia con la que se deban determinadas enfermedades en ciertas

pero la Guerra Civil y el régimen político surgido a continuación de la misma, dejaron sin desarrollo sus directrices, por lo que la protección de aquéllas, con contadas excepciones, siguió discurriendo básicamente al amparo de la legislación de accidentes de trabajo¹⁰⁷.

Desde 1941, fecha de la primera disposición sobre neumoconiosis en general y sobre la silicosis en particular¹⁰⁸, hasta 1961, el aseguramiento se había limitado prácticamente al de la silicosis en cuatro industrias y al nistagmo en las minas de carbón. Por lo demás, excepto en lo concerniente a la graduación de la silicosis¹⁰⁹, la legislación intermedia, no aportó nada nuevo en materia de incapacidades¹¹⁰.

Si el Decreto de 1947 conceptuaba la enfermedad profesional como aquella que siendo consecuencia del trabajo y estando comprendida en el cuadro enumerativo de enfermedades e industrias, ocasionara una incapacidad laboral o la muerte, el de 1961 concretaba además las causas productoras de la enfermedad, es decir, los concretos elementos, sustancias e industrias susceptibles de provocarla, que quedaban incluidos en

profesiones fue la que permitió considerarlas como enfermedades profesionales y, más tarde, listarlas como tales.

¹⁰⁷ En referencia a este amparo otorgado por parte de la legislación de accidentes de trabajo a las enfermedades que tuvieran su causa en el trabajo realizado, la Base XII de la Ley de 1936 indicaba que la existencia de la lista de enfermedades e industrias que en ella se contemplaba no debía impedir que, como había venido ocurriendo hasta ese momento, los Tribunales siguieran aplicando a las “manifestaciones de otras enfermedades derivadas directa, indubitada y principalmente del ejercicio de una profesión, la protección legal establecida para los accidentes de trabajo”.

¹⁰⁸ La silicosis fue, sin duda, la más importante de las enfermedades profesionales. Era un tipo de neumoconiosis que se producía por la aspiración prolongada de polvo silíceo y daba lugar a un estado de fibrosis pulmonar con insuficiencia respiratoria y circulatoria, provocando una incapacidad laboral o la muerte.

La Orden de 7 de marzo de 1941 asimiló la protección de la silicosis al régimen asegurativo de los accidentes de trabajo, y el Decreto de 3 de septiembre de 1941 estableció un “seguro de silicosis”, vinculado al de accidentes de trabajo.

¹⁰⁹ La silicosis podía ser de primer, segundo y tercer grado.

La de primer grado no originaba por sí misma una disminución de la capacidad de trabajo, a menos que concurriera con bronconeumonía crónica, asmática o no; con cardiopatía orgánica, aun compensada, y con tuberculosis activa, en cuyo caso quedaba equiparada a la silicosis de segundo grado, que era la que inhabilitaba al trabajador para desempeñar las tareas fundamentales de su profesión habitual y se consideraba como invalidez permanente en grado de total para la profesión habitual.

Por último, la silicosis de tercer grado era aquella que se manifestaba con cualquier esfuerzo físico e impedía todo trabajo. Quedaba equiparada a la misma la silicosis de segundo grado que concurriera con afecciones tuberculosas activas. Ambas se consideraban como invalidez permanente en grado de absoluta. Sobre la protección específica de la silicosis, véase MORENO CÁLIZ, S. (2002): *Enfermedades profesionales. Un estudio de su prevención*, op.cit., pp. 712- 729.

¹¹⁰ Sobre esta cuestión, véase. ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op. cit., pp. 153-155.

el cuadro anexo; y exigía que como resultado de la misma se produjera una Incapacidad permanente o a la muerte¹¹¹.

En lo concerniente a la protección de la enfermedad profesional, se vuelve a asimilar ésta a la del accidente de trabajo¹¹², al exigir el contrato de seguro forzoso que quedaba incluido obligatoriamente en la póliza de accidentes de trabajo. Por otra parte, se generaliza la carga del riesgo de enfermedad profesional mediante compensación nacional.

La Obra Social de grandes Inválidos y de huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo o enfermedad profesional¹¹³ se creó con la finalidad de proteger a los trabajadores incapacitados absolutos que hubieran quedado, además, en situación de dependencia por causas profesionales, así como a sus descendientes menores de dieciocho años y a los de los pensionistas por incapacidad permanente total o absoluta a causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional. También eran beneficiarios de la Obra los huérfanos y viudas de quienes hubieran fallecido como consecuencia de riesgos profesionales.

Los beneficios de la Obra, que se otorgaban con carácter discrecional en función de la disponibilidad de medios financieros, podían consistir en un complemento de la prestación médico-farmacéutica a la que legalmente tenían derecho los interesados; en

¹¹¹ A diferencia del Decreto de 1961, el artículo 85 de la Ley de Seguridad Social de 1966 no exigiría ya esa gravedad en cuanto al resultado de la enfermedad profesional, sino solo que esta fuera consecuencia del trabajo y encontrara su causa en los elementos, sustancias y actividades especificadas en el cuadro anexo a sus normas de aplicación y desarrollo. Este cuadro anexo, en ausencia de normas que establecieran un nuevo cuadro de enfermedades profesionales, siguió siendo el establecido por Decreto de 9 de julio de 1961, posteriormente modificado por Decreto de 9 de julio de 1970.

En todo caso se exigía que existiera una relación causa- efecto entre el trabajo y la enfermedad, pero en este caso la estimación del nexo causal no quedaba sujeta al arbitrio judicial, sino que se producía de forma automática cuando la enfermedad padecida fuera una de las listadas en el cuadro y quedara probada la existencia en la industria del elemento o agente causante de la enfermedad. Se establecía de esta forma una presunción “iuris et de iure” de la relación de causalidad, tal como subrayaba el Tribunal Central de Trabajo en su sentencia 23 de enero de 1970.

Por otra parte, en relación a la cuestión de si la lista de enfermedades profesionales era abierta o cerrada, ALMANSA PASTOR se inclinaba por considerar ésta cerrada, aduciendo que “la LSS impone a las normas reglamentarias que establezcan el procedimiento a observar para la inclusión en el cuadro de otras afecciones profesionales de etiología laboral que deban incorporarse al mismo” y añade que; no obstante, “mientras esas enfermedades de carácter profesional no tipificadas como tales permanezcan fuera del cuadro legal, la jurisprudencia, y hoy la amplificación legal del accidente de trabajo, permite considerarlas como propios accidentes laborales más que como enfermedades comunes. Es decir, ha prevalecido para su protección el criterio de la causalidad laboral específica antes que su carácter genérico de enfermedad” (ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., p. 369).

¹¹² La Ley de 1936 ya había previsto el régimen de seguro forzoso de la responsabilidad empresarial.

¹¹³ Tal como establecía el artículo 31 del Decreto 792/1961, esta Obra dependía del Fondo compensador del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales establecido en este Decreto, y debía colaborar con el Patronato de Rehabilitación y Recuperación de Inválidos en lo dispuesto por el Decreto de 28 de junio de 1957 (BOE de 13 de julio).

ayudas económicas o en especie, así como en el internamiento en un establecimiento sanitario adecuado.

Por su parte, la asistencia prestada a los huérfanos e hijos de grandes inválidos y accidentados de trabajo consistía básicamente atender a su instrucción primaria y profesional¹¹⁴. A la hora de seleccionar a los beneficiarios, el Patronato de la Obra tenía en cuenta sus circunstancias familiares y económicas, así como su orientación profesional y capacidad intelectual.

1.2. La protección de la Invalidez en el Mutualismo Laboral.

Muchas Reglamentaciones de Trabajo dispusieron la constitución obligatoria de Montepíos forzosos, con el objeto de completar la previsión general, especialmente la relativa a pensiones de vejez e invalidez¹¹⁵. Inicialmente estos organismos se constituyeron con un objetivo modesto, consistente en complementar la acción protectora de los seguros sociales a través de las prestaciones que otorgaban¹¹⁶, terminaron desempeñando un papel destacadísimo en la previsión social española, superando incluso en importancia al que tuvieron aquéllos.

La obligatoriedad de la pertenencia de un trabajador a una Mutualidad en concreto venía dada por la nota de profesionalidad, ya que aquél quedaba forzosamente integrado en la Mutualidad que le correspondía según el trabajo que realizaba. Si cambiaba de profesión u oficio, pasaría a pertenecer a otra Mutualidad. En ningún caso era posible elegir a qué mutualidad afiliarse.

En consecuencia, constituida una Mutualidad Laboral para una determinada rama de la economía, todos los trabajadores por cuenta ajena que trabajaban en una empresa dedicada a ese sector de actividad quedaban incluidos obligatoriamente en la misma, sin

¹¹⁴ A estos efectos, el art. 33 del Decreto 792/1961 contemplaba la posibilidad de otorgar ayudas económicas (becas que cubrieran las necesidades de alimento, asistencia sanitaria o vestido), o en especie (internamiento en establecimientos docentes).

¹¹⁵ Apartándose de la línea de pensamiento de la mayoría de la doctrina de la época, que se pronunciaba en contra de esta forma de mutualismo, E. PÉREZ BOTIJA justificaba la constitución obligatoria de estos Montepíos forzosos (nombre que se les dio inicialmente a los nuevos organismos gestores) en los siguientes términos: “...es obvio que, si se acepta el principio de coacción o forzosidad para implantar los Seguros Sociales y si los entes mutualistas se utilizan como agentes implantadores de la política de previsión de un Estado, habrá que admitir lógicamente la posibilidad en convertirlos en obligatorios, ya que voluntariamente es muy difícil, según la práctica ha revelado, que los trabajadores de una profesión o de una localidad, dada la dinámica y formas de interrelación de la vida actual, se decidan por sí a constituir tales organismos de acción social” (PÉREZ BOTIJA, E. (1955): *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 559).

¹¹⁶ Coexistiendo con el Sistema de los Seguros Sociales, las Mutualidades laborales constituían un segundo nivel obligatorio de protección para los trabajadores que obligatoriamente quedaban incluidos en las mismas. Se crearon por ramas de actividad determinadas por el Ministerio de Trabajo.

excepciones¹¹⁷. Las Mutualidades Laborales otorgaban tres tipos de prestaciones: reglamentarias, potestativas y complementarias.

Las prestaciones reglamentarias eran aquellas que podían ser exigidas por los mutualistas o sus familiares y cuya cuantía estaba fijada en los Estatutos de cada Mutualidad; por el contrario, las prestaciones potestativas se concedían con carácter graciable por los órganos de gobierno de cada institución, con arreglo a las normas establecidas. Por último, las prestaciones complementarias se otorgaban a aquellos que podían dejar de ser mutualistas por un tiempo o indefinidamente.

Hechas las anteriores consideraciones, debe indicarse que las pensiones de invalidez otorgadas por las Mutualidades Laborales, que estaban dentro de las llamadas prestaciones reglamentarias¹¹⁸, no cubrieron ningún tipo de invalidez distinta de la permanente y absoluta para toda clase de trabajo. En este caso, por lo general se otorgaron pensiones de cuantía uniforme, no establecida en proporción al número de años cotizados, cuyo importe oscilaba entre un 50% y un 75% del salario¹¹⁹. En principio estas prestaciones económicas tenían carácter vitalicio; no obstante, como el estado de los mutualistas perceptores de las mismas era revisable, podían extinguirse por recuperación de la capacidad de trabajo y, también, por incumplimiento de las prescripciones de los facultativos de la Mutualidad.

En síntesis, las características de la invalidez y los requisitos que, con carácter general, se exigieron en los estatutos de las distintas Mutualidades Laborales para acceder a las prestaciones fueron los siguientes: 1) solo quedaba cubierta la invalidez que imposibilitara para realizar cualquier clase de trabajo, y no solo las profesiones determinadas en la Reglamentación correspondiente, 2) quedaba excluida en todo caso de la protección la invalidez producida por acto voluntario, y en principio también la que derivara de accidente o enfermedad anterior a la inscripción en la mutualidad; 3) siempre se exigía que el beneficiario reuniera un periodo previo de cotización, aunque no era el mismo en todas las mutualidades; 4) la pensión de invalidez se concedía sin límite de edad o solo a partir de los cincuenta y cinco años, según los estatutos de cada mutualidad;

¹¹⁷ Para ser mutualista bastaba con tener un empleo o una profesión determinada y, salvo excepciones, estar trabajando.

¹¹⁸ Las prestaciones reglamentarias se clasificaban en tres grupos: 1) Pensiones de jubilación, invalidez, larga enfermedad y orfandad; 2) pensiones o subsidios de viudedad y en favor de familiares; 3) subsidios de natalidad, nupcialidad y defunción.

¹¹⁹ En referencia al importe de las pensiones de invalidez, PÉREZ BOTIJA indica que en Artes Gráficas pasó del 40% que preveían los antiguos Estatutos a un 70% en los de 25 de septiembre de 1954; en Cemento y en Madera era del 50%, y en Banca, del 75% (PÉREZ BOTIJA, E. (1955): *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 513 y 578).

5) la cuantía de la prestación era fija o variable en función de los años de cotización; 6) la pensión de invalidez era compatible, en general, con la pensión que pudiera corresponder por otra invalidez producida por accidente de trabajo o enfermedad profesional¹²⁰.

Años después, el Reglamento General del Mutualismo Laboral concretó algo más los requisitos de la invalidez protegida al establecer que debía tener su causa en una lesión orgánica o funcional, consecuencia de una enfermedad o accidente que no fuera accidente laboral ni procediera de la práctica de un deporte remunerado o tuviera su origen en una tuberculosis, ya que en este caso se consideraría “larga enfermedad”¹²¹.

2. La protección de la Invalidez a partir de la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 y su desarrollo por la Ley de Seguridad Social de 1966.

La Ley 193/1963 de Bases de Seguridad Social de 28 de diciembre¹²² (en adelante, LBSS) se refería a la invalidez en sus Bases octava y decimoquinta, c).

Sin lugar a dudas, la principal novedad de la LBSS fue la de incluir por primera vez en el Ordenamiento jurídico español, la consideración conjunta de las causas de invalidez, mediante la creación de un único sistema de protección que debía dar cobertura tanto a la derivada de contingencias comunes, articulada en ese momento en el SOVI y en el Mutualismo Laboral, como a la que tuviera su causa en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional¹²³.

De esta forma, en el número 31 de la Base octava, la LBSS consideraba una de las situaciones o estados constitutivos de invalidez los de incapacidad permanente por causa de enfermedad común o profesional o de accidente, fuera o no de trabajo¹²⁴. Se trataba,

¹²⁰ Un análisis más detallado en ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op. cit. pp. 137 y 138.

¹²¹ Arts. 65 a 67.

Los Estatutos de más de 30 Mutualidades laborales se refundieron en el Reglamento General del Mutualismo Laboral, cuyo texto constaba de 280 artículos y 7 disposiciones transitorias, aprobado por OMT de 10 de septiembre de 1954.

¹²² BOE de 30 de diciembre de 1963.

¹²³ Sobre este periodo, véase DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A. (1977): *Manual de Seguridad Social*, Madrid (editorial Aranzadi, 1ª edición), págs. 143 a 157. También, un estudio de los principios recogidos en la LBSS en ALONSO OLEA, M. (1963) *Sobre los principios cardinales del proyecto de Ley de Bases de Seguridad Social*, Barcelona (Editorial Ariel), y en VIDA SORIA, J. (1964) : “Observaciones sobre las directrices generales de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, que aprueba las bases para la reestructuración de la Seguridad Social española, en VV. AA. “Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social, Madrid (Facultad de Derecho), pp. 35 y 36.

¹²⁴ El otro estado constitutivo de invalidez, según el número 31 de la base octava, venía dado por la superación de los límites temporales máximos (18 meses prorrogables por otros 6) establecidos para la incapacidad laboral transitoria en el último párrafo del número 30 de la base séptima, siempre que el trabajador siguiera sin estar en condiciones de reanudar el trabajo.

por tanto, de proteger el riesgo de invalidez con independencia de la causa que hubiera dado lugar a su actualización, eliminando de este modo la histórica protección más desfavorable de los riesgos comunes con respecto a los profesionales¹²⁵.

Aún sin aportar expresamente un concepto de la invalidez protegible, la base octava sí contemplaba distintos grados de invalidez de los que debería poder deducirse aquella¹²⁶. Los grados de invalidez expresamente previstos como tales en el número 32 de la Base octava eran: la incapacidad absoluta para todo trabajo y la Gran invalidez. Pero del contenido de los dos números siguientes de la misma base cabía inferir que también se consideraban grados de invalidez la incapacidad total y la parcial para la profesión habitual, así como las lesiones permanentes por causa de accidente de trabajo o enfermedad profesional no comprendidas en los anteriores grados.

De todos ellos, el único grado que aparecía definido en la norma, en términos muy similares a los contenidos en el artículo 42 del Reglamento para la aplicación del Texto Refundido de la legislación de accidentes de trabajo de 1956, fue la Gran Invalidez. Así, de conformidad con el número 32 de la base octava, se entendía por tal aquella situación en la que el trabajador, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, se encontrara impedido para realizar los actos más elementales de la vida y precisase “continuados auxilios de otra persona”.

Merece la pena subrayar que, a diferencia de lo previsto en el art. 42 del Reglamento de 1956, en la LBSS se eliminaba la necesaria vinculación de la Gran Invalidez con una situación subyacente de Incapacidad permanente absoluta. Ahora bien, al exigirse que los auxilios de otra persona fuesen continuados, difícilmente podría pensarse que la norma pretendía dotar de autonomía al grado de Gran Invalidez.

En cuanto a la prestación económica a que tendrían derecho los incapacitados permanentes absolutos y los grandes inválidos estaba previsto que consistiera en una pensión vitalicia calculada sobre salarios reales. En el caso de los grandes inválidos, la pensión se incrementaría en un cincuenta por ciento, al objeto de poder remunerar a la

¹²⁵ Se parte así de la concepción del modelo de Seguridad Social ideado por el economista William Beveridge en su informe de Seguridad Social de 1942.

¹²⁶ ALVAREZ DE LA ROSA subraya que fue un error que la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 obligara a obtener de la gradación un concepto claro de la invalidez, ya que “al no existir un marco genérico de referencia, la fijación de los grados puede ser difícilmente controlable” (ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social.*, op. cit. p.164).

persona que les atendiera, aunque también se preveía, si el interesado así lo decidiese, la posibilidad de sustituir el suplemento por su internamiento en una Institución asistencial. Por el contrario, la prestación económica correspondiente tanto a la incapacidad total como a la parcial del trabajador para su profesión habitual consistiría en una cantidad a tanto alzado, compatible con las llamadas “becas y salarios de estímulo”¹²⁷.

Un aspecto fundamental de la nueva cobertura del riesgo de invalidez, del que se hacía depender el propio éxito de la misma, y que se desprendía del tenor literal de los números 32 y 33 de la Base octava de la LBSS, era el relativo al correcto funcionamiento de los servicios de rehabilitación.

Aunque estaba previsto que los incapacitados permanentes absolutos y los grandes inválidos también tuvieran derecho a tratamientos de recuperación no profesional, los especializados de rehabilitación y readaptación eran obligatorios para los incapacitados de forma total o parcial para la profesión habitual. En este último caso, la prestación económica se percibiría mientras durasen los tratamientos de recuperación fisiológica y los cursos de formación profesional.

Solo estaba prevista una excepción a la obligatoriedad del sometimiento a los tratamientos especializados de rehabilitación y readaptación: la establecida para las personas afectadas de una incapacidad permanente total para la profesión habitual sobrevenida después de cumplir los cuarenta y cinco años de edad, a quienes se permitía que optaran entre someterse a los referidos tratamientos o percibir una pensión vitalicia de cuantía proporcional a la base de cotización, cuyo porcentaje debía ser determinado reglamentariamente.

Pese a que estas prestaciones rehabilitadoras se configuraron en la LBSS como uno de los ejes fundamentales sobre los que debía descansar la nueva regulación de la cobertura

¹²⁷ Núm. 33 base octava.

de la invalidez, lo cierto es que hasta bien entrada la década de los 70 funcionaron de forma lamentable¹²⁸.

La LBSS también estableció la revisión de las incapacidades reconocidas por agravación, mejoría o error de diagnóstico, siempre que el interesado no hubiera cumplido los 65 años de edad¹²⁹.

El Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprobó el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Seguridad Social La Ley de Seguridad Social de 1966¹³⁰ (en adelante LSS/1966) recogió en su artículo 145.1 esta posibilidad de revisar todos los grados de incapacidad permanente por las causas apuntadas.

La revisión, de la que conocían las Comisiones técnicas calificadoras, podía instarse en cualquier momento¹³¹, aunque no antes de que hubieran pasado dos años desde la declaración de la incapacidad, ni tampoco antes de que hubiera pasado uno desde la última revisión o intento de revisión¹³².

La revisión solo afectaba, en su caso, al grado de incapacidad pero no al salario que había servido de base para calcular la prestación económica en el momento de la calificación de la invalidez, a menos que el accidentado, aprovechando su capacidad de trabajo

¹²⁸ A este respecto, ALVAREZ DE LA ROSA señala que el fracaso en el establecimiento de estas prestaciones recuperadoras “prueba que se legisló o de espaldas a la realidad o con la conciencia cierta de que la realidad española, social y económica, no está a la altura precisa para acoger la implantación de este tipo de prestaciones”. El propio Libro Blanco, continúa diciendo el autor, en su página 249, sostiene que “la naturaleza misma de las prestaciones recuperadoras, que exigen un adecuado y complejo mecanismo de actuación; la falta de concienciación de los trabajadores afectados que muchas veces ven peligrar el percibo de una pensión a la que aspiran, y la práctica despreocupación de los entes responsables, han hecho que esta línea directriz de la Ley en el tratamiento de la invalidez haya constituido una grave quiebra del sistema. Hasta el punto de que una de las motivaciones de la transformación del régimen de prestaciones por invalidez, operada por la Ley de 1972, fue, sin duda, la práctica inexistencia de las prestaciones recuperadoras en su contenido integral” (ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op. cit., p.173).

¹²⁹ Núm. 36 de la base octava de la LBSS, en relación con el núm. 39 de la base novena del mismo texto legal.

¹³⁰ BOE de 22 de abril de 1966.

¹³¹ Los sujetos legitimados para instar la revisión eran la aseguradora, el patrono no asegurado y por el propio trabajador accidentado. Lo normal es que el accidentado solicitará la revisión en caso de agravación y, como estaba prohibida la reformatio “in peius”, se podía conceder o denegar lo pedido, pero no proceder a revisar por mejoría (STS 9 de noviembre de 1971 y 3 de octubre de 1972). También podía instar la revisión el Fondo de Garantía Salarial y, en sustitución del trabajador accidentado, la Inspección de Trabajo.

¹³² Arts.19 del Reglamento General de Prestaciones y 38 OI. En el art. 40 de la OI se regulaban “las consecuencias de la revisión” en cada caso.

residual, hubiera trabajado por cuenta ajena durante el tiempo transcurrido entre la declaración de uno y otro grado de incapacidad¹³³.

2.1. La distinción entre contingencias protegidas y riesgos productores en el nuevo sistema de Seguridad Social.

La falta de uniformidad que había caracterizado la protección de la invalidez en la etapa de los seguros sociales no cambió sustancialmente con el establecimiento del nuevo sistema de Seguridad Social, principalmente porque la LSS/1966 mantuvo la desigualdad en cuanto a la cuantía y a los requisitos de acceso a las nuevas prestaciones por incapacidad laboral, fundamentándola de nuevo en la causa secundaria de la actualización de la contingencia protegida.

Conviene aclarar a este respecto que la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963 había introducido indirectamente la distinción entre las contingencias protegidas y los riesgos productores de la actualización de aquéllas en el número seis de su preámbulo, cuyo tenor literal era el siguiente: “La Ley, superando la regresiva noción de riesgos singulares atendida su causa, delimita situaciones y contingencias susceptibles de protección para la consideración conjunta de las mismas en vista de sus efectos”.

De esta forma, las contingencias protegidas constituirían las causas primarias de las necesidades sociales merecedoras de protección, mientras que los riesgos pasarían a ser las causas secundarias productoras de contingencias¹³⁴.

Partiendo de esta distinción, la selección de las necesidades sociales que el nuevo sistema de Seguridad Social había decidido proteger debía realizarse a través de las contingencias protegidas establecidas, y no a través de los riesgos productores de aquéllas, como venía ocurriendo en los anteriores regímenes asegurativos.

Sin embargo, este cambio, que se recogió con una terminología muy confusa en la LSS/1966¹³⁵, y dado el carácter netamente contributivo del recién creado sistema de Seguridad Social, no se tradujo en una atención a la necesidad en sí misma considerada, ni tampoco uniformizó la protección de las necesidades derivadas de una misma

¹³³ ALONSO OLEA. M. (1974): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (I.E.P., 5ª edición), p. 88.

¹³⁴ En estos términos se expresa J. M ALMANSA PASTOR (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., p. 275.

¹³⁵ Prueba de ello es que cuando la LSS, en la Sección primera del capítulo tercero del Título II, parece que se propone enumerar y definir las contingencias protegidas, pues bajo esta rúbrica se enmarcaban los artículos 84, 85 y 86, no solo no lo hace, sino que, por el contrario, define los accidentes de trabajo, las enfermedades profesionales, los accidentes no laborales y las enfermedades comunes, que son las causas o riesgos productores de dichas contingencias.

contingencia, que siguió siendo distinta en función de la causa secundaria o riesgo de la que aquélla derivara.

Debe tenerse presente; no obstante, que no todas las contingencias protegidas podían derivar de causas secundarias, por lo que en estos casos no era posible distinguir entre causa primaria y riesgo productor, dado que la propia contingencia era la causa de la situación de necesidad a proteger¹³⁶. Por otra parte, dentro de las contingencias que sí podían derivar de causas secundarias solo algunas podían tener su causa en un accidente o en una enfermedad¹³⁷, por lo que solo para ellas tenía cabida la distinción entre riesgos comunes y riesgos profesionales.

La incapacidad para trabajar, tanto temporal como permanente, era una de las contingencias cuya actualización podía derivar de causas secundarias, y para la que resultaba posible la distinción en función del riesgo, común o profesional, del que procedía.

De esta forma, aunque ahora en función de la causa productora de la contingencia, seguía siendo posible distinguir entre las incapacidades profesionales, es decir, las derivadas de los riesgos profesionales (accidente de trabajo y enfermedad profesional), y las incapacidades comunes, derivadas de los riesgos comunes (accidente no laboral y enfermedad común, teniendo en cuenta que dentro de esta última se incluía la maternidad).

Esta diferenciación no era meramente conceptual, sino que, según la causa que provocara la contingencia, la protección a obtener era distinta, y, por lo tanto, mejor o peor, en términos cualitativos y, sobre todo, cuantitativos, sin que existiera una justificación

¹³⁶ Como ejemplos de contingencias protegidas que constituyen causas primarias y únicas de la necesidad, de las que no es predicable causa secundaria alguna, J. M ALMANSA PASTOR cita las siguientes: vejez, desempleo y cargas familiares (ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., pp. 275 y 282).

¹³⁷ La maternidad, que obviamente es un riesgo común o genérico en el sentido de que no guarda relación con el trabajo y, por tanto, puede incidir en individuos con independencia de su condición de trabajadores, fue englobada en la LSS dentro de la enfermedad común.

El que la maternidad no se contemplara en la LSS como contingencia protegida independiente o como riesgo productor de alguna de ellas obedecía, sin duda, al hecho de que si bien en el anterior sistema de Seguros Sociales, la maternidad había gozado de un régimen asegurativo propio, al crearse, por Orden de 22 de marzo de 1929, el seguro de maternidad; en 1948, había quedado integrado, en cumplimiento de la Ley de 14 de diciembre de 1942, en el Seguro Obligatorio de Enfermedad.

razonable para ello, ya que la necesidad a la que se pretendía a hacer frente era exactamente la misma¹³⁸.

Por otra parte, la distinción entre contingencias derivadas de accidente o de enfermedad y riesgos productores de las mismas, tuvo como efecto añadido la introducción del concepto de accidente no laboral en el Ordenamiento jurídico de Seguridad Social. De este modo, el accidente no laboral, que a diferencia de la enfermedad común o de los riesgos profesionales no había sido objeto de un régimen asegurativo propio en la normativa anterior¹³⁹, cobraba en la LSS/1966 entidad propia como riesgo productor de incapacidades laborales.

La novedad obedecía al hecho de que, al adquirir la alteración de la salud, la incapacidad laboral transitoria, la invalidez permanente y la muerte del trabajador la condición de contingencias protegidas en el nuevo sistema de Seguridad Social, el accidente no laboral quedaba conceptualizado como una de las causas que podían producir la actualización de las mismas.

El artículo 86 de la LSS/1966 definía el accidente no laboral como la “lesión que no puede ser calificada de accidente de trabajo”. De ahí que fuera o bien el sufrido por un trabajador que no tuviera la consideración de trabajador por cuenta ajena o bien el padecido por este siempre que no guardara relación con el trabajo, al no haberse producido ni por consecuencia ni con ocasión del trabajo realizado.

A diferencia del accidente no laboral, la enfermedad común sí había sido objeto de un régimen asegurativo propio a partir de la Ley de 14 de diciembre de 1942, que estableció el Seguro Obligatorio de Enfermedad, aunque solo en cuanto riesgo susceptible de producir una alteración de la salud o una incapacidad laboral de carácter temporal. Pero será a partir de la LSS/1966 cuando la enfermedad común, igual que el accidente, de trabajo o no, y la enfermedad profesional, pasase a ser una de las posibles causas productoras de las contingencias de alteración de la salud, incapacidad laboral transitoria, invalidez y muerte del trabajador.

La enfermedad común quedaba definida, en mismo artículo 86 de la LSS/ 1966, como aquella alteración de la salud que no podía ser calificada como enfermedad profesional. Sin embargo, aunque la LSS/1966 no lo hiciera, cabría añadir, que la enfermedad común no era solo aquella que por no aparecer listada en el cuadro de enfermedades profesionales

¹³⁸ Sin lugar a dudas, la diferencia en la protección seguía obedeciendo a la tradición histórica.

¹³⁹ Cabe recordar que durante la etapa de los Seguros sociales, el accidente no laboral solo había cubierto de forma limitada por el seguro de Vejez, invalidez y muerte.

no pudiera ser considerada como tal, sino también aquella otra que, por no guardar relación con el trabajo realizado, tampoco pudiera ser protegida como accidente de trabajo con arreglo al art. 84.5, letra e) de la referida norma.

2.2. La Ley de Seguridad Social de 1966 y sus normas de desarrollo.

La LSS/1966 fue la norma encargada de desarrollar las bases contenidas en la LBSS de 1963¹⁴⁰, cosa que no hizo con total respeto a lo allí previsto, porque de haberlo hecho, la protección de la invalidez debería haber sido la misma con independencia de la causa que la hubiera originado¹⁴¹, es decir, debería haber desaparecido por completo la consideración de los riesgos y haberse alcanzado una total uniformidad en la protección. Pero no se hizo así, y no sólo se siguió diversificando la protección en atención a los riesgos productores de la contingencia, sino que el tratamiento que se dio a la invalidez derivada de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales resultó de nuevo ser más ventajoso que el previsto para la invalidez derivada de causas comunes, tanto en lo referente a los requisitos exigidos para acceder a las prestaciones como en lo tocante a la cuantía de las mismas.

No obstante, si bien es cierto que la LSS/1966 no logró el propósito de unificar las contingencias¹⁴² ni tampoco hizo desaparecer la noción de riesgo, porque continuó distinguiendo entre invalidez derivada de riesgos comunes o genéricos e invalidez

¹⁴⁰ La LSS/1966 tardó casi tres años en promulgarse. Este retraso se debió en parte a la oposición de las compañías de seguros, que hasta ese momento habían intervenido en la gestión de los accidentes de trabajo y que, con la eliminación en la LBSS del ánimo de lucro en la gestión, habían quedado fuera de la misma. El inicial plazo de dos años dado al Gobierno hasta el 31 de diciembre de 1965, se prorrogó por el Decreto-ley 1/1966, de 12 de enero (BOE de 23 de enero) hasta el 30 de abril de 1966. Los textos articulados que desarrollaron las previsiones contenidas en la Ley de Bases de 1963 se aprobaron finalmente mediante Decreto 907/1966, de 21 de abril (BOE de 22 de abril), en lo que se refiere a la Seguridad Social, y por Decreto 909/1966, de 21 de abril (BOE de 23 de abril), en materia de procedimiento laboral. La Orden de 13 de junio de 1964 (BOE de 23 de junio) había adoptado medidas para la unificación del pago de pensiones aplicables mientras no fueran aprobados dichos textos articulados.

¹⁴¹ En relación con esta cuestión, ALMANSA PASTOR, tras subrayar que la congruencia del sistema parecía exigir la desaparición de las causas secundarias, por lo que la salud, la incapacidad laboral y la supervivencia deberían protegerse uniformemente según la necesidad y no según las causas secundarias, indica que “existe una gran resistencia a suprimir la privilegiación de la enfermedad profesional para evitar la despoblación en actividades especialmente peligrosas e insalubres”, pero que, con todo, “la Seguridad Social no es el instrumento más adecuado para esta privilegiación, que puede tener su sede mejor en la relación laboral” (ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., p. p. 371). También BORRAJO DACRUZ insiste en que la LSS de 1966 debería haber dado un “tratamiento igual” ante “iguales situaciones de necesidad” (BORRAJO DACRUZ, E. (1970), en “Los principios de la Seguridad Social y sus realizaciones en el sistema español vigente, en *RISS*, núm. 2, p.222).

¹⁴² En este sentido también ALMANSA PASTOR señala que en materia de incapacidad laboral no se ha llevado el principio de la consideración conjunta a sus últimas consecuencias, ya que podría haberse configurado una solo contingencia, la incapacidad laboral y, sin embargo, ésta se ha desmembrado, sin razón suficiente, en una doble contingencia: la incapacidad laboral transitoria, por un lado, y la invalidez, por otro (ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., p. 299).

derivada de riesgos profesionales y dando una mayor y mejor protección a la que tuviera su origen en éstos últimos, sí definió con claridad la invalidez protegible y rompió con el nexo que había unido históricamente a la invalidez con la vejez.

En su artículo 132.2, la LSS/1966 definía la invalidez permanente como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y 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 o cuya recuperación se estime médicamente como posibilidad incierta o a largo plazo”¹⁴³.

A la vista de este concepto, la invalidez permanente debía ir precedida de una situación de incapacidad laboral transitoria¹⁴⁴, aunque excepcionalmente este requisito podría no exigirse en algún supuesto de invalidez común.

A este respecto, el art. 2.2 de la Orden de 15 de abril de 1969¹⁴⁵ indicaba que, siempre que se cumpliesen el resto de condiciones exigidas, la invalidez, provisional o permanente, podría declararse sin que hubiese existido una situación legal de incapacidad temporal previa para aquellos trabajadores que, conforme a lo previsto en los apartados a) y b) del artículo 83 de la Ley de Seguridad Social, estuviesen excluidos de dicha situación y de asistencia sanitaria, y ambas se debieran a enfermedad común o accidente no laboral.

En estos casos, las referencias a la situación de incapacidad temporal deberían entenderse hechas al periodo de baja en el trabajo en la empresa, y las relativas a la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal a la cuantía que dicha base hubiera tenido de no haber estado el trabajador excluido de tal situación.

Igualmente, conforme establecía el mismo art. 2 en su apartado tercero, era posible declarar la incapacidad permanente sin que se derivase de una situación de incapacidad temporal, cuando se tratase de personas que se encontrasen en las situaciones asimiladas al alta establecidas en la referida norma.

Por lo demás, la situación de Incapacidad Laboral Transitoria, precisamente por su carácter no permanente, estaba sujeta a un límite temporal: podía durar doce meses

¹⁴³ La misma definición se contenía en el art.1.2 de la Orden ministerial de 15 de abril de 1969 (BOE de 8 de mayo de 1969).

¹⁴⁴ La Incapacidad Laboral Transitoria se configuraba en el art. 126 de la LSS de 1966 atendiendo a las causas secundarias o riesgos productores de la incapacidad.

¹⁴⁵ BOE de 8 de mayo.

prorrogables por otros seis. Si se superaban estos plazos de duración, podría pasarse a una situación de invalidez provisional o, en su caso, a una de invalidez permanente.

Cuando no se pasaba directamente a ella desde una situación de incapacidad Laboral Transitoria, la invalidez permanente podía ir precedida de un tiempo adicional de invalidez provisional¹⁴⁶, situación que se producía cuando persistiendo la imposibilidad de reanudar el trabajo una vez agotados los plazos previstos para la Incapacidad Laboral Transitoria, el trabajador debiera continuar recibiendo asistencia sanitaria, siempre y cuando no se previera, a juicio médico, el carácter definitivo de la situación de incapacidad laboral.

Como máximo la invalidez provisional podía durar seis años, contados desde la fecha en que hubiese sido declarada la Incapacidad laboral Transitoria¹⁴⁷.

En cualquier caso, para poder declarar la invalidez permanente, no era necesario agotar los plazos previstos para la incapacidad laboral transitoria o para la invalidez provisional, si antes de que llegaran a su fin se producía la curación clínica del trabajador.

Esto significaba que, en principio, la situación de invalidez no debía coexistir con la alteración de la salud y, por tal motivo, para poder declararla, se exigía que el trabajador hubiera estado sometido a tratamiento médico y que se hubiera producido la curación clínica.

Pero si bien estaba previsto que la invalidez permanente se declararse una vez producida la curación clínica, también debía ser declarada, aún sin ella, en aquellos casos en los que

¹⁴⁶ En los arts. 132.2 de la LSS y 1.3 de la Orden ministerial de 15 de abril de 1969, en desarrollo de lo previsto en el núm. 31 b) base octava de la LBSS de 1963, se definía la invalidez provisional como la situación del trabajador que, una vez agotado el plazo de dieciocho meses y su prórroga por otros seis, requiriera la continuación de la asistencia sanitaria, estuviera imposibilitado para reanudar el trabajo y se previera que la invalidez no iba a tener carácter definitivo.

La prestación de invalidez provisional se suprimió por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE de 31 de diciembre).

¹⁴⁷ Art. 133.1 LSS.

ALMANSA PASTOR considera que no existe una razón suficiente para considerar, tal como hacía la LSS de 1966, a la incapacidad laboral transitoria como una contingencia protegida independiente, ya que, si la diferencia con la invalidez provisional se reducía a una limitación de la temporalidad, lo lógico habría sido integrarlas, pero “distinguiéndolas a efectos valorativos de cobertura y protección” (ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., p. 301).

se agotaran los plazos sucesivos de incapacidad laboral transitoria y de invalidez provisional, sin perjuicio de la revisión por mejoría en su caso¹⁴⁸

El hecho de que la incapacidad para trabajar hubiese de ser previsiblemente definitiva, y no definitiva sin más, admitía la posibilidad de recuperación e incluso la certeza de que la misma pudiera producirse en un futuro lejano.

Por otra parte, esta noción de invalidez permanente, que ponía en relación la situación patológica invalidante con la capacidad laboral, al ser un concepto jurídico indeterminado, podía plantear problemas a la hora de interpretar la norma, pero también, al no contemplar lesiones constitutivas por sí mismas de un determinado grado de incapacidad permanente, como había hecho el Reglamento de Accidentes de Trabajo, dejaba un mayor margen para un aplicación más justa de la misma a cada caso concreto¹⁴⁹.

2.2.1 Los grados de invalidez permanente. Especial referencia a la Gran Invalidez.

La forma en que las “reducciones anatómicas o funcionales”, o sea, el cuadro patológico, incidía en la capacidad de trabajo y, correlativamente en la capacidad de ganancia, pasaba a ser el elemento esencial en que había que fijarse para poder determinar el grado en que se manifestaba la invalidez permanente. Este criterio también sería válido para calificar la Gran invalidez, pero solo porque en ese momento no dejaba de ser una incapacidad permanente absoluta agravada y, como tal, presuponía la existencia de una anulación de la capacidad de trabajo y ganancia.

Ahora bien, si en el nuevo concepto de invalidez permanente quedaba claro que las prestaciones económicas correspondientes a los grados de incapacidad parcial y total para la profesión habitual, y absoluta para todo trabajo no tenían por finalidad indemnizar el daño sufrido por el trabajador en su integridad física, sino en su capacidad de trabajo y ganancia, no podía decirse lo mismo con respecto al grado de Gran invalidez porque en

¹⁴⁸ Conforme establecía el art. 9 de la Ley 24/1972, de 21 de junio de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 22 de junio), una vez transcurrido el plazo máximo establecido para la invalidez provisional, la situación pasaba a considerarse como permanente en el grado con que se calificara, sin perjuicio de la posibilidad de revisión ulterior, entendiéndose prorrogados los efectos de la situación de invalidez provisional hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente. Esa sería la fecha de efectos económicos de las prestaciones económicas de invalidez permanente, salvo que las mismas fuesen superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se hubiese agotado el periodo máximo de invalidez provisional.

¹⁴⁹ Sobre esta cuestión, ALVAREZ DE LA ROSA dice que: “Cuando se analice para su aplicación concreta el concepto de invalidez permanente, la solución justa solo será una: el beneficiario es o no es inválido (...) Es decir, primero habrá de fijarse el criterio decisor de si se está o no ante una invalidez permanente según la configura la Ley y luego en qué grados (parcial, total, etc.), se manifiesta esa invalidez” (ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op. cit. p.186).

este caso, además y, fundamentalmente, se pretendería paliar la carga que suponía para el gran inválido tener que remunerar a la persona que le asistiera.

Para comprender mejor lo anterior, debe precisarse que en la LSS/1966 se establecían cuatro grados de invalidez permanente, cualquiera que fuera la causa determinante de la misma: Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual; Incapacidad permanente total para la profesión habitual; Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y Gran Invalidez.

En caso de accidente, fuera o no de trabajo, por profesión habitual debía entenderse la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo; mientras que en caso de enfermedad, común o profesional, la profesión habitual era aquella a la que el trabajador dedicara su actividad fundamental durante un determinado periodo de tiempo anterior a la invalidez, que había de concretarse reglamentariamente¹⁵⁰.

Los grados de invalidez, cuya calificación era competencia de las Comisiones Técnicas Calificadoras¹⁵¹, quedaban configurados en la LSS de la siguiente forma:

Se consideraba incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, produjera al trabajador una disminución, al menos del 66% de su capacidad de ganancia para dicha profesión. No obstante, cuando la incapacidad tuviera su origen en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional sería calificada de parcial, aunque no alcanzara el mencionado porcentaje, siempre que ocasionara al trabajador una disminución sensible en su rendimiento normal para la

¹⁵⁰ El art. 12.3 del Reglamento General de Prestaciones, cuyo contenido fue recogido posteriormente en el art. 11.2 de la Orden de 15 de abril de 1969, concretaron este extremo, al señalar que en caso de enfermedad, común o profesional, la profesión habitual era aquella a la que el trabajador dedicara su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiera iniciado la incapacidad temporal de la que derivase la incapacidad permanente. A tales efectos debían tenerse en cuenta los datos que constasen en los documentos de afiliación y cotización.

¹⁵¹ Sin previsión alguna al respecto en la LBSS de 1963, las Comisiones Técnicas calificadoras se crearon por el art. 135.7 de la LSS de 1966; posteriormente se regularon por el Decreto 2186/1968, de 16 de agosto (BOE de 20 de septiembre) y por la Orden ministerial de 8 de mayo de 1969 (BOE de 14 de junio). Entraron en funcionamiento el 16 de junio de 1969, tal como disponía la disposición final primera de la referida Orden ministerial, y se extinguieron con base en la disposición final primera del Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo (BOE del 18). Posteriormente, las funciones desarrolladas por las Comisiones Técnicas Calificadoras (provinciales y central) se desarrollaron por las “Comisiones de Evaluación de Incapacidades”, que estaban adscritas al INSS, y por las “Unidades de Valoración Médica de Incapacidades”, que lo estaban al desaparecido INSALUD), en los términos previstos en el RD 2609/1982, de 24 de septiembre. Por último, el RD 1300/1995, de 21 de julio, desarrollado por la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, atribuyó las referidas competencias a los “Equipos de Valoración de Incapacidades” que debían constituirse en las Direcciones Provinciales del INSS (véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M. (2017): *Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona (Ed. Atelier, 4ª edición, pp. 134-135).

profesión habitual que no llegara a impedirle la realización de las tareas fundamentales en dicha profesión.

En el propio concepto de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, contenido en el artículo 135.2 de la LSS, se distinguía claramente entre la ocasionada por accidente de trabajo o enfermedad profesional y la derivada de riesgos comunes. Para la calificación de la primera solo era necesario constatar una “disminución sensible en el rendimiento normal” del trabajador que no impidiera la realización de las tareas fundamentales de dicha profesión; en cambio, para poder declarar la invalidez permanente parcial derivada de riesgos comunes se exigía una disminución de, al menos, el 66% de su capacidad de ganancia en dicha profesión, y que no alcanzará el grado de total.

La incapacidad permanente total para la profesión habitual debía inhabilitar al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, aunque pudiera dedicarse a otra distinta¹⁵².

Por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo se entendía aquélla que inhabilitase “por completo al trabajador para toda profesión u oficio”¹⁵³.

Finalmente, se entendía por Gran Invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesitara la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos¹⁵⁴.

Pese a que aparentemente la Gran Invalidez se contemplaba como un grado más de aquélla, la definición que de la misma daba el art. 135.6 LSS no dejaba lugar a dudas sobre su indisoluble y ya tradicional vinculación con la incapacidad permanente absoluta, de forma que solo podía ser considerado gran inválido quien era también un incapacitado permanente absoluto.

Esta necesaria ligazón de la situación de Gran Invalidez con una previa situación de Incapacidad permanente absoluta que debía servirle de sustrato quedaba claramente exigida en la LSS, lo que impedía considerar a aquélla como una circunstancia independiente de la Incapacidad Permanente Absoluta y hacerla, por tanto, compatible con cualquiera de los otros grados de invalidez previstos en la norma. Por el contrario, la definición legal convertía a la Gran Invalidez en un estado agravado de la Incapacidad

¹⁵² Art. 135.4 LSS.

¹⁵³ Art. 135.5 LSS.

¹⁵⁴ Art.135.6 LSS.

Permanente Absoluta en el que la gravedad de las lesiones sufridas impedía realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos.

Por otra parte, de conformidad con los artículos 12.5 del Reglamento General de prestaciones, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre¹⁵⁵, y art. 18 de la Orden de 15 de abril de 1969, se mantuvo la posibilidad de internamiento del gran inválido, aunque ahora debería llevarse a cabo en una institución asistencial de la Seguridad Social¹⁵⁶.

2.2.2. Requisitos de acceso a las prestaciones de invalidez permanente en la Ley de Seguridad Social y cuantía de las mismas.

Las condiciones a cuyo cumplimiento quedaba sujeto el derecho a las prestaciones por invalidez permanente se fijaron en el art. 137 de la LSS/1966.

Los trabajadores declarados en situación de invalidez permanente debían encontrarse afiliados y en alta o en situación asimilada al alta en la fecha en que causaron baja en el trabajo como consecuencia de las contingencias determinantes de la invalidez¹⁵⁷. Además, a los potenciales beneficiarios de las prestaciones de invalidez permanente derivadas de enfermedad común, se les exigía que hubieran cubierto un periodo de cotización efectivo de 1800 días en los diez años inmediatos anteriores a la referida fecha¹⁵⁸.

Por otra parte, el apartado 2º del art. 137 de la LSS/1966 impedía a quienes no hubieran cumplido los 45 años de edad en el momento del alta médica el acceso a las pensiones de incapacidad permanente, parcial y total, derivadas de enfermedad común o de accidente no laboral¹⁵⁹.

El artículo 19 de La Orden de 15 de abril de 1969, dictada para la aplicación y desarrollo del Capítulo VI del Título II de la Ley de Seguridad Social y del Capítulo III del Reglamento General de prestaciones, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, concretó los requisitos exigidos para que quienes hubieran sido declarados en

¹⁵⁵ BOE de 30 de diciembre.

¹⁵⁶ BAVIERA PUIG, I. (2007): La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo, op.cit., p.155.

¹⁵⁷ Hubiese sido preferible que la norma utilizase el término “causas” en lugar del de “contingencias”, pues “la contingencia” en sí era la propia invalidez permanente.

¹⁵⁸ El art.137.1 LSS aclaraba que para poder acceder a las prestaciones por invalidez permanente derivada de accidente, fuera o no laboral, o de enfermedad profesional no se exigiría ningún periodo previo de cotización.

¹⁵⁹ Si se trataba de prestaciones de invalidez derivadas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional no se exigía ningún límite de edad para el otorgamiento de la prestación (art. 137.2 LSS).

situación de incapacidad permanente pudieran ser beneficiarios de las prestaciones económicas, reproduciendo casi literalmente lo establecido en el art. 137 de la LSS/1966.

De esta forma, para tener derecho a cualquier prestación económica por incapacidad permanente se exigía, en todo caso, como requisito general que el potencial beneficiario de la misma se encontrara afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Las situaciones asimiladas al alta expresamente previstas en el artículo 20 de la Orden de 15 de abril de 1969 eran las siguientes: a) La excedencia forzosa del trabajador por cuenta ajena, motivada por su designación para ocupar cargo público o del Movimiento, con obligación por parte de la Empresa de readmitirle al cesar en el desempeño de dicho cargo, de conformidad con la legislación laboral aplicable; b) El traslado del trabajador, por su empresa, a centros de trabajo radicados fuera del territorio Nacional; c) El cese en la condición de trabajador por cuenta ajena, con la suscripción del correspondiente convenio especial con la Mutualidad correspondiente; d) El desempleo involuntario, total y subsidiado; e) El paro involuntario, que subsista después de haberse agotado las prestaciones por desempleo, cuando el trabajador tuviese cumplidos en tal momento los cincuenta y cinco años de edad; f) La suspensión del contrato de trabajo motivada por la permanencia en filas del trabajador, bien con carácter obligatorio o voluntario para anticiparlo; g) La de aquellos trabajadores que no se encuentren en situación de alta, ni en ninguna otra de las asimiladas a ésta, después de haber trabajado en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una incapacidad permanente debida a dicha contingencia¹⁶⁰.

La lista no podía considerarse cerrada, puesto que estaba prevista la posibilidad de que el Ministerio de Trabajo pudiera declarar otras situaciones asimiladas al alta.

Los restantes requisitos eran distintos, no solo en función del grado de incapacidad, sino también de la causa de la que derivase aquélla, otorgándose un tratamiento más exigente a la que proviniera de enfermedad común.

La prestación económica por Gran invalidez derivada de enfermedad común no escapó del trato desigual previsto también para el resto de incapacidades que tuvieran su origen en la misma causa, para las que, a diferencia de las que provinieran de accidente, de trabajo o no laboral, o enfermedad profesional, se exigió tener cubierto un periodo

¹⁶⁰ El contenido de este párrafo se modificó en el art. 195 LGSS/1994. Además del cambio obligado por lo que respecta a la referencia al “Movimiento”, cabe recordar que la prestación del servicio militar quedó suspendida desde el 31 de diciembre de 2001 (art. 1º del Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo).

mínimo de cotización de 1800 días en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que se hubiera causado baja en el trabajo como consecuencia de las contingencias determinantes de la Gran invalidez¹⁶¹.

Sin embargo, no se aplicó ni a la Incapacidad permanente absoluta ni a la Gran invalidez derivada de contingencias comunes el límite mínimo de edad previsto para los otros dos grados de invalidez, que exigía haber cumplido cuarenta y cinco años de edad en el momento del alta médica para tener derecho a las prestaciones económicas de invalidez permanente total e invalidez permanente parcial para la profesión habitual siempre que tuvieran su causa en una enfermedad común o en un accidente no laboral¹⁶².

La mayor rigurosidad con que se regularon los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación económica de invalidez derivada de riesgos comunes es una muestra más del trato de favor dispensado en la LSS/1966 y en sus normas de desarrollo¹⁶³ a la invalidez derivada de riesgos profesionales. Este hecho tuvo por consecuencia una desigual protección de situaciones de necesidad sustanciales idénticas, en función de la causa que las hubiera originado, apartándose con ello del principio de consideración conjunta de las contingencias que había establecido la LBSS de 1963.

La LSS/1966 disponía en su artículo 89 que la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social, no determinada expresamente en la misma Ley, había de ser fijada en sus Reglamentos Generales¹⁶⁴, en plural.

Pese a ello, se consideró más conveniente dictar solo un Reglamento General de Prestaciones, que fue aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre¹⁶⁵, para

¹⁶¹ Este requisito, junto con la exigencia de estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta, se exigió con carácter general en el artículo 137.1 de la LSS de 1966, para causar derecho a todas las prestaciones de invalidez permanente derivadas de enfermedad común.

¹⁶² Conforme a lo establecido en el art. 137.2 de la LSS, para tener derecho a las prestaciones de invalidez permanente parcial y total para la profesión habitual, además de exigirse, en el caso de que ésta derivara de una enfermedad común, un periodo previo de cotización mínimo de 1800 días en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que se hubiera causado baja en el trabajo como consecuencia de las contingencias determinantes de la gran invalidez, la edad del trabajador, en el momento del alta médica, tenía que ser igual o superior a los 45 años. Este límite mínimo de edad no se aplicaba cuando la invalidez total o parcial derivase de accidente de trabajo o enfermedad profesional, pero sí cuando tuviera su causa en un accidente no laboral.

Tanto el periodo mínimo de cotización establecido como los requisitos de edad podían modificarse por el Gobierno, mediante Decreto, o a propuesta del Ministro de Trabajo y previo informe de la Organización Sindical (art. 137.3 LSS).

¹⁶³ Estas normas fueron fundamentalmente el Reglamento General de Prestaciones, aprobado por el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (BOE de 30 de diciembre) y la ya citada Orden ministerial de 15 de abril de 1969, que estableció normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁶⁴ Esta cita debe entenderse hecha en la actualidad al art. 161.1 TRLGSS/2015.

¹⁶⁵ BOE de 30 de diciembre.

determinar no solo la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen general de la Seguridad Social, sino también las condiciones para el derecho a las mismas; si bien las condiciones particulares concretas de acceso a una determinada prestación debían ser objeto de una delimitación más precisa en normas reglamentarias específicas, en atención a las contingencias y situaciones protegidas.

De esta forma, a fin de aplicar y desarrollar el contenido del Capítulo VI del Título II de la Ley de Seguridad Social y del Capítulo III del Reglamento General de prestaciones, se dictó la Orden de 15 de abril de 1969. Esta norma concretó las prestaciones económicas correspondientes a los distintos grados de incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social.

Estas prestaciones consistían en subsidios de espera y de asistencia; cantidades a tanto alzado, y en pensiones vitalicias.

Los subsidios de espera y de asistencia¹⁶⁶ solo estaban previstos para los trabajadores declarados inválidos en los grados de incapacidad permanente parcial o total para su profesión habitual, con posibilidad razonable de recuperación. Estos trabajadores, además de a los subsidios mencionados, tenían también derecho a la entrega de una cantidad a tanto alzado, si una vez finalizados los procesos de readaptación y rehabilitación, subsistiese alguno de los referidos grados de incapacidad permanente.

En estos casos era preciso examinar la capacidad del trabajador una vez concluidos dichos procesos, revisando, si procediera, el grado de incapacidad inicialmente reconocido.

De acuerdo con el grado de Incapacidad permanente resultante, el trabajador tenía derecho a percibir una cantidad a tanto alzado, que se le entregaba por una sola vez, cuya cuantía era de 18 mensualidades de su base de cotización en el caso de la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, y de 40 mensualidades de dicha base en el caso de la incapacidad permanente total¹⁶⁷. En ambos casos se debía tomar como base

¹⁶⁶ El art. 136.1, b) de la LSS, establecía el derecho de los trabajadores en situación de incapacidad permanente parcial o total para la profesión habitual a los subsidios de espera y asistencia. El primero se percibía mientras el trabajador no fuera llamado a los tratamientos o procesos de readaptación y rehabilitación, por un periodo máximo de doce meses, tiempo durante el cual debía producirse el llamamiento; mientras que los subsidios de asistencia se percibían mientras durasen los referidos tratamientos, a los que obligatoriamente debía someterse el trabajador. Ambos subsidios fueron suprimidos en el artículo 196 del Texto Refundido de la LGSS de 1994.

¹⁶⁷ Este era también el importe de la cantidad a tanto alzado a que tenían derecho, conforme al art. 15.1 b) de la Orden de 15 de abril de 1969, los trabajadores que hubiesen sido declarados con una incapacidad permanente total sin posibilidad razonable de recuperación.

reguladora la que hubiera servido para determinar la prestación económica por incapacidad temporal de la que se derivaba la invalidez¹⁶⁸.

Paralelamente, se establecían normas especiales para los trabajadores a quienes les hubiera sobrevenido una incapacidad permanente total con posterioridad al cumplimiento de los cuarenta y cinco años de edad, permitiéndose que optaran dentro de los treinta días siguientes a la declaración de la incapacidad, entre someterse a los procesos de readaptación y rehabilitación procedentes, percibiendo los subsidios de espera y asistencia y, en su caso, la cantidad a tanto alzado equivalente a cuarenta mensualidades de la base de cotización, o que les fuese reconocido el derecho a una pensión vitalicia de cuantía equivalente al cincuenta y cinco por ciento de la base reguladora.

La opción en favor de la pensión vitalicia, de carácter irrevocable, se entendía efectuada en dos casos. Primero, cuando el incapacitado permanente total para su profesión habitual, cuya edad estuviera comprendida entre los 45 y los 60 años de edad, dejaba pasar el plazo antes referido sin ejercitar el derecho de opción; y, segundo, siempre que el trabajador tuviera cumplidos los sesenta años en la fecha en que se hubiera declarado la incapacidad permanente total.

Por otra parte, en la Orden de 15 de abril de 1969 se establecían las normas que debían aplicarse para determinar la base reguladora de la pensión, que eran diferentes en función de la causa, común o profesional, de la que derivase la incapacidad permanente.

De esta manera, cuando la incapacidad procediera de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora era el cociente resultante de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del trabajador durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses naturales, aun cuando dentro de dicho periodo existiesen meses durante los cuales no hubiese habido obligación de cotizar. El citado periodo debía ser elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se causase el derecho a la pensión.

De acuerdo con lo establecido en el art. 15. 2, a) de la Orden de 15 de abril de 1969, no se computaban dentro del periodo elegido aquellas cantidades que, aun habiendo sido ingresadas dentro del mismo, correspondieran a meses distintos de los comprendidos en él; en su caso, las partes proporcionales de las gratificaciones de 18 de julio y Navidad, por las que se hubiera cotizado al cesar el trabajador en su empresa, sólo se computaban

¹⁶⁸ Art. 16 Orden de 15 de abril de 1969.

si fueran necesarias para completar, hasta su cuantía íntegra, alguna o algunas de las anteriores gratificaciones comprendidas en el período elegido¹⁶⁹.

Si, por el contrario, la incapacidad procedía de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y en tanto que la cotización correspondiente a dichas contingencias continuase efectuándose sobre las retribuciones efectivamente percibidas por el trabajador tal como disponía el número 8 de la disposición transitoria tercera de la Ley de la Seguridad Social, la base reguladora de la pensión vitalicia, seguiría determinándose de acuerdo con las normas establecidas para la incapacidad permanente en el capítulo V del Reglamento aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956, hasta que el Gobierno, a propuesta del Ministro de Trabajo, no aprobase expresamente otras normas para sustituir aquéllas por otras específicas para la incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales¹⁷⁰.

Por otro lado, conforme establecía el art. 136.4 de la Ley de Seguridad Social de 1966, el trabajador declarado inválido en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo tenía derecho a una pensión vitalicia calculada sobre salarios reales.

El art. 17 de la Orden de 15 de abril de 1969 concretaba la cuantía de la prestación económica por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, haciéndola equivalente al 100 por 100 del salario del trabajador.

Para determinar el salario del trabajador, cualquiera que fuese la causa de la que derivase la invalidez, debían aplicarse las normas previstas en el art. 15.2, b) de la misma Orden, es decir, las previstas para calcular la base reguladora de la pensión vitalicia de incapacidad permanente total derivada exclusivamente de contingencias profesionales.

No obstante, se establecían dos salvedades acerca del cálculo de la cuantía de la pensión sobre salarios reales¹⁷¹. La primera, prevista para el caso de que el salario real computado resultase inferior a la base de cotización del inválido, en cuyo caso debía tomarse ésta como salario real para el cálculo de la pensión; y la segunda, cuando por razones de edad, capacidad disminuida o cualquier otra circunstancia similar, el salario real computado, a

¹⁶⁹ Véase el artículo 7.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la incapacidad permanente derivada de accidente no laboral en alta, y el artículo 197 de la LGSS, para la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes.

¹⁷⁰ En relación con lo preceptuado en el número 8 de la disposición transitoria tercera hay que entender en la actualidad (revisar) lo dispuesto en el artículo 147 de la LGSS. Véase la disposición adicional undécima del RD 4/1998, de 4 de enero, referida a la base reguladora de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales. La denominación actual del Ministerio de Trabajo es Ministerio de Trabajo y Economía Social. Véase el Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

¹⁷¹ Ambas previstas en el art. 136.4 de la LSS, y reproducidas en el art. 17 de la Orden de 15 de abril de 1969.

cargo de la empresa, fuese inferior a la cifra del salario interprofesional mínimo correspondiente a los trabajadores adultos, debía tomarse como real dicho salario mínimo. Por último, el trabajador calificado de gran inválido tenía derecho a ver incrementada la prestación correspondiente a la incapacidad permanente absoluta en un 50%, con la finalidad de remunerar a la persona que le facilitara realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos¹⁷².

De acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del art. 18 de la Orden de 15 de abril de 1969, la Entidad Gestora o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social¹⁷³, en su caso, que hubiera tenido a su cargo la protección de la incapacidad, podía autorizar, a petición del gran inválido o de sus representantes legales y siempre que lo considerase conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento del 50% sobre la prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta, calculada como regla general sobre salarios reales, por el alojamiento y cuidado del inválido, a cargo de dicha Entidad o Mutua, en régimen de internado, en una Institución asistencial.

La petición podía formularse en cualquier momento; e, igualmente, en cualquier momento, el gran inválido o sus representantes legales, podían decidir, con carácter vinculante para la Entidad Gestora o Mutua que la hubiera autorizado, dejar sin efecto dicha sustitución y, por tanto, percibir a partir de ese momento el incremento de la pensión.

2.2.3. La revisión de las incapacidades permanentes

El Reglamento General de Prestaciones de 23 de diciembre de 1966 reguló con exhaustividad la revisión de las declaraciones de incapacidad ante las Comisiones Técnicas Calificadoras, en sus arts. 17 a 21, y estableció normas especiales sobre la incapacidad derivada de enfermedad profesional y normas particulares aplicables a la silicosis en los arts. 22 a 26.

En cuanto a la revisión de las declaraciones de incapacidad, por mejoría, agravación o error de diagnóstico, la norma impuso un límite de edad. Esta sería posible solo mientras

¹⁷² Art. 136. 4 y 5 LSS de 1966 y primer párrafo del art. 18 de la Orden de 15 de abril de 1969.

¹⁷³ Actualmente, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, “las referencias a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social se entenderán hechas a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social”.

el incapacitado no hubiera cumplido la edad mínima establecida para tener derecho a la pensión de vejez.

Podía solicitarse por el propio trabajador beneficiario; la Mutualidad Laboral o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, o en su caso, por los empresarios que hubiesen sido declarados responsables del pago de las prestaciones; y, por último, por la Inspección de Trabajo.

Salvo para los casos de revisión por muerte, en los que no se aplicaban, la revisión debía solicitarse una vez transcurridos unos plazos mínimos. Este plazo para la primera revisión era de dos años, contados desde la fecha en que hubiese sido declarada la incapacidad, y, para las posteriores revisiones era de un año desde la fecha del acuerdo firme que hubiera resuelto la revisión anterior.

Estos plazos señalados con carácter general no regían para la revisión de las incapacidades permanentes derivadas de enfermedad profesional; no obstante, para poder instar la revisión de la incapacidad como resultado de los mismos, entre un reconocimiento médico y otro debían transcurrir como mínimo seis meses¹⁷⁴.

Si como resultado de la revisión se modificase la calificación de la incapacidad permanente existente con anterioridad, debían y aun hoy en día deben aplicarse las normas previstas en el art. 21, que en síntesis eran las siguientes:

a) Si al trabajador que estaba cobrando ya una pensión de incapacidad se le reconociese, como consecuencia de la revisión, otro grado de incapacidad que también diera derecho a pensión en cuantía diferente, comenzaría a percibir la nueva pensión a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en así se hubiera declarado.

b) Si al trabajador que estaba cobrando una pensión de incapacidad se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado de incapacidad que diera lugar a una cantidad a tanto alzado, por ejemplo, por lesiones permanentes no invalidantes, dejará de percibir la pensión a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en así se hubiera declarado, y percibirá la parte de la indicada cantidad que, en su caso excediera del importe total percibido en concepto de pensión.

c) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le diere derecho a pensión no se le reconociese, como resultado de la revisión, la existencia de grado alguno de

¹⁷⁴ Art. 25 del Reglamento General de Prestaciones.

incapacidad dejará de percibir la pensión a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en así se hubiera declarado.

d) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le hubiere dado derecho a una cantidad a tanto alzado se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que le dé derecho a una cantidad a tanto alzado de cuantía diferente, percibirá la diferencia entre ambas si la nueva cantidad fuese superior a la anterior, y si fuese inferior no vendrá obligado a reintegrar la diferencia entre las mismas.

e) Si al trabajador declarado en una grado de incapacidad que le hubiere dado derecho a una cantidad a tanto alzado se le reconociese, como resultado de la revisión, otro grado que le dé derecho a una pensión, ésta se devengará a partir del día siguiente a la fecha de la resolución definitiva en así se hubiera declarado, pero no comenzará a percibirse hasta que se haya deducido de la misma el importe correspondiente a las mensualidades de la cantidad alzada percibida que excedan de las transcurridas desde que se reconoció el derecho a ella.

f) Si al trabajador declarado en un grado de incapacidad que le hubiere dado derecho a una cantidad a tanto alzado no se le reconociese, como resultado de la revisión, la existencia de grado alguno de incapacidad no vendrá obligado a devolver ninguna cantidad, en el supuesto de que se le reconociese el derecho a percibir una indemnización a tanto alzado por lesiones permanentes no invalidantes.

Las modificaciones y transformaciones de pensiones, cantidades a tanto alzado o indemnizaciones por baremo producidas como consecuencia de los supuestos anteriormente referidos, daban lugar a las oportunas compensaciones, ingresos o devoluciones entre el correspondiente servicio o servicios comunes de la Seguridad Social, Mutualidad Laboral, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresario responsable, debían llevarse a cabo en el plazo de un mes contado desde la fecha en que la resolución que las motivara fuese definitiva.

En caso de desaparición o insolvencia de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresario responsable, se

produciría la subrogación en sus obligaciones y derechos derivados de la revisión de la incapacidad el Fondo de Accidentes de Trabajo¹⁷⁵.

Por lo que respecta a los efectos económicos de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional, la norma hacía depender el momento en que nacía el derecho a percibir las prestaciones básicamente de si el trabajador se encontraba o no prestando servicios en una empresa cuando se produjera el reconocimiento médico en que se diagnosticase la enfermedad profesional.

Cuando el trabajador se encontrase al servicio de una empresa en el momento del reconocimiento médico y cesase en el trabajo como consecuencia de la declaración de la incapacidad permanente, el derecho a la pensión nacería el día siguiente al del cese; mientras que en caso de no haber podido continuar prestando servicios por encontrarse en situación de incapacidad temporal al declararse la incapacidad permanente, la fecha de nacimiento del derecho a la pensión sería la del día siguiente a la finalización de la referida incapacidad temporal.

Por el contrario, cuando el trabajador no se encontrase al servicio de una empresa en el momento del reconocimiento médico oficial que se llevase a efecto como consecuencia de haber instado que se le reconociese la situación de incapacidad permanente, la fecha de iniciación del derecho a percibir la pensión coincidirá con la del reconocimiento médico, salvo que al ser declarada su incapacidad permanente por enfermedad profesional, el trabajador se encontrase en situación de incapacidad profesional o de desempleo total y subsidiado, en cuyo caso el nacimiento del derecho a la pensión se produciría el día siguiente al del cese en dichas situaciones.

También se estableció la compatibilidad entre la pensión de invalidez permanente derivada enfermedad profesional con el trabajo por cuenta ajena, siempre previa autorización del correspondiente Servicio Común de la Seguridad Social, para cuya concesión debería tener en cuenta las circunstancias que concurrieran en la enfermedad

¹⁷⁵ El Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo se suprimió con base en la disposición final primera del Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo (BOE del 18).

profesional padecida por el trabajador, así como la naturaleza y condiciones del trabajo a realizar.

La existencia de esta autorización debía ser comprobada por los empresarios antes de contratar a los pensionistas por enfermedad profesional, y unos y otros podían ser sancionados en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la norma¹⁷⁶.

El art. 26 del Reglamento General de Prestaciones mantenía la clasificación de la silicosis en tres grados, y la equiparación del segundo y tercer grado a la incapacidad total para la profesión habitual y a la incapacidad absoluta para todo trabajo, respectivamente, tal como se había hecho ya en 1941.

El primer grado seguía siendo aquel que por sí solo no originaba disminución alguna de la capacidad funcional para el trabajo. Se equiparaba al segundo mientras coexistiera con bronconeumonía crónica, acompañada o no de síndromes asmáticos; cardiopatía orgánica, incluida la perfectamente compensada o con un cuadro de tuberculosis sospechoso de actividad o lesiones residuales de esta etiología. No obstante, si el primer grado concurría con tuberculosis activa se equiparaba al tercer grado, y no al segundo, a diferencia de lo previsto en la regulación anterior.

El segundo grado, que era el que inhabilitaba al trabajador para desempeñar las tareas fundamentales a las de su profesión habitual, comprendía los casos de silicosis definida y típica. Tal como estaba previsto en la normativa reguladora anterior, se contemplaba la equiparación al tercer grado mientras la silicosis de segundo grado concurría con afecciones tuberculosas activas.

No se preveía nada novedoso con respecto al tercer grado de silicosis, que seguía comprendiendo los casos en que la enfermedad se manifestara al menor esfuerzo físico y resultase incompatible con todo trabajo.

Por el contrario, si se reconocía el derecho a pensión del declarado silicótico de segundo grado, cualquiera que fuese su edad, y ello sin perjuicio de su que pudiera acogerse a las medidas de recuperación procedentes. En este último caso, además de la pensión, podría percibir las becas y salarios de estímulo que pudieran corresponderle.

2.2.4. La gestión de las prestaciones de invalidez permanente en la Ley de Seguridad Social

La proyectada unificación de la gestión prevista en la LBSS solo se consiguió parcialmente, aunque sí se suprimió la participación de las compañías de seguros en la

¹⁷⁶ Estas sanciones estaban previstas en el artículo 193 de la Ley de la Seguridad Social.

cobertura de los accidentes de trabajo y con ello la posibilidad de que pudieran obtener beneficios económicos mediante la realización de esta actividad.

Por lo demás, la LSS/1966 encomendó, con carácter general, a las Mutualidades Laborales¹⁷⁷ las funciones y servicios derivados de las prestaciones de invalidez permanente y permitió la intervención privada, a través de la colaboración de las Mutuas Patronales de Accidentes de Trabajo, en el aseguramiento de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales¹⁷⁸.

2.3. La modificación de las incapacidades en la Ley 24/1972, de 21 de julio sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social

La Ley 24/1972, de 21 de julio sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del régimen general de la Seguridad Social (en adelante, LFP) Social¹⁷⁹ alteró de forma importante el contenido de la LSS de 1966, al introducir la cotización sobre salarios reales y la revalorización periódica de las pensiones¹⁸⁰. También amplió y mejoró la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, perfeccionando el cuadro de prestaciones por muerte y supervivencia y modificando la protección de las incapacidades y ciertos aspectos de la asistencia sanitaria.

Para poder entender mejor los pormenores de la reforma llevada a cabo por la LFP en materia de invalidez, se hace preciso comparar el nuevo cuadro normativo resultante de la misma con la protección que en ese momento se daba a la misma contingencia en los países miembros de la Comunidad Económica Europea.

Para ilustrar mejor este punto, conviene recordar que en el año 1972, en España, el panorama legislativo y jurisprudencial sobre la materia de invalidez permanente era el siguiente:

¹⁷⁷ Art. 196.1, b) LSS

¹⁷⁸ Art. 199.1, c) LSS.

¹⁷⁹ BOE de 22 de junio.

¹⁸⁰ Su art. 5 establecía que las pensiones reconocidas de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia debían revalorizarse periódicamente por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo. Para dicha actualización se tendrían en cuenta, entre otros factores, la elevación del nivel medio de los salarios, el índice del coste de la vida y la situación general de la economía, así como las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social. Igualmente, conforme a la Disposición Adicional Sexta, las pensiones causadas de acuerdo con la legislación anterior, y con carácter prioritario las de menor cuantía, debían ser mejoradas por el Ministerio de Trabajo.

Con la LSS de 1966 habían desaparecido del ordenamiento jurídico las listas de lesiones que constituían los distintos grados de invalidez, es decir, las previstas en los artículos 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, aunque podían continuar, y de hecho se han continuado aplicando con carácter orientativo por los tribunales¹⁸¹.

Los grados de invalidez permanente eran cuatro, todos ellos arbitrados sobre un criterio profesional, referido fundamentalmente al trabajo habitual y, solo excepcionalmente, a todo tipo de trabajo productivo.

La jurisprudencia había admitido desde el primer momento¹⁸², la valoración conjunta de las lesiones en el momento de la calificación o de la revisión del grado de invalidez, por lo que había que contemplar a la persona inválida como un todo, no aislando las distintas enfermedades o dolencias que pudiera padecer, sino su estado general porque, en definitiva, se trataba de ver si podía o no trabajar y, en caso afirmativo, hasta qué punto podía hacerlo.

Por tal motivo, para poder calificar la invalidez era necesario poner en relación el estado global del inválido con la capacidad laboral¹⁸³, es decir, debía constatarse si efectivamente la suma de las enfermedades o lesiones impedía total o parcialmente el desempeño de las tareas fundamentales de la profesión habitual o, en el peor de los casos, inhabilitaba para

¹⁸¹ ALONSO OLEA indica que con la Ley de Seguridad Social de 1966 desaparecieron las llamadas “incapacidades típicas”, características de la legislación anterior, y que últimamente se habían listado en los artículos 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo. De esas lesiones anatómicas o fisiológicas que por sí mismas implicaban una determinada incapacidad en un determinado grado, solo la ceguera continúa constituyendo por sí misma una gran invalidez, ya que resulta impensable que el Decreto 1328/63, de 5 de junio, hubiera sido derogado por la LSS (ALONSO OLEA. M. (1974): *Instituciones de Seguridad Social*, op. cit., pp. 84 y 85).

DEL RIEGO FERNÁNDEZ y CAMPOS ALONSO distinguen dos etapas en la postura adoptada por el Tribunal Supremo en orden a la vigencia o no de los artículos 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo.

Los autores refieren que en un primer momento el Alto Tribunal consideró que de conformidad con la Disposición Final Segunda de la LSS, dado que esta Ley no regulaba la materia de forma distinta, las normas del Reglamento de Accidentes de Trabajo que señalaban los casos concretos que integraban cada incapacidad debían reputarse vigentes. Reflejo de esta postura del Tribunal Supremo en favor de la vigencia de los preceptos sobre incapacidades específicas sería la Sentencia de 21 de febrero de 1970 (R.A 1110).

No obstante, en una segunda postura, que se iniciaría con la sentencia de 14 de octubre de 1971 (R.A 3973) y seguiría, entre otras, en la de 23 de diciembre de 1971 (R.A 5309), el Tribunal Supremo consideró que con la nueva regulación los artículos 37, 38 y 41 del Reglamento de Accidentes de Trabajo debían entenderse derogados, si bien lo dispuesto en ellos podía ser “tomado en consideración con carácter indicativo” (DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J.A., y CAMPOS ALONSO, M.A. (1973): “Anotaciones a la Ley de 21 de junio de 1972 de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social”, en *Cuestiones de enjuiciamiento de derecho de trabajo y de seguridad social*, Madrid (Ed. Ministerio de Trabajo), p. 140).

¹⁸² Este principio de valoración conjunta de las dolencias a la hora de calificar el grado de incapacidad se admitió entre otras en las SSTs de 25 de febrero de 1970 (Ar. 750); 24 de junio de 1975 (Ar. 2772); 8 de marzo de 1979 (Ar. 1323).

¹⁸³ SSTs 15 de octubre de 1980 (Ar. 3553) y de 1 de diciembre de 1980 (Ar. 4847).

la realización de cualquier clase de trabajo. Por el momento, la Gran Invalidez no quedaba fuera de esta vinculación entre lesión- trabajo, dado que no dejaba de ser el máximo grado de la invalidez permanente y, como tal, además de eliminar la posibilidad de llevar a cabo cualquier trabajo u oficio, dejaba al inválido en situación de dependencia de tercera persona.

En suma, la calificación de la invalidez en cualquiera de sus grados no atendía únicamente a criterios médicos, ya que la intrínseca gravedad de una lesión no era motivo suficiente para declararla si no conllevaba una disminución o anulación de la capacidad laboral en quien la sufría.

En cuanto a la valoración de los efectos del uso de aparatos ortopédicos o protésicos o correcciones ópticas sobre la incapacidad laboral resultante, se adoptó un criterio jurisprudencial consistente en considerar irrelevantes las mejorías que pudieran alcanzarse gracias a su utilización a efectos de calificar o modificar el grado de incapacidad permanente.

Como ejemplo de esta postura jurisprudencial, a continuación se transcribe parte de la argumentación de la STS de 28 de junio de 1976¹⁸⁴ en la que puede leerse lo siguiente: “(...) con independencia de que tal estado pueda atenuarse por medios científicos en sus efectos, pero no en sí mismo, y sin que obste a la declaración de invalidez el que mediante ellos pueda alcanzar mejoría, porque ello no altera la valoración de las secuelas; sin que pueda tomarse en consideración ni quepa tener en cuenta, ni deban rebajarse, ni sea admisible aplicar rectificación, rebaja ni compensación alguna, ni atenuar los resultados efectivos por los beneficios –ciertos, eventuales o futuros- que el actor o los interesados puedan alcanzar o se deriven del empleo de medios científicos, el uso de aparatos ortopédicos o protésicos o de correcciones ópticas mediante gafas, cristales o suplementos de corrección oftálmica, debiendo destacarse toda posibilidad de uso de aparatos de corrección y de medios ópticos, pues, aunque por el empleo de los mismos pudiera ser corregida la deficiencia funcional, la mejoría así obtenida no influye ni puede influir para nada en la calificación de la incapacidad, porque los beneficios que se deriven del uso de tales medios no pueden computarse para modificar el grado de incapacidad, ya que la Ley reduce las circunstancias atendibles para calificar incapacidades resultantes de enfermedades o accidentes a la existencia y alcance de la disminución de la capacidad

¹⁸⁴ Ar. 3665.

laboral que, efectivamente, hayan experimentado los enfermos o lesionados en relación con el trabajo a que se dedicaban y cuando se trata de calificar una incapacidad no declara obligatorio el uso de aparatos, pues sobre ser aleatorio su empleo y resultados, demuestra que el aumento de aptitud es artificial, solo factible con su uso y menos todavía si se trata de un oficio en el que es o puede ser peligroso usarlos”¹⁸⁵.

Con respecto a lo que acontecía en Europa en el momento al que se está haciendo referencia, es preciso tener presentes que solo seis países formaban parte de la Comunidad Económica Europea. En ellos la regulación de la invalidez presentaba una serie de características que podrían resumirse como sigue¹⁸⁶:

1. La noción de invalidez se vinculaba con la capacidad de ganancia, y lo habitual era que se fijara una gradación continua por el sistema de porcentajes de incapacidad¹⁸⁷. Los porcentajes en que la capacidad de ganancia debía quedar reducida variaban ostensiblemente de unos países a otros.

2. Los grados de invalidez eran habitualmente dos, incapacidad profesional o incapacidad de ganancia total, o tres, si a los anteriores se añadía la situación en la que el inválido necesitara de la ayuda de una tercera persona.

3. En el origen de la invalidez, que provocaba la reducción o anulación de la capacidad de ganancia, se encontraba la enfermedad o un defecto físico o mental.

4. Excepto en Italia, la capacidad de ganancia restante se evaluaba en relación a la capacidad de ganancia de otra persona sana de cuerpo y mente, de la misma condición y categoría, de la misma o análoga formación y que residiera en la misma región o en lugar vecino.

5. La consideración de la actividad profesional que podía servir para la valoración del daño no era uniforme en todos los países.

¹⁸⁵ ALVAREZ DE LA ROSA critica que esta postura sea defendible por cuanto “olvida la recuperación que ha de intentarse, como labor primera y fundamental del hombre inválido, y más parece una teoría basada en la necesidad de indemnizar el daño físico sufrido que en las directrices de una moderna seguridad social” (Civitas Ediciones S.L, decimotava edición) (ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, op.cit., pp. 222- 223).

¹⁸⁶ Estas características de la regulación de la invalidez en los países de la Unión Europea son, en esencia, las enumeradas por J.M ALVAREZ DE LA ROSA (Ibídem, p.178).

¹⁸⁷ ALONSO OLEA. M. (1974): *Instituciones de Seguridad Social*, op.cit. p. 82.

6. La capacidad de ganancia residual hacía referencia a la ganancia que el asegurado podía procurarse sin tomar en consideración la ganancia real que hubiera podido obtener.

2.3.1 La regulación de la invalidez permanente parcial y total para la profesión habitual en la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora de 1972

A modo de resumen, podría decirse que la LFP no varió el concepto de invalidez permanente recogido en el art. 132.3 LSS y, aunque mejoró la protección de la incapacidad permanente parcial y total para la profesión habitual, no ocurrió lo mismo con respecto a los grados más altos de invalidez.

A diferencia de la LSS, que en su artículo 135.2 distinguía entre Incapacidad Permanente Parcial derivada de enfermedad común o accidente no laboral e Incapacidad Permanente Parcial proveniente de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la LFP unificó la regulación del concepto al no atender a la causa de la incapacidad.

Esta fórmula única de regular la contingencia se refleja en el criterio que debía tenerse en cuenta para entender que efectivamente se estaba en presencia de este grado de Incapacidad. A este respecto, la LFP acogió una solución intermedia, ya que no se decantó por exigir simplemente una “disminución sensible del rendimiento”, como preveía la LSS para las Incapacidades Parciales derivadas de causas profesionales, ni tampoco por fijar un porcentaje de disminución de la ganancia en la profesión de que se tratara, que estaba fijado en un mínimo 66% en el art. 135.2 de la LSS para las Incapacidades parciales que tuvieran su causa en enfermedades comunes o en accidentes no laborales, sino que optó por establecer un porcentaje mínimo de reducción del rendimiento normal para dicha profesión, que quedó establecido en un 33%.

De esta forma, tras la modificación introducida por la LFP, la situación de Incapacidad Permanente Parcial requería que el beneficiario pudiera seguir realizando las tareas fundamentales de su profesión habitual, porque de no ser así la Incapacidad debía calificarse como Permanente Total, y, además, que su rendimiento hubiera experimentado una reducción de como mínimo el 33%, tomando como referencia el rendimiento considerado normal para dicha profesión.

Esta exactitud matemática, exigida legalmente para determinar el porcentaje mínimo de reducción del rendimiento, suscitó, como no podía ser de otra forma, problemas de interpretación, no solo por la dificultad que de por sí entrañaba precisar el tanto por ciento concreto en que se pudiera haber producido la disminución del rendimiento del trabajador,

sino también por la dificultad añadida de concretar a secas cuál era el rendimiento normal exigible al trabajador en algunos puestos de trabajo concretos, especialmente alguno de los habituales dentro del sector de la construcción que, desgraciadamente, además, registraba el mayor índice de siniestralidad laboral.

Tal vez hubiera sido preferible que la LFP hubiera optado por el criterio que la LSS había reservado para la Incapacidad Permanente Parcial derivada de causas profesionales, es decir, por exigir que se produjera una “disminución sensible en el rendimiento”, sin precisar porcentaje alguno de disminución. Esta elección habría minimizado los problemas de interpretación, porque en ese momento la jurisprudencia ya se había ocupado reiteradamente de concretar los límites dentro de los que se movía este grado de Incapacidad y sus diferencias con la Incapacidad Permanente Total; eso sí, como no podía ser de otra forma, solo en cuanto a las Incapacidades Parciales que tuvieran su causa en un riesgo profesional y, concretamente, casi con exclusividad, en un accidente de trabajo.¹⁸⁸

Pero la elección del legislador del 72 no fue esta, sino la que se ha apuntado anteriormente, y si bien supuso una mejora de la protección de la Incapacidad Permanente Parcial derivada de causas comunes, también provocó un daño colateral, porque la solución adoptada iba en detrimento de la mejor cobertura de la que, hasta ese momento, había sido tributaria la Incapacidad Permanente Parcial derivada de accidente de trabajo.

Por otra parte, a diferencia de lo previsto en el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, la LPF, tal como había hecho también la LSS, no admitió la posibilidad de que la prestación económica por Incapacidad Permanente y Parcial consistiese en una pensión vitalicia. De esta forma, a la prestación más importante, que era la dirigida a la rehabilitación del trabajador, se añadía una prestación económica de 24 mensualidades abonada en un único pago¹⁸⁹, en vez de la de 18 mensualidades establecida en la LSS.

¹⁸⁸ En este sentido, DEL RIEGO FERNÁNDEZ y CAMPOS ALONSO. Los autores también comentan que “el señalamiento de un porcentaje, por las dificultades de encasillamiento dentro de los límites exactos (...), acaso tenga más valor indicativo que definitorio, más de orientación que de definición” (DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J.A., y CAMPOS ALONSO, M.A. (1973): “Anotaciones a la Ley de 21 de junio de 1972 de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social”, op. cit., pp.138 y 140).

¹⁸⁹ Art. 9 del Decreto de 23 de junio de 1972.

La LPF mantuvo el concepto legal de Incapacidad Permanente y Total para la profesión habitual recogido en artículo 135 de la LSS, y reconoció el derecho a la pensión vitalicia sin establecer límite de edad alguno¹⁹⁰.

Al no preverse nada sobre la cuantía de la pensión vitalicia en la LPF ni en el Decreto de Prestaciones de 23 de junio de 1972¹⁹¹, por aplicación de la Disposición Final Segunda de la Ley de 1972, que establecía la vigencia de la legislación anterior en lo que no se opusiese a la nueva, cabía entender que esta seguía siendo del 55% de la base reguladora.

El número tres del artículo 11 de la LPF establecía la posibilidad de sustituir excepcionalmente la referida pensión vitalicia por “una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años”.

Al este respecto, el art. 10 del Decreto de Prestaciones de 23 de junio de 1972 se limitó a establecer la competencia del Ministerio de Trabajo para regular “los supuestos y las condiciones en que la pensión de incapacidad permanente total podrá ser sustituida, excepcionalmente, por la indemnización a tanto alzado”. Fue la Orden de 31 de julio de 1972¹⁹² la que reguló el procedimiento de sustitución de la pensión por una indemnización¹⁹³. Además, en la norma quinta de su artículo 5º, introdujo una novedad en la regulación de esta cuestión, al establecer el acceso del beneficiario, en el momento en que cumpliera los sesenta años, a la pensión vitalicia reconocida anteriormente y revalorizada.

¹⁹⁰ El punto dos del art. 11 de la LPF establecía que “Los inválidos en los grados de incapacidad parcial o total para la profesión habitual causarán las prestaciones económicas correspondientes, cualesquiera que sean la contingencia determinante de la invalidez y la edad del trabajador”.

¹⁹¹ Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 28 de junio).

¹⁹² Orden de 31 de julio de 1972 (BOE de 11 de agosto), por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en materia de prestaciones de Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁹³ Conforme se establecía en la Orden de 31 de julio de 1972, para poder sustituir la pensión vitalicia por una indemnización a tanto alzado, debían concurrir los siguientes requisitos: a) que se presumiera que las lesiones determinantes de la invalidez no eran susceptibles de modificación que pudiera dar lugar a la revisión de la incapacidad; b) que el beneficiario acreditase que estaba trabajando por cuenta propia o ajena o, en otro caso, que el importe de la indemnización iba a invertirse en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo y se acreditara que se tenía la aptitud suficiente para ejercer la actividad de que se tratase.

La solicitud debía dirigirse a la Dirección General de Seguridad Social, a quien correspondía la competencia para resolver, aunque no con carácter discrecional, ya que la norma atribuía al beneficiario un derecho subjetivo a la sustitución de la pensión por la indemnización siempre que se cumplieran los requisitos exigidos.

2.3.2 La creación de la Incapacidad Permanente Total cualificada y su repercusión negativa en la protección otorgada a los grados más altos de invalidez permanente.

Sin duda, la principal modificación que introdujo la LFP en materia de invalidez permanente fue la relativa a la gradación de la misma, y se concretaba en la creación de una modalidad de incapacidad permanente total, la incapacidad permanente total cualificada¹⁹⁴, que daba derecho a un suplemento cuando fuera presumible que por razones de edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, el incapacitado permanente total podría tener dificultades para obtener un empleo en actividad distinta de suya habitual anterior.

Este subgrado de la incapacidad permanente total se recogió posteriormente en el artículo 136.2 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social¹⁹⁵ (en adelante, TRLGSS/74), que remitió la fijación del porcentaje a determinación reglamentaria. No obstante, y pese a que la autorización reglamentaria solo abarcaba este extremo, el entonces vigente Decreto 1646/1972, de 23 de junio¹⁹⁶, dictado en aplicación de la LFP, además de establecer un incremento del 20% de la pensión de invalidez total, añadió con respecto al requisito de edad previsto legalmente, que ésta habría de ser como mínimo de 55 años¹⁹⁷.

Y eso no fue todo, ya que el Decreto de Prestaciones aún limitó más la posibilidad de acceder a la mejora en la cuantía de la pensión, al establecer que solo podría reconocerse el incremento del 20% a los trabajadores declarados en situación de Incapacidad Permanente y Total a partir de 1 de julio de 1972¹⁹⁸, quedando privados de la posibilidad de beneficiarse del mismo, aun reuniendo los requisitos exigidos, todos aquellos a los que se les hubiese reconocido la pensión con anterioridad a esta fecha.

¹⁹⁴ Así denominó ALONSO OLEA a este subgrado de la invalidez permanente total introducida por el artículo 11.4 de la LFP, en *Instituciones de Seguridad Social*, Apéndice 1973 (comentario a la Ley 24/1972, de 21 de junio), Madrid (Ed. I.E.P), 1973, p.35. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1977 (Ar. 700) hace referencia a este “subgrado de incapacidad total a efectos económicos”.

¹⁹⁵ BOE de 20 de julio.

¹⁹⁶ BOE de 28 de junio.

¹⁹⁷ Esta intromisión reglamentaria consistente en la fijación, por el art. 6.2 del Decreto de Prestaciones, de un límite mínimo de edad para tener derecho al incremento del 20% sobre la pensión de invalidez permanente total, fue criticada entre otros por ALONSO OLEA, M. (1973) *Instituciones de Seguridad Social*, Apéndice (comentario a la Ley 24/1972, de 21 de junio), op. cit., p. 35, y por DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J.A., y CAMPOS ALONSO, M.A. (1973): “Anotaciones a la Ley de 21 de junio de 1972 de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social”, en *Cuestiones de enjuiciamiento de derecho de trabajo y de seguridad social*, op, cit. p.144.

¹⁹⁸ Número 1 del art. 6 del Decreto de 23 de junio de 1972.

Parece claro, por otra parte, que la introducción de esta modalidad de incapacidad permanente total se produjo con la intención de impedir que una invalidez permanente total, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias sociales y laborales, pasara al grado de absoluta, tal como venía interpretándose jurisprudencialmente¹⁹⁹. A partir de la LPF, si se daban tales circunstancias solo podría percibirse el incremento correspondiente a la incapacidad permanente total cualificada si se habían cumplido ya los cincuenta y cinco años, y únicamente mientras no se tuviera empleo, porque en tal caso el percibo del suplemento quedaba en suspenso²⁰⁰.

Imprevisiblemente, la creación de la figura de la incapacidad permanente total cualificada incidió de forma negativa en la protección otorgada por los grados más elevados de incapacidad permanente, pues el Tribunal Supremo entendió que tras la LPF debía dejar de aplicarse la doctrina legal precedente²⁰¹, por lo que no cabía ya incluir dentro de la invalidez absoluta aquellas invalideces totales en las que se dieran circunstancias de edad, falta de formación cultural y profesional o de medioambiente²⁰².

De esta forma, tras la entrada en vigor de la LPF, a efectos de calificar la incapacidad permanente como absoluta solo podrían valorarse las lesiones o dolencias sufridas por el trabajador para ver si éstas tenían o no suficiente entidad por sí mismas, con independencia de otras circunstancias que pudieran darse en el caso concreto, tales como la edad, la falta de formación profesional, su falta de cultura, el entorno laboral, el lugar de residencia del trabajador, etc., que resultarían ya irrelevantes para cambiar el grado de invalidez de total a absoluta²⁰³.

¹⁹⁹ Así lo entendieron DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A. (1979): *Manual de Seguridad Social*, (editorial Aranzadi, 2ª edición), op. cit., p.515.

²⁰⁰ Art. 6.4 del Decreto 1646/1972.

²⁰¹ ALONSO OLEA sintetiza esta doctrina jurisprudencial, resumida en la Sentencia de 26 de febrero de 1973, que rechazaba que para rebajar el grado de incapacidad se pudiera tener en cuenta la “utópica” posibilidad del trabajador manual incapacitado de realizar un trabajo sedentario o de oficina cuando este requiriera una preparación no asequible para el mismo, porque careciera por completo de cultura o de formación profesional o porque exigiera una preparación no asequible para él por cualquier causa, incluida su edad (ALONSO OLEA. M. (1974): *Instituciones de Seguridad Social*, op. cit., p. 83).

En la misma línea, y valga por todas, la STS de 28 de septiembre de 1976 subraya que “la incapacidad permanente absoluta es la que inhabilita por completo para toda profesión u oficio, y procederá según doctrina legal de esta Sala, cuando las limitaciones físicas del trabajador sean de tal índole que, conjugadas con las condiciones personales del mismo, edad, formación cultural, ambiente y residencia, determinan la imposibilidad de encontrar otro trabajo remunerado”.

²⁰² Muestra de este cambio de rumbo jurisprudencial son, entre otras, las SSTS de 14 de abril de 1976 (Ar. 2431); de 21 de abril de 1978 (Ar.1556); de 22 de marzo de 1979 (Ar. 1129); de 4 de junio de 1979 (Ar. 2559) y de 26 de junio de 1979 (Ar. 3088).

²⁰³ La STS de 20 de octubre de 1978 (Ar. 3604) destaca que la invalidez absoluta “requiere para su reconocimiento el que las alteraciones orgánicas tengan entidad y trascendencia por sí solas, para que el trabajador se encuentre en dicha situación”. De forma más terminante aún, la STS de 5 de mayo de 1980

La nueva doctrina legal que fue estableciéndose a partir de ese momento²⁰⁴, olvidaba que la valoración exclusiva del proceso patológico del trabajador al margen de sus circunstancias personales, sociales o laborales, no podía dar una idea clara de su verdadera capacidad laboral y, por tanto, de su capacidad de ganancia real, porque aunque teóricamente se conservara una capacidad laboral residual, si en la práctica resultaba imposible acceder a un empleo por una deficiente formación cultural o laboral, o por las circunstancias laborales o sociales presentes en el lugar de residencia, y no se habían cumplido aún los cincuenta y cinco años, la incapacidad permanente no podía calificarse como absoluta, ni aun menos como Gran Invalidez, pero tampoco como total cualificada, lo que conllevaba un gran perjuicio para el trabajador afectado.

2.4. La regulación de la Gran Invalidez en el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social

En razón de la disposición final tercera, 3 de la LPF, el Gobierno dictó el TRLGSS/ 1974, en cuyos artículos 135.6 y 136.4 se reguló la Gran Invalidez sin novedades con respecto a lo establecido en la LSS/1966.

El primero de ellos definía la Gran Invalidez como “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos”, y el segundo, concretaba que la protección otorgada consistiría en un incremento del 50% de la pensión del inválido absoluto, destinado “a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atiende”.

De este concepto de Gran Invalidez cabía extraer dos conclusiones: por una parte, no era suficiente con que las lesiones fueran constitutivas de una incapacidad permanente absoluta, aunque, desde luego, de hecho, debían serlo, sino que la afección padecida debía ir “más allá de lo necesario para catalogar una invalidez absoluta”²⁰⁵. Por otra, las

(Ar. 2041) subraya que “las perturbaciones fisiopatológicas que padezca el trabajador son las únicas circunstancias de hecho que han de ser contempladas para valorar su repercusión y fuerza invalidante en la capacidad laboral”.

Aunque este rigor se atenúa en algunas sentencias como la de 28 de abril de 1977 (Ar. 2542), admitiendo que para calificar la incapacidad permanente en el grado de absoluta, deben valorarse “no solo la enfermedad, sino también las condiciones personales de la enferma y sobre todo su capacidad laboral residual con posibilidades reales de encontrar nueva ocupación retribuida por cuenta ajena”, o permitiendo que se puedan “realizar otros trabajos menos rudos y pesados(...) como pueden ser los de carácter sedentario” (STS de 11 de octubre de 1979 (Ar. 3551) y 21 de febrero de 1981 (Ar. 731).

²⁰⁴ La STS de 7 de febrero de 1981 especifica que este criterio constituye ya doctrina legal.

²⁰⁵ STS de 8 de marzo de 1978 (Ar. 1344).

“reducciones anatómicas o funcionales” debían ser de tal entidad que impidieran “la satisfacción de necesidades primarias e ineludibles para poder psicológicamente subsistir” o llevar a cabo “aquellos actos indispensables a la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la humana convivencia”²⁰⁶.

En efecto, para poder calificar la Gran Invalidez era necesario no solo que las “reducciones anatómicas o funcionales” inhabilitaran “por completo al trabajador para toda profesión u oficio”, sino que además le impidieran la realización de “los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos”, y en consecuencia, necesitara “la asistencia de otra persona” para poder llevarlos a cabo.

La norma enumeraba de forma meramente enunciativa los actos considerados más esenciales para la vida, y recurría a la analogía para acabar de delimitarlos²⁰⁷.

En la doctrina del Tribunal Supremo pronto quedó claro que para la calificación como gran inválido bastaba con necesitar la ayuda de una tercera persona para poder realizar uno solo de esos actos, y no para todos ellos²⁰⁸, aunque con respecto a alguno de esos actos, tal como la deambulación, la aplicación analógica se limitó a la esencial “para subsistir dentro del domicilio”, sin abarcar la “deambulación callejera”²⁰⁹.

También se encargó la jurisprudencia de puntualizar que la ayuda prestada no tenía que limitarse únicamente a asistir al gran inválido en la realización de los actos más esenciales, sino que podía consistir también en labores de vigilancia al objeto de impedir las conductas autoagresivas en general, tales como autolesiones o intentos de suicidio, en casos de psicosis grave o depresiones²¹⁰.

²⁰⁶ SSTS de 3 de octubre de 1968 (Ar. 5088).

²⁰⁷ El Tribunal Supremo precisó en sus Sentencias de 1 de abril y 2 de julio de 1985 (R.A. 1837 y 3668, respectivamente) que el concepto de gran invalidez “lo perfila la normativa legislativa haciendo una enumeración de determinados actos por vía enunciativa, remitiéndose después a la analogía (...)”. En palabras de GARCÍA NINET, esa enunciación orientativa “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” (GARCÍA NINET, J.I. (2000): “Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez”, *Tribuna Social*, núm.114, pp. 5-6).

²⁰⁸ STS de 14 de marzo de 1972 (Ar. 1193), en la que se contempla la necesidad de ayuda para el aseo personal.

²⁰⁹ SSTS de 3 de octubre de 1968 (Ar. 4477) y de 6 de noviembre de 1968 (Ar. 4716) y de 2 de mayo de 1975 (Ar. 2587). Estas sentencias, aunque entienden que la deambulación callejera no es en sí un acto esencial, señalan que ello “no impide que quien necesite la ayuda de otra persona para comer, vestirse, desnudarse, puede con el auxilio de la misma, realizar desplazamientos fuera del domicilio si su estado físico lo permitiere”.

²¹⁰ Ver SSTS de 16 de diciembre de 1977 (Ar. 4962) y de 3 de diciembre de 1977 (Ar. 5082).

El trabajador declarado gran inválido tenía derecho a percibir la pensión de incapacidad permanente absoluta incrementada en un 50 por ciento, al objeto de poder remunerar a la persona que le atendiese. Seguía siendo posible, conforme establecía el art. 136.4 TRLGSS/1974, sustituir el incremento de la pensión por su alojamiento y cuidado, en régimen de internado, en una institución asistencial adecuada a cargo de la Seguridad Social.

Las condiciones a que quedaba sujeta la sustitución del incremento de la pensión por el internamiento en una institución asistencial eran las que se han visto anteriormente, dado que seguía aplicándose el art. 18 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de julio de 1989²¹¹, indicó que el incremento de la pensión de Gran invalidez y la pensión propiamente dicha tienen una naturaleza jurídica distinta, ya que el incremento tiene una función retributiva o remuneradora de la persona que cuida al gran inválido, mientras que la pensión cubre las necesidades ordinarias de éste último, por lo que el incremento que perciben los grandes inválidos no puede quedar afectado por los topes máximos de pensión establecidos por el Gobierno. Pero además, cualquier interpretación que redujera o anulara el incremento de la pensión significaría una diferencia de trato injustificada entre los grandes inválidos atendidos en el medio doméstico o familiar y los que han optado por su internamiento en una institución asistencial²¹².

2.5 La desvinculación de la Gran Invalidez del grado de Invalidez Permanente absoluta en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, Integración Social de los Minusválidos²¹³ introdujo dos cambios importantes en la redacción de los artículos 132 y 135 del TRLGSS/1974:

Por una parte, su disposición final Cuarta modificó el art.132 del TRLSS/74, eliminando la necesidad de alta médica para la valoración de la invalidez permanente cuyas secuelas

²¹¹ Actualidad Laboral 1.121.

²¹² El extracto de la Sentencia y cita de la misma puede verse en HEVIA- CAMPOMANES CALDERÓN, E. y AA. VV. (1993): *Los accidentes de Trabajo y las enfermedades profesionales*, Madrid (Editorial Colex, 2ª edición), p.152.

²¹³ BOE de 30 de abril de 1982.

La Ley 13/1982 pretendía crear un sistema que garantizara unos ingresos mínimos a las personas afectadas por un grado mínimo de minusvalía que no realizaran una actividad laboral y, por tanto, no estuvieran incluidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Este sistema se concretó en el RD 383/1984, de 1 de febrero (BOE de 27 de febrero) que estableció además del derecho a la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, las siguientes prestaciones económicas: el

fueran definitivas²¹⁴, por otra, su disposición final Quinta modificó el art. 135.6 del TRLGSS/74, que exigía para la declaración de la Gran Invalidez estar afecto de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, al establecer que “la gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo”.

Al adquirir la Gran invalidez la condición de grado autónomo de la Incapacidad Permanente su reconocimiento podría ser, “o bien inicial o directo de una primera calificación de las secuelas”, o bien posterior “por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado, no siendo preciso que el reconocimiento de la Gran invalidez parta de un previo establecimiento de la incapacidad permanente absoluta”²¹⁵. También podría reconocerse la Gran invalidez como consecuencia de una revisión motivada por error de diagnóstico.

La Gran invalidez dejaba así de ser considerada legalmente como una Incapacidad Permanente Absoluta “cualificada” o “agravada”, y se configuraba como un nuevo grado de Incapacidad Permanente, tributario de una tutela específica²¹⁶.

Por lo tanto, si antes de la Ley 13/1982 la situación de Gran Invalidez se había caracterizado por incapacitar para el trabajo e imposibilitar la realización de los actos más necesarios para la vida²¹⁷, y requerir, por tal motivo, de la asistencia de tercera persona

subsidio de garantía de ingresos mínimos, el subsidio por ayuda de tercera persona y el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

Los beneficiarios de estas prestaciones debían ser mayores de 18 años, estar afectados por un grado mínimo de minusvalía del 65% y no tener recursos económicos por encima de la cuantía establecida.

La Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) se derogó por el RD Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social (BOE de 3 de diciembre).

²¹⁴ ALONSO GARCÍA señala que con la no exigencia de alta médica para poder valorar la invalidez permanente “probablemente se trató de evitar una situación anómala, a saber: la que se originaba en el período comprendido entre el alta médica y la declaración formal de invalidez, pues, en estos casos, ni se estaba en situación de Incapacidad Laboral Transitoria –art. 129.3 LGSS-, ni de invalidez provisional-art.133, a) y b) LGSS-, ni de invalidez permanente, ya que ésta aún no había sido declarada” (ALONSO GARCÍA, B. (1991): “La Invalidez permanente absoluta y el artículo 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social”, *REDT*, núm.46 (marzo- abril), p.233).

El Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de incapacidad permanente en la Seguridad Social (BOE de 19 de octubre) modificó el sistema de calificación de la incapacidad permanente anterior, en el que la misma era competencia de las Comisiones Técnicas Calificadoras, y creó un nuevo procedimiento en el que intervenían hasta tres entidades gestoras.

²¹⁵ STS de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6383).

²¹⁶ Como puntualiza GONZÁLEZ ORTEGA, la prestación por Gran invalidez se convierte en “una prestación económica autónoma e independiente, correspondiente a un nivel o grado de incapacidad también autónomo” (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), p. 21).

²¹⁷ Así lo habían subrayado las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1941 (RJ 1941/55) y de 10 de marzo de 1943 (RJ 1943/358), ambas citadas por MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro*

para poder llevarlos a cabo, con la nueva configuración que le daba la citada norma no se exigía ya necesariamente la anulación de la capacidad de trabajo, bastando con la mera limitación de la misma.

En adelante, la situación de Gran invalidez podría darse, al menos en teoría, en cualquier grado de Incapacidad permanente, y no únicamente en el de Incapacidad Permanente Absoluta, convirtiéndose en una condición personal del inválido en la que lo relevante sería la necesidad de ayuda de tercera persona para poder realizar los actos más esenciales de la vida, y no la imposibilidad de realizar con carácter permanente toda clase de trabajo²¹⁸.

No obstante, pese a ser la necesidad de ayuda para realizar los actos más esenciales de la vida el factor determinante para definir la Gran invalidez²¹⁹, al tratarse de un grado más de Incapacidad Permanente necesariamente debía compartir con los otros tres el elemento fundamental que definía a aquéllos, es decir, la obligatoriedad de que el estado invalidante del sujeto determinara una limitación o anulación de su capacidad de trabajo, pues, de no existir ésta, la situación de dependencia del inválido al cuidador no quedaría protegida²²⁰.

2.6. Análisis de las principales novedades introducidas por la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización y estructura de la acción protectora de la Seguridad Social en materia de invalidez.

La Ley 26/1985, de 31 de julio²²¹, de medidas urgentes para la racionalización y estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, que se refundió en el Texto Refundido

de dependencia. Presente y proyecciones de futuro, “Colección Laboral”, nº 145, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 29.

²¹⁸ AA. VV (2002) *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (dirección y coordinación MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.), Navarra (Editorial Aranzadi). p. 1794.

²¹⁹ Al respecto, la STS de 13 de julio de 1983, (RJ 1983, 3777) indica que “es la dependencia del inválido al protector o cuidador lo que caracteriza la gran invalidez”. Ya anteriormente, el Alto Tribunal había subrayado, en sus Sentencias de 8 y 10 de mayo de 1982 (R.A 1837 y 3668, respectivamente) que la razón determinante de la gran invalidez había que centrarla en esa necesidad de asistencia al incapacitado en cualquier momento que resulte preciso para salvaguardar la integridad física y su seguridad humana. Así se resalta en HEVIA- CAMPOMANES CALDERÓN, E. y AA. VV. (1993): *Los accidentes de Trabajo y las enfermedades profesionales*, op.cit., p. 151.

²²⁰ Tampoco, como ya había venido siendo anteriormente, quedaría cubierta con la prestación económica correspondiente a la Gran invalidez la remuneración de la persona que prestase al inválido cualquier clase de ayuda, sino que por el contrario, la ayuda remunerable debía caracterizarse por una serie de notas que continuaron perfilándose por la jurisprudencia a partir de la nueva configuración de la Gran invalidez.

²²¹ BOE de 1 de agosto de 1985.

de la Ley General de Seguridad Social de 20 de junio de 1994²²², modificó de forma importante el TRLGSS/74 en materia de invalidez²²³.

Uno de los principales cambios operados por la Ley 26/1985²²⁴ fue el relativo al periodo previo de cotización exigido para tener derecho a las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, que se hizo depender de la edad del beneficiario, de manera que:

a) Si el sujeto causante tenía menos de veintiséis años de edad, debía haber cotizado como mínimo la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión.

b) Si el causante hubiera ya cumplido los veintiséis años de edad, debía haber cotizado un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que hubiera cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, además, al menos la quinta parte del período de cotización exigible debía estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

El art 4.1, a) del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre²²⁵ concretaba las reglas a aplicar para computar la edad del beneficiario en la fecha del hecho causante, estableciendo que no se tendrían en consideración, en su caso, las fracciones de edad inferiores a medio año, excepto en el caso de beneficiarios con edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciséis años y medio, mientras que cuando tales fracciones fuesen superiores a seis meses, deberían considerarse equivalentes a medio año.

²²² BOE de 29 de junio de 1994.

²²³ Sin embargo, como señala GÁRATE CASTRO, la Ley 26/1985 no quiso acometer una reforma total del sistema de Seguridad Social, sino que “ las medidas introducidas se dirigían al reforzamiento gradual del carácter profesional, contributivo y proporcional de dos de las pensiones que mayor incidencia tienen en el coste a que debe hacer frente aquél: las de jubilación e invalidez, incrementándose, para conseguir el expresado objetivo, el período de ocupación cotizada requerido, como mínimo, para el disfrute de tales pensiones, así como el correspondiente a las bases de cotización a tener en cuenta a efectos del cálculo de su base reguladora y, por tanto, de su importe, lo que supuso, en definitiva, el aumento de la proporcionalidad entre el mencionado importe de las bases de cotización acreditadas y las cuotas satisfechas a lo largo de la vida profesional” (GÁRATE CASTRO, J. (1997): “Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente”, *Tribuna Social* nº 78, p. 14).

²²⁴ Introducido por su art. 2.2, que después pasaría a ser el art. 138.2 TRLGSS/ 1994.

²²⁵ BOE de 5 octubre de 1985. El Real Decreto 1977/1985, de 2 de octubre fue dictado, en cumplimiento de la disposición final segunda de la Ley 26/1985, de 31 de julio, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

Por su parte, los periodos de cotización resultantes de la aplicación de las normas previstas en el mencionado artículo y apartado²²⁶ debían ser objeto de redondeo, despreciándose, en su caso, las fracciones de mes.

Otra importante modificación en la regulación de la incapacidad permanente fue la prevista en los artículos 1.1 y 2.3 de la Ley 26/1985²²⁷, que permitían el acceso a las pensiones de incapacidad permanente en los grados de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo y Gran invalidez derivadas de contingencias comunes aunque los interesados no se encontrasen en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada a la de alta.

En estos casos, la declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad absoluta y Gran invalidez derivada de contingencias comunes, solo podría tener lugar a instancia de parte²²⁸, produciéndose los efectos económicos desde el momento de la solicitud²²⁹.

Cuando los interesados no se encontrasen en alta o situación asimilada a la de alta, el periodo mínimo de cotización exigido sería en todo caso de quince años, de los cuales al menos la quinta parte debía estar comprendida dentro los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante²³⁰.

Esto suponía exigir, además de un periodo de carencia genérica de 15 años, un periodo de carencia específica consistente en la acreditación de una cotización mínima de tres años dentro de un periodo de referencia de 10 años, contados hacia atrás a partir de la fecha en que se hubiera producido el hecho causante de la pensión.

²²⁶ La disposición adicional séptima del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, dio nueva redacción al art. 4.4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, permitiendo que para aquellos trabajadores que se encontraran en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, y no hubieran llegado a agotar el periodo máximo de duración de la misma, incluida su prórroga, establecido en el apartado a) del artículo 128(1) de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (actualmente art. 169.1.a) de la LGSS/2015) fuese posible asimilar los días que faltasen para agotar dicho periodo máximo a días cotizados a efectos del cómputo del periodo mínimo de cotización exigido para causar derecho a las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común.

²²⁷ Desarrollados por el art. 4.3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre.

²²⁸ La modificación fue introducida por el art. 3 de la Ley 26/1985, que después pasaría a ser el art. 140 del TRLGSS/1994.

²²⁹ Art. 3 del Real Decreto 1977/1985, de 2 de octubre.

²³⁰ Esta exigencia en cuanto al periodo previo de cotización requerido para acceder a las pensiones de incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez desde una situación de no alta que no fuera una de las situaciones asimiladas al alta, se recogería después en el art. 138.3 TRLGSS/1994 y, actualmente, en el art. 195.4 del TRLGSS/2015.

Antes de la Ley 26/1985, de acuerdo con el art. 7 del Decreto 1.646/1972, de 23 de junio, la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivadas de contingencias comunes era el cociente que resultase de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se hubiese originado el derecho a la pensión. Y, conforme establecía la Disposición Transitoria Primera del citado Decreto, el cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional seguiría rigiéndose por las normas aplicables en 30 de junio de 1972, es decir, por las establecidas en el Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956²³¹.

La reforma operada por Ley de 26/1985 no afectó al cálculo de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral²³² o de riesgos profesionales²³³, pero sí modificó la forma de determinar la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, incluida por supuesto la de Gran Invalidez derivada de tal causa, eliminando la posibilidad de que en lo sucesivo el interesado pudiera elegir, dentro de un periodo de tiempo determinado, los meses cuyas bases de cotización integrarían la misma.

Con la nueva regulación, al no ser ya posible que el interesado eligiera tales bases de cotización, incluso podía darse el caso de que aun reuniendo con holgura el período mínimo de cotización exigido para acceder a la pensión, que por cierto había aumentado considerablemente tras la reforma, debiera recurrirse a la integración de lagunas con bases mínimas de cotización. Esto ocurriría cuando durante parte del período a tener en cuenta

²³¹ La base reguladora vendría constituida por el salario real percibido por el trabajador en la fecha del accidente. La forma de calcularlo se establecía en los artículos 58 y siguientes del Reglamento de Accidentes de Trabajo.

²³² En cuanto a las prestaciones de Invalidez Permanente derivadas de accidente no laboral, la Ley 26/1985 solo repercutió en el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Invalidez Permanente Absoluta y Gran Invalidez derivadas de tal causa siempre que se accediera a las mismas desde una situación de no alta, cosa que no era posible antes del establecimiento de la nueva normativa. Por el contrario, el cálculo de las pensiones de Invalidez Permanente Total, Invalidez Permanente Absoluta y Gran Invalidez derivadas de accidente no laboral, a las que el beneficiario accediera desde una situación de alta o desde una situación asimilada al alta continuaría rigiéndose por las normas en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985.

²³³ Tampoco quedó afectada por la nueva regulación la determinación de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivadas de contingencias profesionales, que continuaría siendo el salario real percibido por el trabajador en la fecha del accidente, y en caso de invalidez por enfermedad profesional, la remuneración total real percibida por el trabajador en la fecha del diagnóstico, o, en caso de que estuviese en situación de inactividad laboral por cualquier causa, el salario que percibiera un trabajador de la misma categoría profesional en la fecha en que aquella fuera declarada.

para determinar la base reguladora no se hubiese cotizado por no existir obligación de hacerlo, y era consecuencia del hecho de que para calcular la base reguladora solo se tomaran en consideración las bases de cotización correspondientes a un número determinado de meses, que debían ser únicamente “los inmediatamente anteriores aquél en que se hubiera producido el hecho causante”²³⁴.

Por otra parte, a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/1985 para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común se aplicaría una fórmula diferente en función de si el periodo previo de cotización exigido al beneficiario para tener derecho a la pensión fuese de ocho años o más o de menos de ocho años²³⁵.

Cuando el periodo previo de cotización exigido fuese igual o superior a ocho años, es decir, de 96 meses como mínimo, la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común sería el cociente resultante de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquél en que se hubiera producido el hecho causante²³⁶.

²³⁴ Sobre los problemas que podía plantear la interpretación del término “hecho causante” se pronuncia GARCÍA NINET diciendo que: “el Ordenamiento Jurídico de la Seguridad Social no deja claro el significado de este término escurridizo, ni tampoco resulta claro en la doctrina ni en la jurisprudencia, lo que trae consigo un muy elevado nivel de contradicciones e inseguridad jurídica, exigiendo cuando antes una clarificación de la cuestión en todas las contingencias” (GARCÍA NINET, J.I., (2000): “Sobre la integración de lagunas a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones por Incapacidad Permanente total derivada de enfermedad común habiendo pasado por la situación de Invalidez Provisional o sobre la aplicación de la doctrina del paréntesis. Consideraciones al hilo de la S.T.S (Social), Sala General de 7 de febrero de 2000”, op.cit., p.8).

²³⁵ Conforme establecía la disposición transitoria cuarta del RD 1799/1985, la nueva forma de calcular las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común no se aplicaría a las producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1985.

Por otra parte, para las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común causadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1985, en aquellos Regímenes, en los que, en virtud de su legislación anterior, se tomaban periodos de referencia inferiores a sesenta meses la disposición transitoria quinta del RD1799/1985 establecía la aplicación paulatina de la nueva fórmula de cálculo de la base reguladora, de forma que:

a) Durante el primer año de vigencia de la Ley 26/1985, la base reguladora sería el cociente que resultase de dividir por 70 las bases de cotización del interesado durante los sesenta meses inmediatamente anteriores a aquél en que se hubiera producido el hecho causante.

b) Durante el segundo año de vigencia de la Ley 26/1985, la base reguladora sería el cociente que resultase de dividir por 84 las bases de cotización del interesado durante los sesenta y dos meses inmediatamente anteriores a aquél en que se hubiera producido el hecho causante.

c) Durante el tercer año de vigencia de la Ley 26/1985, la base reguladora sería el cociente que resultase de dividir por 98 las bases de cotización del interesado durante los ochenta y cuatro meses inmediatamente anteriores a aquél en que se hubiera producido el hecho causante.

²³⁶ En el artículo 140.1 a) TRLGSS/1994 (actualmente art. 197.1 a) TRLGSS/2015), la referencia a “los meses anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante” se sustituyó por “los meses anteriores al mes previo al del hecho causante”, por lo que al realizar la suma de las bases de cotizaciones correspondientes a los 96 meses no se tendría en cuenta la base de cotización del mes anterior a aquél en que se hubiera producido el hecho causante.

El cómputo de dichas bases debía realizarse conforme a las siguientes reglas:

a) Las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquél en que se hubiera producido el hecho causante se computarían en su valor nominal²³⁷.

b) Las restantes bases de cotización se actualizarían de acuerdo con la evolución que hubiera experimentado el índice de precios al consumo desde los meses a que aquéllas correspondieran hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se iniciara el periodo de bases no actualizables a que hacía referencia la regla anterior²³⁸.

Esta sería también la fórmula a aplicar para calcular la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de contingencias comunes, no solo de enfermedad común, sino también de accidente no laboral, cuando se causaran desde una situación de no alta que no fuera una de las situaciones asimiladas a la de alta²³⁹.

Pero conviene insistir en que esta fórmula solo se aplicaría para calcular las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de accidente no laboral correspondientes a beneficiarios que no se encontrasen en alta o en situación asimilada a la de alta en el momento del hecho causante, ya que el cálculo de las prestaciones de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de accidente no laboral causadas por beneficiarios que se encontrasen en situación de alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante, continuarían rigiéndose por las normas en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985²⁴⁰.

En los supuestos en que el periodo mínimo de cotización exigido al beneficiario fuera inferior a 8 años²⁴¹, lo que ocurriría siempre que el beneficiario no hubiera cumplido los

²³⁷ Las reglas para el cómputo de las bases de cotización a tener en cuenta para calcular la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común se mantuvieron sin cambios en el art. 140.1. a) 1ª y 2ª TRLGSS/1994 y también en el actual art. 197.1. a) 1ª y 2ª del actual TRLGSS/2015; si bien, en relación a las bases que debían tomarse en su valor nominal, se sustituyó la referencia a las “correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante” por las “correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al mes previo al del hecho causante”.

²³⁸ Esta regla no ha sido modificada por normas posteriores y sigue recogiendo en los mismos términos en el art. 197.1 a) 2ª TRLGSS/2015, tal como ya lo fue en el art. 140.1.a) 2ª del anterior TRLGSS.

²³⁹ Debe tenerse en cuenta que conforme a la disposición adicional segunda del RD 1799/1985, a efectos de poder causar las pensiones de jubilación e incapacidad permanente al amparo de la Ley 26/1985, se consideraba como situación asimilada a la de alta el paro involuntario que subsistiera después de haber agotado las prestaciones o subsidios por desempleo. No obstante, el periodo durante el que se permaneciera en dicha situación no se computaría, en ningún caso, a efectos de alcanzar el periodo mínimo de cotización.

²⁴⁰ Art. 5.4 del RD1799/1985.

²⁴¹ Art. 3.2 Ley 26/1985.

52 años de edad en la fecha del hecho causante, la base reguladora de las pensiones de Incapacidad Permanente derivadas de enfermedad común se obtendría de forma análoga a la establecida para aquellos que debieran acreditar como mínimo 96 meses de cotización para poder acceder a las pensiones de incapacidad permanente derivadas de tal causa.

En estos casos, se computarían las bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que constara el periodo mínimo de cotización exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquél en que se hubiera producido el hecho causante.

La suma de las bases de cotización correspondientes a los meses a tener en cuenta para calcular la base reguladora, cuyo número coincidiría con el número de meses exigidos como periodo de carencia genérica al beneficiario, se dividiría por el resultado de multiplicar el referido número de meses por el coeficiente 1,1666, obteniéndose como resultado de esta operación la base reguladora de las pensiones de Incapacidad Permanente derivadas de enfermedad común²⁴².

Teniendo en cuenta su importancia práctica, conviene resaltar que fuera cual fuera la fórmula que en función de la edad del beneficiario debiera aplicarse para calcular la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, si en el periodo que hubiera de tomarse en consideración para el cálculo de la misma aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar²⁴³, dichas lagunas se integrarían con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años²⁴⁴.

Esta integración de lagunas solo sería posible respecto de aquellos meses en los que efectivamente no hubiese existido obligación de cotizar, y abarcaría tanto a las situaciones asimiladas a la de alta para las que no se exigiese tal obligación, como a aquellas otras en

²⁴² Esta regla estaba prevista en el art. 5.3 del RD 1799/1985 y se aplicaba a los supuestos previstos en el número 2 del art. 3 de la Ley 26/1985.

²⁴³ La poca claridad de la terminología utilizada en precepto 140.4 del TRLSS/1994 es puesta de relieve por GARCÍA NINET. Al respecto, el autor indica que “(...) habrá que aclarar qué quiere decir eso de que “no hubiese existido obligación de cotizar”, y, finalmente, habrá que interpretar que quiso el legislador al utilizar el término “lagunas” dentro de un período largo de cotización (...)” (GARCÍA NINET, J.I., (2000): “Sobre la integración de lagunas a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones por Incapacidad Permanente total derivada de enfermedad común habiendo pasado por la situación de Invalidez Provisional o sobre la aplicación de la doctrina del paréntesis. Consideraciones al hilo de la S.T.S (Social), Sala General de 7 de febrero de 2000”, *op.cit.*, p.5”).

²⁴⁴ Art. 3.4 Ley 26/1985.

las que no naciera la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o en situación asimilada²⁴⁵.

La aplicación de esta norma planteaba una cuestión de no poca importancia, por su repercusión en la intensidad de la protección, en relación al periodo transcurrido en situación de Invalidez Provisional, durante la cual no solo no existía obligación de cotizar sino que tampoco cabía la posibilidad de seguir cotizando a la Seguridad Social²⁴⁶, y cuya duración podía ser incluso de 54 meses, descontando el tiempo previo transcurrido en situación de Incapacidad Laboral Transitoria²⁴⁷.

En estos casos, es decir, cuando se pasaba a la situación de Incapacidad Permanente desde una situación de Invalidez provisional²⁴⁸, para calcular la base reguladora de la pensión de Incapacidad Permanente derivada de enfermedad común, las lagunas de cotización por todo el tiempo de permanencia en situación de Invalidez Provisional debían integrarse con las bases mínimas de entre todas las existentes en cada momento para mayores de dieciocho años, lo que en el peor de los casos podía suponer tener que aplicar las bases mínimas a los cuatro años y seis meses posteriores a la finalización de la Incapacidad Laboral Transitoria.

²⁴⁵ Debe tenerse en cuenta que el art. 5.5 del RD 1799/1985 solo preveía la posibilidad de proceder a la integración de lagunas de cotización en la forma referenciada cuando se tratara de calcular las pensiones de invalidez permanente derivadas de enfermedad común de los trabajadores por cuenta ajena de los siguientes Regímenes de Seguridad Social: General, de la Minería del Carbón, de Trabajadores Ferroviarios (que posteriormente se integraría en el Régimen General de la Seguridad Social, en virtud del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre), Agrario (los trabajadores por cuenta ajena del anteriormente Régimen Especial de la Seguridad Social quedaron integrados en el RGSS a partir del 1-1-2012) y de los Trabajadores del Mar. Pese a ello, la nueva forma de calcular la base reguladora se aplicaba no solo en el Régimen General sino también en todos los Especiales que integraban el sistema de la Seguridad Social (así estaba previsto en el punto 1 del art. 5 del RD de desarrollo de la Ley 26/1985).

²⁴⁶ La posibilidad, que no la obligación, de cotizar a la Seguridad Social durante la situación de Invalidez Provisional mediante la suscripción de un Convenio Especial con el INSS no existió hasta 1991.

²⁴⁷ GARCÍA NINET subraya que si la Incapacidad Provisional, ya extinta en el momento en que escribía el autor, podía durar 54 meses, “no parece que esos 54 meses puedan ser considerados una laguna” y que “posiblemente los artífices de la norma estaban pensando en periodos cortos y aislados (...)”. Puede servir de apoyatura a lo anterior que la expresión “aparecieron meses” denota sorpresa o hallazgo de algo inesperado (...), y poco inesperado es que durante la Invalidez Provisional no es que no haya obligación de cotizar a la seguridad social, sino que, caso de hacerlo por esta vía de arrastre desde la situación de I.L.T., dichas cuotas no surten efectos y procede, en su caso, su devolución. El factor sorpresa, pues, se desvanece” (GARCÍA NINET, J.I., (2000): “Sobre la integración de lagunas a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones por Incapacidad Permanente total derivada de enfermedad común habiendo pasado por la situación de Invalidez Provisional o sobre la aplicación de la doctrina del paréntesis. Consideraciones al hilo de la S.T.S (Social), Sala General de 7 de febrero de 2000”, op. cit., p. 6).

²⁴⁸ Conviene recordar que lo normal era que el trabajador tras una permanencia más o menos larga en situación de Invalidez provisional fuera dado de alta médica sin secuelas, y que, por tal motivo, el paso a la situación de Invalidez Permanente derivada de enfermedad común desde una situación de Invalidez Provisional estaba prevista en la norma con carácter excepcional.

Esta circunstancia provocaba una protección menos ventajosa para aquellos que accedían a la pensión de invalidez permanente derivada de enfermedad común desde una situación de Invalidez Provisional, que para aquellos que pasaban directamente a la condición de pensionistas desde una situación de Incapacidad Laboral Transitoria, pues en este último caso a la hora de calcular la base reguladora de la pensión se tenían en cuenta las bases de cotización correspondientes a este periodo, durante el cual subsistía la obligación de cotizar.

Para evitar esa peor condición de los futuros pensionistas de invalidez permanente derivada de enfermedad común que accedieran a la prestación desde una situación de Invalidez Provisional respecto de aquellos que procedieran directamente de una situación de Incapacidad Laboral Transitoria, a la que inevitablemente conducía una interpretación rígida de los arts. 2.2 y núm. 1 y 2 del art. 3 de la Ley 26/1985, de 31 de julio, la Resolución de 17 de marzo de 1986 de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social resolvió que la base reguladora de las pensiones de Invalidez Permanente derivadas de enfermedad común cuyo titular procediera de una situación de Invalidez Provisional debía calcularse de conformidad con lo previsto en el art. 3 de la Ley 26/1985, si bien los meses computables serían “los, en cada caso correspondientes, inmediatamente anteriores a la fecha de iniciación de la situación de invalidez provisional”, debiendo aplicarse a estas pensiones de invalidez permanente las revalorizaciones habidas desde el inicio de la situación de Invalidez provisional que en cada caso procedieran.

De esta forma, finalizando el cómputo de las bases de cotización con la correspondiente al mes previo a aquél en que se hubiese iniciado la situación de Invalidez Provisional, se evitaba tener que integrar con las bases mínimas de cotización las lagunas existentes durante tal periodo y, con ello, la merma de la intensidad de la protección otorgada a los futuros pensionistas de invalidez permanente que tal aplicación habría reportado.

El criterio adoptado en la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social se recogió en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/ Málaga, de 7 de julio de 1994²⁴⁹, y años más tarde fue acogido en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, reunida en Sala General, de 7 de febrero de 2000²⁵⁰, a partir de la cual comenzaría a aplicarse la denominada “doctrina del paréntesis”.

²⁴⁹ Ar. 2952.

²⁵⁰ Ar. 1610.

No obstante, no siempre fue así, ya que con anterioridad el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 18 de junio de 1994 ²⁵¹, había adoptado la posición contraria al resolver que los meses de Invalidez Provisional debían ser computados e integradas las lagunas por las bases mínimas de cotización para mayores de 18 años.

Otro de los problemas que se plantearon a raíz de la nueva regulación, y que fue tratado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, guardaba relación con la forma en que debían integrarse las lagunas cuando el vacío de cotización viniera provocado por una situación de Incapacidad Laboral Transitoria (actualmente, Incapacidad Temporal) que subsistiera una vez extinguido el contrato de trabajo.

En reiterada doctrina el Tribunal Supremo consideró que durante el periodo de Incapacidad Temporal posterior a la extinción del contrato de trabajo no existía obligación de cotizar y que, por tanto, no cabía integrar los vacíos de cotizaciones con la misma base aplicada durante el periodo de desempleo, sino con las bases mínimas de cotización del Régimen General existentes en cada momento para mayores de dieciocho años²⁵², como resultaba del art. 3.4 de la Ley 26/1985 y se reiteraba en el art. 5.5 del Real Decreto 1.799/1985.

Una cuestión espinosa que cobraba especial importancia a raíz de las nuevas reglas previstas en la Ley 26/1985 y en la normativa derivada de la misma sobre cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad Permanente derivadas de enfermedad común y de Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez derivadas de contingencias comunes a las que se accediera desde una situación de no alta era la

²⁵¹ Esta Sentencia, en la que el Alto Tribunal interpretaba el art. 140.4 del TRLGSS/1994, fue citada en el Voto particular presentado por parte del Magistrado Martín Valverde en apoyo de su posicionamiento contrario al criterio recogido en la Sentencia de 7 de febrero de 2000, anteriormente referida.

²⁵² Esta doctrina se recogió en la STS de 18 de septiembre de 1991 (Ar. 6469), y fue seguida, entre otras, en las SSTs de 30 de junio de 1992 (Ar. 4696); 5 de octubre de 1992 (Ar. 7605); 9 de diciembre de 1992 (Ar. 10062); 14 de mayo de 1993 (Ar. 4095); 29 de julio de 1993 (Ar. 5995); 27 de septiembre de 1993 (Ar. 7036); y 21 de enero de 1994 (Ar. 359).

Sobre la misma puede verse un comentario en SIRVENT HENÁNDEZ, N. (1994): “La obligación de cotizar durante la Incapacidad Laboral Transitoria: su extensión temporal y modificaciones en la base de cotización aplicable”. *REDT*, nº 64, pp. 281 y ss.

El criterio jurisprudencial cambió a partir de la ya citada STS de 7 de febrero de 2000 (Ar. 1610). En esta ocasión, el Alto Tribunal entendió que el art. 140.4 del TRLGSS/1994 debía interpretarse en el sentido de obviar los periodos sin cotización debidos a la invalidez provisional o a la prórroga de la Incapacidad Temporal, por lo que para calcular la base reguladora debía tenerse en cuenta el periodo inmediatamente anterior al momento en que cesó la obligación de cotizar. Por lo tanto, los vacíos de cotización existentes con motivo de dichas situaciones no debían ser cubiertos con las bases mínimas de cotización previstas para mayores de 18 años.

Esta “doctrina del paréntesis” se recogió posteriormente, entre otras, en las SSTs de 25 de mayo de 2000 (Ar. 5527); de 18 de octubre de 2000 (Ar. 8293); de 13 de mayo de 2001 (Ar. 3177), de 2 y 21 de julio de 2001 (Ar. 6851 y Ar. 7801, respectivamente).

concerniente a la determinación del hecho causante de la invalidez permanente y de la fecha de efectos económicos de la pensión. Nada nuevo se establecía al respecto, por lo que seguían siendo de aplicación las normas que regulaban estos aspectos con anterioridad a su entrada en vigor.

El Tribunal Central de Trabajo, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, había definido el concepto de hecho causante y determinado el momento en que éste se producía al interpretar lo dispuesto en el núm. 2 del artículo 10 de la Orden Ministerial de 13 de octubre de 1967²⁵³, apartado que había sido introducido por la Orden de 21 de abril de 1972²⁵⁴.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Central de Trabajo había puntualizado que “la fecha del hecho causante de la invalidez permanente es aquella en la que concurren las situaciones y contingencias objeto de protección, es decir, cuando concurren en el beneficiario los requisitos necesarios que condicionen su derecho, aunque éste no haya sido todavía reconocido, situación que se da a partir del alta médica con informe propuesta de invalidez permanente, sin que influya, para modificar la fecha del hecho causante, el dato de que cuando la incapacidad temporal se extinga por alta médica con propuesta de invalidez, los subsidios de dicha incapacidad temporal se prorroguen hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, sin que el mayor o menor retraso en la Resolución pueda hacer variar la fecha del hecho causante de la repetida invalidez permanente”²⁵⁵.

Así pues, el hecho causante se entendería producido en la fecha en que se hubiera emitido el parte de alta médica con propuesta de invalidez permanente, con independencia de la fecha de la Resolución administrativa que pusiera fin al expediente de invalidez permanente.

Puesto que mientras durase la tramitación del expediente continuaría percibiéndose el subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria, el importe percibido por tal concepto desde la fecha de la alta médica con propuesta de Invalidez Permanente emitida por el

²⁵³ BOE de 4 de noviembre.

²⁵⁴ BOE de 3 de mayo.

²⁵⁵ Véase Sentencias de 30 de junio de 1982 (R.A 3995); de 27 de junio de 1984 (R.A 5751); de 14 de julio, 3 de octubre y 30 de noviembre de 1983 (R.A 5650, 8079 y 10279, respectivamente); 10 de abril de 1984 (R.A 3451) y 2 de julio de 1985 (R.A 4561).

facultativo que atendiese al trabajador hasta la fecha de la Resolución del expediente habría de deducirse de la pensión reconocida.

Dicho de otra forma, en los casos de Incapacidad Permanente Absoluta, Gran Invalidez e Incapacidad Permanente Total, cuando en ésta última se hubiera producido la incorporación del trabajador al trabajo, los efectos económicos de la Resolución de la Comisión Técnica Calificadora se retrotraerían a la fecha en que se hubiera extinguido el derecho al subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria por alta médica con propuesta de Invalidez Permanente, descontándose del importe de la pensión reconocida las cantidades del subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria percibidas durante la tramitación del expediente.

Por el contrario, en caso de Incapacidad Permanente Total sin que se hubiera producido la reincorporación del trabajador al trabajo, los efectos económicos de la pensión se producirían a partir de la fecha en que se hubiera resuelto el expediente de Invalidez permanente reconociendo el derecho a la pensión.

En el caso de la Incapacidad Permanente Total, este diferente tratamiento en cuanto a la fecha de efectos económicos según se hubiera o no producido la reincorporación del trabajador al trabajo obedecía al hecho de que en este último caso no se producía la extinción del derecho al subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria hasta que no recayera una resolución definitiva de las Comisiones Técnicas Calificadoras²⁵⁶; por el contrario, si antes de esa resolución se hubiera producido la reincorporación al trabajo, la extinción del derecho al subsidio de Incapacidad Laboral Transitoria se producía en el momento en que el facultativo diese al trabajador de alta con propuesta de Invalidez Permanente o, en su caso, la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social formulase informe- propuesta considerándole presuntamente afectado por una invalidez permanente.

A la cuestión relativa a qué fecha de efectos iniciales de la prestación económica debía considerarse en el caso de que se declarase una Incapacidad Permanente Absoluta o una Gran Invalidez cuando no existiera alta médica con propuesta de Invalidez Permanente y, por tanto, no pudiera aplicarse lo dispuesto en el artículo único de la Orden de 21 de abril de 1972, trató de dar solución la Resolución de 18 de noviembre de 1974 de la

²⁵⁶ Más adelante la competencia para resolver pasó a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Dirección General de la Seguridad Social²⁵⁷. En ella se resolvía que en este caso, cuando se declarase una Invalidez permanente en el grado de Incapacidad Absoluta o Gran Invalidez, los efectos económicos del devengo de la pensión reconocida debían retrotraerse a la fecha del Informe- Propuesta de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social o a la fecha de solicitud del interesado, según el expediente de Invalidez Permanente se hubiera iniciado a propuesta de los Servicios Médicos de la Seguridad Social, o a solicitud del trabajador.

Sin embargo, tras la promulgación de la Orden Ministerial de 23 de noviembre de 1982²⁵⁸, cuya Disposición Adicional atribuía a los dictámenes médicos de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades de las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Salud²⁵⁹ todos los efectos que hasta ese momento producían, en materia de nacimiento, mantenimiento y extinción del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, el informe- propuesta del facultativo que asistiera al trabajador en las situaciones de Incapacidad Laboral e Invalidez Provisional o el de la Inspección de Servicios Sanitarios del Instituto Nacional de la Salud, el Instituto Nacional de la Seguridad Social interpretó a los efectos jurídicos de la invalidez permanente, que tras este cambio deberían empezar a producirse en la fecha del referido dictamen, y no en aquella en la que se hubiera emitido el informe- propuesta, que continuaba siendo exigible²⁶⁰.

Una última modificación en la regulación de la invalidez fue la que introdujo el artículo 6 de la Ley 26/1985 en referencia a los supuestos de pluriactividad.

²⁵⁷ Boletín Mutualidades Laborales, diciembre de 1974 – R. 1975, 193.

²⁵⁸ BOE de 25 de noviembre.

²⁵⁹ Previstos en los apartados a), b) y c) del RD 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la Seguridad Social (BOE de 19 de octubre).

²⁶⁰ En contra de este criterio mantenido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se manifiestan HEVIA- CAMPOMANES CALDERÓN, E. y AA. VV, pues en su opinión los dictámenes médicos de las Unidades de Valoración de Incapacidades solo tie efectos en cuanto a las prestaciones de Incapacidad Laboral Transitoria o invalidez provisional, pero no en cuanto a la iniciación de la situación de invalidez permanente, cuyos efectos jurídicos son establecidos por el informe propuesta.

Los autores subrayan que una vez emitido el informe propuesta se remitirá a la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades y esta iniciará los trámites necesarios para la elaboración del dictamen médico “ y por tanto la fecha de este dictamen depende de la celeridad o demora en el trámite de los funcionarios de dicha Unidad de Valoración, por lo que se extiende en una fecha completamente aleatoria, cuando anteriormente ya ha sido considerado el estado residual del inválido como definitivo por los servicios médicos que le han atendido” (HEVIA- CAMPOMANES CALDERÓN, E. y AA.VV, en *Los accidentes de Trabajo y las enfermedades profesionales*, op.cit, p. 157).

En estos supuestos se distinguían dos situaciones, en función de si el interesado se encontraba o no en alta o en situación asimilada a la de alta en uno de los dos Regímenes de Seguridad Social en la fecha del hecho causante.

La primera se daba cuando el interesado no se encontrase en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada a la de alta en ambos Regímenes. En estos casos solo era posible causar derecho a las pensiones de incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez derivadas de enfermedad común o accidente no laboral en más de un Régimen de la Seguridad Social cuando las cotizaciones acreditadas en cada uno de los Regímenes se superpusieran, al menos, durante quince años.

La segunda situación tenía lugar cuando el interesado se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en uno de los Regímenes de Seguridad Social y reuniera en ambos los requisitos para causar derecho a pensión. En este caso, las pensiones le serían reconocidas en los términos y condiciones previstos en las normas aplicables por los respectivos Regímenes, exigiéndose igualmente el requisito de cotizaciones superpuestas a que se ha hecho referencia anteriormente.

CAPÍTULO 2. EL CONCEPTO DE GRAN INVALIDEZ EN LA REGULACIÓN ACTUAL. ANALISIS DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA.

1. El concepto de Gran Invalidez. Su consideración como grado autónomo de la incapacidad permanente.

La Disposición Transitoria Vigésimosexta de la Ley General de la Seguridad Social²⁶¹, 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 cabo²⁶².

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 los estos²⁶³.

²⁶¹ El artículo uno. c) de la Ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, autorizó al Gobierno para aprobar un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas, el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y todas las disposiciones legales relacionadas que se enumeran en ese apartado, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado. El plazo para la realización de dicho texto se fijó en doce meses a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 20/2014, que tuvo lugar el 31 de octubre de 2014.

²⁶² Esta previsión ya se contenía en la regulación precedente, concretamente en la Disposición Adicional 39ª 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*, nº 405 (Centro de Estudios Financieros), p. 18).

²⁶³ 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.

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 legal²⁶⁴; y, si las comparamos, observamos que existe una coincidencia entre ambas, la relativa a la clasificación de la Incapacidad Permanente en cuatro grados²⁶⁵.

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 encuadramiento²⁶⁶. Pero además, en la regulación actual la

²⁶⁴ 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.

²⁶⁵ 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 1ª 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 5ª LGSS/1994 (que se reproduce en la Disposición Transitoria 26ª 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.

²⁶⁶ 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

valoración de la reducción 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 perdería²⁶⁷.

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 Social²⁶⁸, aunque los trabajadores autónomos carecen de protección por Incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes²⁶⁹.

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 exigido²⁷⁰, 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”²⁷¹.

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

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).

No obstante, la jurisprudencia continúa usando con 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.

²⁶⁷ 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.

²⁶⁸ 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.

²⁶⁹ Los trabajadores del RETA no tienen derecho a las prestaciones de 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).

²⁷⁰ 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.

²⁷¹ El adjetivo “Gran” según la RAE significa principal o primero en una jerarquía.

definición del grado²⁷². 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.

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 trabajo²⁷³.

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 trabajador²⁷⁴ se hubieran producido con ocasión o por consecuencia como un accidente de trabajo;

²⁷² 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.

²⁷³ 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).

²⁷⁴ 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

- 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)²⁷⁵.

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”²⁷⁶. De esta forma, la Gran invalidez dejaba de estar concebida legalmente

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.

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.

²⁷⁵ 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).

²⁷⁶ BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi, 2ª edición), p. 208.

como una Incapacidad Permanente Absoluta “agravada” o “cualificada” y pasaba a convertirse en un grado autónomo de la Incapacidad permanente²⁷⁷.

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/1994²⁷⁸, 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 (...)”²⁷⁹.

²⁷⁷ 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 GARCÍA CALVENTE, Y. (directores), *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, op.cit., p. 395).

²⁷⁸ 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 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).

²⁷⁹ 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 u 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

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 calificación, como gran inválido, y no dos como anteriormente, una como incapacitado permanente absoluto y otra como gran inválido²⁸⁰. 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 5ª de la Ley LISMI²⁸¹, al suprimir la exigencia de tener previamente declarada una Incapacidad Permanente

, 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).

²⁸⁰ 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.

²⁸¹ 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 JOUVENCEL 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 JOUVENCEL, 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 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, conforme establece el artículo 23.2 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 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

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 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 diagnóstico²⁸².

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

grado no autónomo, ya que en todo caso debe ser resultado de la agravación de la una Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Art. 23.2 del RD- Ley, de 23 de junio: “La incapacidad permanente se clasifica con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial para la función habitual: es la que, sin alcanzar el grado de total, produce al funcionario una limitación para el desempeño de las funciones de su Cuerpo, Escala o plaza.
- b) La incapacidad permanente total para la función habitual: es la que inhabilita al funcionario para la realización de todas o de las fundamentales funciones de su Cuerpo, Escala o plaza.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo: es la que inhabilita por completo al funcionario para toda profesión u oficio.
- d) Gran invalidez: es 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.

Conforme al art. 26 del mismo texto legal: “La gran invalidez originará la jubilación del funcionario y dará derecho a una cantidad mensual equivalente al 50 por 100 de la pensión de jubilación que le corresponda con arreglo al Régimen de Clases Pasivas, destinada a remunerar a la persona encargada de su asistencia”.

²⁸² 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 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.

diagnóstico²⁸³. Así lo recalcó sin ambages la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996, dictada en unificación de doctrina²⁸⁴.

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).

La Sala 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 afectado²⁸⁵. Cabe matizar que la Sentencia recurrida no negaba que la

²⁸³ 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 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 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).

²⁸⁴ Sentencia Tribunal Supremo de 22 de julio de 1996 (Ar. 6383) (Ponente MARÍN CORREA).

²⁸⁵ 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 incapacitada permanente absoluta por Sentencia del mismo juzgado de 19 de febrero de 1990.

La doctrina expuesta por 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.

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/1974²⁸⁶.

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”²⁸⁷.

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 entre ellos no se encuentra el error en la apreciación por el juzgador de instancia, cuando en la calificación 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,

²⁸⁶ 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.

²⁸⁷ Fundamento de Derecho cuarto STS de 22 de julio de 1996.

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 2004²⁸⁸ 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 errónea²⁸⁹.

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 reconocimiento²⁹⁰.

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 o u oficio (IPA) o de una incapacidad permanente total²⁹¹, e incluso, aunque

²⁸⁸ STS 3083/2004 (Nº de Recurso:2074/2003. Recurso de casación para unificación de doctrina). Id. Cendoj: 28079140012004100271.

²⁸⁹ En el mismo sentido, STS 7715/2002 (Rec. 2473/2001). Id Cendoj: 28079140012002100229 (Ponente DESDENTADO BONETE).

²⁹⁰ 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).

²⁹¹ 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 2004²⁹¹, 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 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.

mucho más dudosamente, parcial para la profesión habitual²⁹², 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 autónomo²⁹³.

Así lo confirmó el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, en su Sentencia de 15 de diciembre de 1993²⁹⁴, 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 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;

²⁹² 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). GINÈS 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” (GINÈS 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 GINÈS I FABRELLAS, A. (2012): *Prestaciones de Seguridad Social por contingencias profesionales*, op.cit., p. 68.

²⁹³ 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).

Como indica BAVIERA PUIG, “(...) 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).

²⁹⁴ (Rec. 997/93) (Ponente FERNÁNDEZ LÓPEZ).

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”²⁹⁵.

Y es que ni la Ley 26/1985²⁹⁶, 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 26/1990²⁹⁷, pudiendo haberlo hecho, derivó la protección de tal situación al nivel no contributivo de protección. Igualmente, la Ley 24/1997, que modificó de forma importante el art. 137 de la LGSS/1994²⁹⁸, referido a los grados, conservó el grado de Gran Invalidez.

Esta última norma, dictada en desarrollo del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social²⁹⁹, tal como subrayaba en su Exposición de Motivos, pretendía limitar la discrecionalidad de los órganos evaluadores que

²⁹⁵ Doctrina que fue reiterada en STS de 15 de abril de 1994 (Rcud. núm.1255/1993).

²⁹⁶ 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.

²⁹⁷ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. BOE de 22 de diciembre.

²⁹⁸ 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 implantarán 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).

²⁹⁹ 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.

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.

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 reglamentariamente³⁰⁰.

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 la valoración de estas a efectos de determinar la reducción de la capacidad de trabajo, al desarrollo reglamentario³⁰¹.

³⁰⁰ Al respecto de la conservación de los grados de IPP, IPT e IPA y de 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.).

³⁰¹ 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*, nº 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*”, nº 175 (Centro de Estudios Financieros), p.93, se suman a las críticas a la deslegalización de la conceptualización de los grados de Incapacidad permanente. 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).

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 judicial³⁰², 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 padecidas³⁰³.

³⁰² 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).

³⁰³ 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 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

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 genérica³⁰⁴. 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 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

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 hartito 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>).

³⁰⁴ 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 RODRIGUEZ JOUVENCEL (RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M. (1993): *La incapacidad para el trabajo*, op. cit., p. 85) y FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, 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).

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 idóneo³⁰⁵.

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 laboral³⁰⁶.

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 contributiva³⁰⁷.

³⁰⁵ 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).

³⁰⁶ 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 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.

³⁰⁷ 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 artículo³⁰⁸, conservaría su nombre, a diferencia del resto de los grados³⁰⁹.

Y 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 grados³¹⁰, se ha interpretado por algunos autores como una confirmación de que en la Gran Invalidez desaparece la conexión con la actividad profesional³¹¹.

³⁰⁸ 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 entendió 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)

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ 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 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)

³¹¹ 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, PIÑEYROA DE LA FUENTE A. ve la

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 laboral³¹².

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

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.

Pero aunque sea solo como curiosidad, cabe recordar aquí que más adelante sí cambió la terminología para las LPNI, pero no para la GI.

Retomando ya la argumentación de PIÑEYROA 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” (PIÑEYROA 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).

³¹² RODRIGUEZ 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 pegada 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).

propriadamente 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 vida³¹³.

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 que de tal grado se recoge en el art. 194.6 TRLGSS/2015, en la redacción provisional dada por la Disposición Transitoria Vigésimo Sexta del mismo texto legal, que la define como “la situación del

³¹³ 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*, op. cit., 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).

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 permanente ³¹⁴.

Se trata, eso sí, de un grado que, a diferencia de los otros, atiende también a factores extraprofesionales³¹⁵, 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.

³¹⁴ 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.

³¹⁵ 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 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.

Además, puesto que la protección social de la Incapacidad permanente se incluye dentro del nivel contributivo³¹⁶, 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 profesional³¹⁷. 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, como se verá más adelante, 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 2013³¹⁸, salvo en el caso de que la prestación se hubiese obtenido antes de esa edad, en cuyo caso podrá conservarse³¹⁹. 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

³¹⁶ 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, nº 8, p. 14).

³¹⁷ 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.

³¹⁸ 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 no contributivo de protección). Se protegerá frente 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)

³¹⁹ 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.

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/1994³²⁰ 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 después³²¹.

³²⁰ Actualmente, art. 200.2 LGSS/2015.

³²¹ 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 protección, aunque solo teóricamente, por la pensión de jubilación (GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): “La protección social de las situaciones de dependencia”, en GONZÁLEZ ORTEGA,

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 pasarán 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 amparo³²².

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.

S., y QUINTERO LIMA, M. G (coord.): *Protección social de las personas dependientes*, op. cit., pp. 23 y 25).

³²² 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”.

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 profesional 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 años³²³.”

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 Invalidez³²⁴. 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

³²³ 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 suja 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”.

³²⁴ 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).

Permanente Total³²⁵, pero no fue esa la opción, sino que prefirió conservarse su carácter de nivel o grado autónomo de la Incapacidad Permanente³²⁶.

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

³²⁵ 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).

³²⁶ Para el TS : “La gran invalidez es un grado autónomo de incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento; o bien es inicial o directo en una primera calificación de las secuelas; o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes establecido, cualquiera que fuere dicho grado anterior(...) Por eso si no se ha reconocido inicialmente (...) en una revisión por agravación o por error de diagnóstico – nunca por mejoría- no puede procederse a una valoración de la patología que se consideró para la incapacidad permanente absoluta”.(SSTS de 22 de julio de 1996, Ar. 6383 y de 20 de noviembre de 2002, Ar. 1918).

En síntesis, 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 complemento 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*, nº 206, págs. 630 y ss.).

absoluta, que operarían como rentas sustitutivas del salario dejado de percibir³²⁷, 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 legal³²⁸ 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 conjuntamente con el de aquélla. Su naturaleza “asistencial”³²⁹ 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, que serán examinados más adelante, 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 Estado³³⁰.

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 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

³²⁷ 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).

³²⁸ 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 atienda”.

³²⁹ 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”.

³³⁰ 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.

suplemento que incrementa el importe de la pensión de Incapacidad permanente correspondiente³³¹.

Como subraya la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014³³², 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 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.

³³¹ 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) entiende 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).

³³² STS 441/2014. Id. Cendoj: 28079140012014100018. Ponente: LUELMO MILLAN, M.A.

2. Elementos del Concepto de Gran Invalidez.

El concepto de Gran invalidez, como se ha referido anteriormente, 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 invalidez³³³, 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 de la Seguridad Social³³⁴, 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.

³³³ 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).

³³⁴ 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.

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 atienda 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.

Dos son, por tanto, 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 ³³⁵.

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 a hacerse serían las siguientes: ¿se cubre únicamente, como en el resto de los grados, la Incapacidad permanente para el trabajo?; ¿se cubre solo una situación 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

³³⁵ 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).

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 contributiva³³⁶.

Por tanto, aunque el dato relevante del grado de Gran invalidez es “la falta de autonomía del interesado”³³⁷, 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 Permanente³³⁸.

Y ello porque la Gran Invalidez, por lo que respecta a la protección de la dependencia personal, atiende a criterios extraprofesionales³³⁹, pero, al exigirse al beneficiario “estar

³³⁶GONZÁLEZ 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).

³³⁷ TORRENTE GARI, S. (2007): El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente, op. cit., p.68.

³³⁸ 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 situación 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 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).

³³⁹ 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

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 vida³⁴⁰.

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

- 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.

no cabía otra opción, ya que en ese momento la Gran invalidez implicaba necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo.

³⁴⁰ 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”.

A continuación, se analizarán los dos requisitos exigidos para poder reconocer el grado de Gran Invalidez, tanto el que deriva del hecho de su enclavamiento dentro la contingencia de Incapacidad Permanente, y que comparte con los otros tres grados, aunque con matizaciones, como el otro, propio y específico de este grado, que se ha decidido considerar de forma separada, prestando atención, por una parte, al concepto de actos esenciales; por otra, a las lesiones físicas y psíquicas susceptibles de generar esta situación, y, por último, a la necesidad de asistencia de tercera persona.

2.1. Incapacidad Permanente para el Trabajo.

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 anulen 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”³⁴¹.

El segundo párrafo de este artículo y apartado establece que: “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”.

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

³⁴¹ 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 Soria 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).

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 laboral³⁴².

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

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, “sin que dada la razón y finalidad del precepto, ello 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”³⁴³.

³⁴²El 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).

³⁴³ 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, sin que (...) ello pueda significar cerrar las puertas de la Seguridad Social a aquellos productores que, bien por subjetivos motivos profesionales, 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

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 predicable de algunas de las lesiones que pueden ser constitutivas de Gran invalidez, como la pérdida total o parcial de extremidades superiores o inferiores³⁴⁴.

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 1972³⁴⁵ argumentando lo siguiente: “si bien es normal que preceda al estado de incapacidad

médico les impidiera realizar su trabajo, o aquellos otros productores que por virtud de la súbita aparición de una enfermedad quedaran desde luego en una situación patológica definitiva, intratable o irreversible (...).” Reiterando y sintetizando la doctrina contenida en la sentencia anterior, la STS de 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”.

³⁴⁴ 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*, Navarra (Aranzadi), 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.

³⁴⁵ Ar.2898.

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”³⁴⁶:

En igual sentido se manifestó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de junio de 1980³⁴⁷, 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 (...)”³⁴⁸.

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.

³⁴⁶ 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 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); 27 de septiembre de 1974 (RJ 1974/3479), 26 de marzo de 1987 (1987/ 1743); 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 187); 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9785); 16 de enero de 2001(EDJ 2684) y, más recientemente, de 21 de marzo de 2005 (EDJ 76860).

³⁴⁷ STS de 11 de junio de 1980 (A.2546).

³⁴⁸ 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 (...)”.

- 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 excepcionales³⁴⁹, porque lo normal es que toda situación de Incapacidad permanente haya venido precedida de un tiempo más o menos largo de Incapacidad Temporal, el llamado de curación clínica³⁵⁰, 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”³⁵¹.

³⁴⁹ 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 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, RCUD 1830, 2129 y 4396/2000.

³⁵⁰ Estos son los términos utilizados por ALONSO OLEA (ALONSO OLEA, M. (1974): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas, 5ª edición, p. 81).

³⁵¹ 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”.

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, 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 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 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/2015³⁵², y las otras dos han sido, como se ha visto, comúnmente aceptadas como tales por la jurisprudencia y la doctrina:

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 Social³⁵³.

³⁵² La enumeración no puede considerarse cerrada, “sino que puede ampliarse por analogía a otros supuestos (...)” (STS de 1 de octubre de 2001 (EDJ 35772)).

³⁵³ 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).

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 Estado³⁵⁴, 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”³⁵⁵. 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 noviembre³⁵⁶, sino a si esta negativa podría

³⁵⁴ BOE 28 de junio.

³⁵⁵ Art. 23.1. del RD- Ley, de 23 de junio, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (BOE de 28 de junio): “Es incapacidad permanente la situación del funcionario que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen su capacidad para el servicio. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad de trabajo del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. La incapacidad permanente habrá de derivarse, cualquiera que sea su causa, de la situación de incapacidad temporal”.

³⁵⁶ 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 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

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 trabajador³⁵⁷ o no sea la primera a la que tenga que someterse debido al fracaso de otra anterior³⁵⁸, 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 permanente³⁵⁹. Pero eso exigirá prueba por parte de la Entidad Gestora de que la negativa del trabajador no obedece a una causa razonable³⁶⁰.

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

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.

El art. 10.9 de la Ley General de Sanidad también establecía el derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6 del mismo artículo. Para ello debía solicitarse el alta voluntaria, en los términos señalados en el art. 11.4 del mismo texto legal.

Por su parte, el art. 10.6 de la misma norma establecía los tres casos en que no era preciso el consentimiento del paciente para que el responsable médico de su caso pudiera actuar. Estos eran los siguientes.

- a) Cuando la no intervención supusiera un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no estuviera capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho correspondería a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permitiera demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

La Disposición derogatoria única de la Ley 41/2002 derogó expresamente los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 del artículo 10, el apartado 4 del artículo 11 y el artículo 61 de la Ley 14/1986, General de Sanidad.

³⁵⁷ 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 (...)”.

³⁵⁸ 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”.

³⁵⁹ STS de 29 de marzo de 1980 (Tol 969988).

³⁶⁰ STS de 25 de marzo de 1987 (Tol 2333889).

si la negativa del trabajador es irracional o, por el contrario, puede considerarse justificada³⁶¹.

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 definitivas³⁶². 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

³⁶¹ 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 puedan comparecer como perito”(ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., p. 42).

³⁶² 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. “Pues, 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.

del Estado para el año 2014 (BOE de 26 de diciembre), que eliminó y suprimió el requisito de alta médica³⁶³.

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 2ª de la Ley 35/2002, de 12 de julio al apartado 1 del art. 136.1 de la LGSS/1994³⁶⁴. Hasta entonces, existía una

³⁶³ 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, 1ª 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.

³⁶⁴ 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*, op. cit., 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).

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 era preciso haber desempeñado una actividad laboral o profesional³⁶⁵, 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 alguno³⁶⁶.

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 esta, que

³⁶⁵ GARCÍA NINET, J.I. (1991): “La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos”, *Tribuna Social*, nº 10, p. 31 y ss.

³⁶⁶ 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 reformas 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 el 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).

sumadas a las anteriores determinen la incapacidad permanente para el trabajo³⁶⁷. Lo relevante a efectos de la calificación de la Incapacidad permanente es que, como consecuencia de la valoración conjunta de todas ellas, exista una capacidad de trabajo inferior a la que se tenía en el momento de la afiliación³⁶⁸.

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 incapacidad”³⁶⁹

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 Regímenes (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

³⁶⁷ 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. 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).

³⁶⁸ 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”.

³⁶⁹ 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).

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 circunstancias³⁷⁰.

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 aquella en la 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/2015³⁷¹:

- 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

³⁷⁰ 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.

³⁷¹ 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.

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 2016³⁷² 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 ya padecía, desde el año 1985, una tetraplejia postraumática, por lo que ya entonces necesitaba la ayuda de tercera persona para 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 tetraplejia 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

³⁷² RJ 2016, 4421 (Rcud. 3907/2014).

las nuevas lesiones lo que habían venido a causar era una inhabilidad para llevar a cabo todo tipo de trabajo³⁷³.

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 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

³⁷³ Fundamento de Derecho primero STS de 19 de julio de 2016

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 ³⁷⁴.

Pasando ya a analizar los elementos del concepto de la Incapacidad permanente, el primero de ellos 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 normalidad³⁷⁵. Aunque realmente esta distinción tiene

³⁷⁴ Fundamento de Derecho tercero de la STS de 19 de julio de 2016.

³⁷⁵ (...) 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, TS 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).

³⁷⁵ 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

relevancia si se atiende a la integridad física de la persona³⁷⁶, 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.

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”³⁷⁷. 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 permanente³⁷⁸.

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

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*, Navarra (Aranzadi), p. 31).

³⁷⁶ 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.

³⁷⁷ 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.

³⁷⁸ Aunque si la lesión deriva de contingencias profesionales y está prevista en el baremo de Lesiones Permanentes no Incapacitantes, podría resultar indemnizable.

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 distintas³⁷⁹, 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.

Por otra parte, la distinción entre reducción anatómica y reducción funcional³⁸⁰ 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”³⁸¹. 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

³⁷⁹ 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.

³⁸⁰ 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).

³⁸¹ 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> (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.

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 revista 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.

El segundo elemento del concepto 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 imposible³⁸².

³⁸² 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 JOUVENCEL, 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*.

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 total³⁸³.

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 problemas³⁸⁴.

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 objetiva³⁸⁵, no solo se plantea el problema de diagnosticar médicamente la enfermedad o

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.

³⁸³ 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.

³⁸⁴ 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 cifras 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; ISFAS)*, Granada (Ed. Comares), p. 75).

³⁸⁵ “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

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”³⁸⁶, porque la objetividad requerida es enemiga de especulaciones subjetivas y de las vaguedades o descripciones carentes de base científica³⁸⁷.

Con todo, pese al avance en los medios y pruebas diagnósticos, siguen existiendo lesiones, dolencias o enfermedades, de etiología física o psíquica, de difícil objetivación³⁸⁸.

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

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 reata, 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 “encuadrar 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).

³⁸⁶ 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).

³⁸⁷ 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.

³⁸⁸ 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. 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).

cuerpo³⁸⁹, y para la que el único medio de diagnóstico clínico aceptado es la exploración física³⁹⁰.

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”³⁹¹.

Lo mismo puede decirse de otra enfermedad, también de difícil diagnóstico, como es la endometriosis³⁹², 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 calificación³⁹³. Pero, en este caso, además, los escasos avances en las técnicas diagnósticas pueden provocar 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

³⁸⁹ 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.

³⁹⁰ 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*, nº 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*, nº 667, p. 1-3.

³⁹¹ ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales), op.cit., p. 54.

³⁹² 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).

³⁹³ 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. 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).

al menos un 50% de los casos, y que tras una demora de entre 7 y 15 años en el diagnóstico se vuelva irreversible³⁹⁴.

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 existencia³⁹⁵. 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 objetivación³⁹⁶.

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”³⁹⁷.

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 a someterse a ellas y perder,

³⁹⁴ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018): “Endometriosis e incapacidad permanente en perspectiva de género”, op. cit., pp. 61 y 70.

³⁹⁵ 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 GÓNZALEZ, G. (2016): “La hipersensibilidad electromagnética como causa de incapacidad permanente: algunas reflexiones clínicas”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* (Ed. Aranzadi), p. 153).

³⁹⁶ 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).

³⁹⁷ 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.

consiguientemente, la posibilidad de que su dolencia quede objetivamente determinada³⁹⁸.

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 físicas³⁹⁹.

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 1932⁴⁰⁰, 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 simulación⁴⁰¹. Pese a ello, la jurisprudencia

³⁹⁸ Sobre esto advierte ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, op.cit., pp. 51 y 52.

³⁹⁹ 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 psicoterapéutica”. 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”- (...)”.

⁴⁰⁰ Gaceta de 12 de octubre.

⁴⁰¹ “(...) 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 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

no tardó 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 objetivación⁴⁰².

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 diagnosticarlos⁴⁰³.

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”⁴⁰⁴.

El tercer elemento del concepto 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 enlaza con el requisito 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).

⁴⁰² 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.

⁴⁰³ 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 hiperhidrósicas, 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.

⁴⁰⁴ STS de 13 de junio de 1984, Ar. 3323.

haber seguido el tratamiento médico prescrito por los facultativos de la Seguridad Social y haber concluido este sin curación completa⁴⁰⁵.

En ocasiones se niega el carácter de definitivo porque existe una hipotética posibilidad de intervención quirúrgica que permita al trabajador recuperar su capacidad de trabajo⁴⁰⁶.

Por lesiones definitivas deben entenderse aquellas que no son provisionales o temporales⁴⁰⁷. No obstante, la norma no establece taxativamente el carácter definitivo de las lesiones, sino que para poder declarar la Incapacidad permanente es suficiente con que se pueda conjeturar que será este el que revistan con una alta probabilidad con posterioridad a la calificación⁴⁰⁸. La introducción en el art. 193.1 LGSS/2015 del

⁴⁰⁵ 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).

⁴⁰⁶ 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.), op cit. p. 794).

⁴⁰⁷ 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).

⁴⁰⁸ 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.

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 declarada⁴⁰⁹.

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.

En este último supuesto, previsto en el art. 48.2 TRET/2015⁴¹⁰, la declaración de Incapacidad permanente tendrá efectos meramente suspensivos sobre la relación laboral,

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).

⁴⁰⁹ 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*, pp. 50- 52 y 64).

⁴¹⁰ 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

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 habitual⁴¹¹, 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 julio⁴¹², 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 requisitos⁴¹³:

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

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).

⁴¹¹ 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).

⁴¹² 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.

⁴¹³ 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.

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 trabajo⁴¹⁴.

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 estado⁴¹⁵.

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 esta⁴¹⁶, 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 2001⁴¹⁷ 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 estime que la situación de

⁴¹⁴ 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.

⁴¹⁵ 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.

⁴¹⁶ 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”.

⁴¹⁷ EDJ 69388.

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 temporal⁴¹⁸.

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/2015⁴¹⁹, permite distinguir entre una declaración de

⁴¹⁸ 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).

⁴¹⁹ 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

invalidez previsiblemente definitiva (extintiva de la relación laboral) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría (suspensiva de la relación laboral)⁴²⁰. 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 laboral⁴²¹. Por último, se 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 determinante⁴²².

Pero, además, la afectación que sobre la capacidad de trabajo tengan las lesiones es el criterio establecido para determinar el grado de Incapacidad permanente, por lo menos en

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).

⁴²⁰ 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”.

⁴²¹ 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).

⁴²² 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

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 permanente⁴²³.

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 revisión⁴²⁴.

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”⁴²⁵.

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 alguno⁴²⁶.

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).

⁴²³ 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): *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, op. cit., pp. 44- 45).

⁴²⁴ 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”.

⁴²⁵ Por todas, SSTS de 23 de septiembre de 2003 (EDJ 116072) y de 4 de noviembre de 2004 (EDJ 219454).

⁴²⁶ 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

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 estado⁴²⁷.

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 incapacitado⁴²⁸. 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 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 (BOE de 22 de junio), estableciera el incremento del 20% correspondiente a la Incapacidad permanente total cualificada.

⁴²⁷ 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).

⁴²⁸ 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.

de empleo en actividad distinta de la habitual: edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia⁴²⁹.

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 social⁴³⁰.

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 permanente 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 oficio⁴³¹. Y, por último, a

⁴²⁹ 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 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).

⁴³⁰ 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*, Editorial Bomarzo, Albacete: 2007, p. 59).

⁴³¹ 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

efectos del reconocimiento del grado de Gran Invalidez el factor determinante, aunque no exclusivo, será la pérdida de autonomía 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.

El proceso de valoración de la Incapacidad permanente ha sido resumido en los términos similares a los siguientes⁴³² :

- 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 de 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 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

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).

⁴³² 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)

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

2.2. La existencia de reducciones anatómicas o funcionales graves: las lesiones constitutivas de 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, 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 permanente⁴³³.

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

⁴³³ 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 serían 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 cronicado. 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.

al menos uno de los actos más esenciales para la vida y que, por tal motivo, precise la asistencia de tercera persona⁴³⁴.

2.2.1. Lesiones físicas. Particular atención a la ceguera.

La lesión física por excelencia constitutiva de Gran invalidez ha sido y sigue siendo la ceguera⁴³⁵ y la falta de agudeza visual a ella equiparable⁴³⁶.

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”⁴³⁷. 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

⁴³⁴ No se han considerado constitutivas de Gran invalidez las siguientes situaciones, por entender que no impedirían 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 domiciliaria 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.

⁴³⁵ 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 de Seguridad 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).

⁴³⁶ Por ejemplo, degeneración macular asociada a la edad bilateral con membrana neovascular y estrías angioideas 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).

⁴³⁷ STS de 8 de marzo de 2018 (R. 262/2018; Tol 6574148).

la calificación de la Gran invalidez⁴³⁸, salvo que concurra alguna otra circunstancia que impida la realización de alguno de tales actos⁴³⁹.

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 visual⁴⁴⁰.

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

⁴³⁸ STSJ Asturias de 16 de septiembre de 2011 (EDJ 227042).

⁴³⁹ 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.

⁴⁴⁰ 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).

para permitirle realizar por sí solo los actos esenciales de la vida, y no es, por tanto, precisa la ayuda de tercera persona⁴⁴¹.

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 1987⁴⁴² 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”.

⁴⁴¹ 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 concurren 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.

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.

⁴⁴² RJ 1987/6244.

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 seguidamente⁴⁴³.

En su Sentencia de 3 de marzo de 2014⁴⁴⁴, 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

⁴⁴³ Algunas sentencias hacen referencia a la interpretación histórica para justificar la utilización del criterio objetivo de valoración. Al respecto, debe recordarse que el Decreto nº 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).

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 (...)”.

⁴⁴⁴ Rcu. nº 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”.

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 absoluta⁴⁴⁵.

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 sus situación⁴⁴⁶.

La Sentencia de suplicación del País Vasco, impugnada en casación unificadora por la Entidad Gestora⁴⁴⁷, había dado una respuesta favorable a la objetivación, prescindiendo

⁴⁴⁵ 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 una absoluta anulación de la misma, son funcionalmente equiparables a aquella", (...) con la consiguiente dependencia vital".

⁴⁴⁶ 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 AUTRÁN). 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 (...)"

⁴⁴⁷ STSJ/País Vasco de 14 de febrero de 2013 (rollo 128/2013).

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 subjetivo⁴⁴⁸. 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.

⁴⁴⁸ 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”.

De la doctrina jurisprudencial unificada y sintetizada en la referida resolución del Tribunal Supremo pueden extraerse las siguientes conclusiones⁴⁴⁹:

- 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 requiere naturalmente de la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada o permanente. Se admite, por tanto, que la colaboración de tercero pueda ser puntual y solo para actos esenciales concretos⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Fundamente 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, RCU1246/2013), op. cit., pp. 180 y 181.

⁴⁵⁰ 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 sus

- 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 permanente lo constituye la Sentencia de 10 de febrero de 2015⁴⁵¹. 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)⁴⁵² 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

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”.

⁴⁵¹ Rcd. 1764/2015.

⁴⁵² Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE 11 de octubre).

que “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 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”⁴⁵³.

Sintetizando la doctrina jurisprudencial existente sobre esta materia, la STS de 4 de julio de 2016 (Rec. nº 3819/2014) insiste en que las resoluciones que se comparan deben contener pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto y, 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”⁴⁵⁴. “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”⁴⁵⁵.

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

⁴⁵³ Así lo recalca la STS de 19 de junio de 1998 (Rcud. nº 3381/1997), citada en el Fundamento Jurídico Tercero de la STS de 22 de octubre de 2015 (nº 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.

⁴⁵⁴ 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.

⁴⁵⁵ 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.

posterior resolución de un recurso sobre unificación de doctrina en materia de Incapacidad permanente⁴⁵⁶.

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)”.

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 medicación⁴⁵⁷.

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

⁴⁵⁶ 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 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).

⁴⁵⁷ 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.

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 este⁴⁵⁸.

Admitió, por tanto, reiterando la doctrina contenida en la Sentencia aportada como contradictoria, que en los casos en que exista ceguera total o pérdida 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 vida⁴⁵⁹.

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 2016⁴⁶⁰. En el supuesto objeto de

⁴⁵⁸ RCUd 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 Gan 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.

⁴⁵⁹ 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.

⁴⁶⁰ RCUd. 2977/2014, EDJ 68811. Ponente: DE CASTRO FERNÁNDEZ.

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 Baleares⁴⁶¹.

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”.

⁴⁶¹ 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, llegar 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”⁴⁶².

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 nº 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

⁴⁶² En este último inciso, como refiere el FJ 3º 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.

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 personales que sean- no precise la referida “asistencia de otra persona” para los relatados “actos esenciales”⁴⁶³.

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 siguientes⁴⁶⁴:

- 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 (...)”⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Fundamento de Derecho Segundo. 2.

⁴⁶⁴ Fundamento de Derecho Segundo. 3.

⁴⁶⁵ 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.

- 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”⁴⁶⁶.
- 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 guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamental para la humana convivencia”⁴⁶⁷.
- 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”⁴⁶⁸.

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 por 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 (...)”.

⁴⁶⁶ 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.

⁴⁶⁷ 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.

⁴⁶⁸ 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.

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 informadoras 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”.

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 2019⁴⁶⁹, 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

⁴⁶⁹ STS núm. 827/2019, de 4 de diciembre (RJ 2019/5371).

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 ONCE⁴⁷⁰.

Al margen de la ceguera y de las alteraciones visuales a ella equiparables, cualquier otra enfermedad, dolencia o lesión que determine la necesidad de asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida puede ser constitutiva de Gran invalidez⁴⁷¹. Algunas lo serán desde el primer momento, como ocurre con ciertas

⁴⁷⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2016): “La prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con actividades lucrativas”, op.cit., p. 34.

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 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 persona (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)

⁴⁷¹ 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”, op. cit., 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*, op. cit., 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).

amputaciones de los dos miembros inferiores o superiores⁴⁷², las paraplejas⁴⁷³, las tetraplejas, las parálisis de piernas que conllevan la utilización de sillas de ruedas⁴⁷⁴, la falta de funcionalidad de las extremidades superiores⁴⁷⁵, e incluso una situación de “gran reposo” motivada por la gravedad de la enfermedad⁴⁷⁶ o la fibromialgia que se acompaña de sensibilidad química múltiple y electrosensibilidad⁴⁷⁷. Otras podrían determinar la Gran invalidez en sus estadios finales o en sus tipos más graves, como ocurre con el cáncer⁴⁷⁸, la Esclerosis Lateral Amiotrófica (ELA)⁴⁷⁹, la Esclerosis Múltiple (EM), la

⁴⁷² 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”.

⁴⁷³SSTSJ 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).

⁴⁷⁴ 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).

⁴⁷⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1993 (Rec. núm. 2154/1991).

⁴⁷⁶ STS de 3 de abril de 1982 (RJ 1982, 2241).

⁴⁷⁷ La Sentencia del juzgado de lo Social nº 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 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.

⁴⁷⁸ 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).

⁴⁷⁹ La ELA 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. que tampoco resultan afectados los músculos de los esfínteres que controlan la micción y defecación. Es una enfermedad que afecta principalmente a adultos entre 40 y 70 años, mayoritariamente hombres entre los 60 y los 69 años (la proporción entre hombres y mujeres afectados es aproximadamente 1/3 a favor de los varones).

Fibrodisplasia Osificante Progresiva (FOP), el Linfedema y la obesidad mórbida⁴⁸⁰, en sus tipos más graves.

2.2.2. Lesiones psíquicas constitutivas de Gran Invalidez.

Los trastornos o enfermedades mentales que pueden dar lugar a la Gran invalidez han de ser extremadamente severos⁴⁸¹ 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 permanente⁴⁸².

⁴⁸⁰ 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.

La Sentencia del TSJ de Castilla- La Mancha (EDJ 35592) consideró que era constitutivo de Gran invalidez una situación en la que el referido Índice de Masa Corporal era superior a 50.

⁴⁸¹ 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, Párkinson, 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).

⁴⁸² Como subraya TORRENTE GARI, a pesar de que permanencia no significa continuidad, en ocasiones se deniega la incapacidad permanente en base a 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 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).

Otra circunstancia que no se da en el caso de las patologías extremadamente severas es la posibilidad de simulación⁴⁸³, 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 patológicamente⁴⁸⁴, 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”⁴⁸⁵.

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

⁴⁸³ 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 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).

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.

⁴⁸⁴ 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).

⁴⁸⁵ En palabras de TORRENTE GARI (Ibídem, p.58).

de conciencia de su naturaleza patológica⁴⁸⁶. 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 interpersonales⁴⁸⁷.

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”⁴⁸⁸.

Y es que la prestación laboral requiere ser prestada con responsabilidad, lo que exige no solo capacidad física sino también mental, ya que 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 ⁴⁸⁹. Y ello porque incluso teniendo capacidad para llevar a cabo el trabajo aisladamente considerado, es indispensable poseer una mínima capacidad para

⁴⁸⁶ 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).

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁸⁸ 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”.

⁴⁸⁹ En este sentido, STSJ de Cantabria de 11 de enero de 2006, Ar. 41449.

relacionarse socialmente en el entorno de trabajo⁴⁹⁰, capacidad que es habitual que no tengan las personas afectadas por patologías mentales graves⁴⁹¹.

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 inexplicables⁴⁹².

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 grado⁴⁹³, 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 puede tener contacto con los demás. La STS de 24 de marzo de 1987⁴⁹⁴ analiza un supuesto en

⁴⁹⁰ 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.

⁴⁹¹ 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).

⁴⁹² 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).

⁴⁹³ 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 “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).

⁴⁹⁴ STS 2065/1987, de 24 de marzo. ECLI:ES:TS 1987:2065. Id Cendoj: 28079140011987101291 (Ponente: JUAN MUÑOZ CAMPOS).

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 (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 incluso 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 los motivos apuntados, 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 adelante⁴⁹⁵.

Frecuentemente, los trastornos mentales que quedarían protegidos por la Gran invalidez coincidirían sustancialmente con aquellos susceptibles de obtener cobertura a través de la Ley de Dependencia que, conforme establece su art. 2.2 de la Ley 39/2006, 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.

⁴⁹⁵ 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).

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 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 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 anulándola⁴⁹⁶.

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

⁴⁹⁶ TORRENTE GARI, S. (2007): El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente, op.cit., pp. 82 a 84.

sin grave riesgo”⁴⁹⁷, lo que excluiría la calificación de Gran invalidez cuando la vigilancia solo fuera precisa durante los brotes de la enfermedad⁴⁹⁸.

Ejemplo de ello sería el supuesto que analiza la STS de 22 de julio de 1989⁴⁹⁹, 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 (...)”

- 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 STSJ de 19 de septiembre de 1997⁵⁰⁰ refiere 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

⁴⁹⁷ STS de 15 de febrero de 1986, Ar. 765, citada en la nota a pie de página anterior, abordando un caso de Alzheimer. El Alzheimer es una enfermedad neurodegenerativa, que se manifiesta como deterioro cognitivo y trastornos conductuales. Se caracteriza en su forma típica por una pérdida progresiva de la memoria y de otras capacidades mentales, a medida que las células nerviosas (neuronas) mueren y diferentes zonas del cerebro se atrofian. La enfermedad suele tener una duración media aproximada de 10-12 años, aunque esto puede variar mucho de un paciente a otro. La ayuda de tercera persona suele precisarse 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 11 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 33749)

⁴⁹⁸ STSJ de Cataluña, de 13 de noviembre de 2003, Ar.8266, en relación con un trastorno psicótico con evolución por brotes.

⁴⁹⁹ STS 14304/1987- ECLI:ES:TS: 1987:14304 (Id Cendoj:28079140011987104390). Recurso de casación por infracción de Ley. Ponente DESDENTADO BONETE.

⁵⁰⁰ 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.

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 vida⁵⁰¹.

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 suicidio⁵⁰² 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 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 absoluta⁵⁰³.

⁵⁰¹ STSJ Extremadura de 18 de septiembre de 2012 (EDJ 206387).

⁵⁰² 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).

⁵⁰³ 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” cronificado, 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: “ (...) 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 cronificada, 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 (...)”.

2.3. La necesidad de ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

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 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 realizarlos⁵⁰⁴.

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”

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.

⁵⁰⁴ 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.

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”⁵⁰⁵. 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 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: “Perteneiente 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.

⁵⁰⁵ 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.

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.”⁵⁰⁶. Todos estos actos además deben considerarse como actos más esenciales de la vida.

No obstante, 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 comunicarse⁵⁰⁷.

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 socialmente⁵⁰⁸.

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

⁵⁰⁶ Así lo indican GARCÍA- BLÁZQUEZ PÉREZ, M. y GARCÍA- BLÁZQUEZ PÉREZ, C.M. (Ibídem p. 83).

⁵⁰⁷ 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 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 sobrevinida 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.

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 sùbita.

⁵⁰⁸ Cierto 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).

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 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 grifos⁵⁰⁹, 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 cabo⁵¹⁰.

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

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”⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Por ejemplo, como consecuencia de una artrosis muy avanzada.

⁵¹⁰ 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.

⁵¹¹ GARCÍA NINET, J.I. (2000): “Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez”, op.cit., pp. 5 y 6.

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 convivencia⁵¹²”.

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 grupos⁵¹³

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).

En el segundo, estarían los actos concernientes a la realización de tareas domésticas:

- Limpieza de domicilio

⁵¹²SSTS 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 primordial e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro indispensables para la humana convivencia”.

⁵¹³ 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).

- 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 ellos⁵¹⁴.

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 se hace necesaria tanto una ampliación de los supuestos que pueden encajar en tal concepto, como una interpretación favorable de los ya contemplados⁵¹⁵. 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

⁵¹⁴ 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%).

⁵¹⁵ BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op.cit., p. 209.

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.

Por otra parte, 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 valoración⁵¹⁶.

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).

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

⁵¹⁶ 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 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).

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"⁵¹⁷.

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 convivencia⁵¹⁸, 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.

⁵¹⁷ (IMSERSO, 2005), pp. 22 y 23 del Capítulo I.

⁵¹⁸ 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).

En la actualidad, la relación de actividades y tareas que comprende la valoración del BVD es la fijada en la “Tabla de aplicación que se establece en el 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 diciembre⁵¹⁹.”

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.

Dentro de cada una de las actividades referidas en el párrafo anterior se relacionan distintas tareas. Estas tareas incluidas dentro de cada una de las actividades referidas en el párrafo anterior son las siguientes: comer y beber, higiene personal relacionada con la micción y la defecación, vestirse, cambiar y mantener la posición del cuerpo, desplazarse dentro y fuera del hogar.

- Dentro de la actividad de comer y beber se relacionan las tareas consistentes en reconocer y/o alcanzar los alimentos servidos, cortar o partir la comida en trozos, usar cubiertos para llevar la comida a la boca, 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.

⁵¹⁹ 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”.

- 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, 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 trozos⁵²⁰. 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.

⁵²⁰ 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.

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 limitada ⁵²¹.

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, desplazarse⁵²², 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”, 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

⁵²¹ 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).

⁵²² 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).

conductas aberrantes o situaciones que pudieran poner en peligro la vida del gran inválido o la de terceros⁵²³.

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 o utilice la vestimenta de forma poco decorosa o, que en general, 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

⁵²³ 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”.

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 ejecuten en la “guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la humana convivencia”⁵²⁴.

En cualquier caso, Gran invalidez y 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”⁵²⁵.

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 26ª 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

⁵²⁴ 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 deambulaci3n prolongada.

⁵²⁵ MALDONADO MOLINA utiliza la expresi3n que aparece entrecomillada en el texto para hacer referencia al rasgo m3s definitorio de la dependencia (MALDONADO MOLINA, J.A. (2003): *El Seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, “Colecci3n Laboral”, n3 145 (Dir. De la colecci3n: 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 a3adir, tambi3n es predicable de la prevista en la Ley de Dependencia, de otras, tales como la demogr3fica, la econ3mica la jur3dica o la social (NUÑEZ FERNÁNDEZ, A.B. (2008), “En particular, la gran invalidez y la dependencia de tercera persona. Criterios jur3dicos y criterios jurisprudenciales. El impacto de la Ley de dependencia. VV.AA. *Tratado m3dico- legal sobre incapacidades laborales. La incapacidad permanente desde el punto de vista m3dico y jur3dico* (Dir. RIVAS VALLEJO, P), Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edici3n), p. 153).

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”⁵²⁶, aunque, como 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.

Tampoco coincide la noción de “actos más esenciales de la vida” 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 septiembre⁵²⁷, 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”⁵²⁸.

Como puede observarse, así como el concepto de “gran lesionado” requiere una pérdida de autonomía personal⁵²⁹ 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”,

⁵²⁶ 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 permanente desde el punto de vista médico y jurídico* (Dir. RIVAS VALLEJO, P), Navarra (Ed. Aranzadi, segunda edición), p. 308).

⁵²⁷ 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).

⁵²⁸ Según establece el art. 52 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, se entiende por gran lesionado quien no puede llevar a cabo las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de ellas.

⁵²⁹ 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.

tales como “manejar dispositivos o tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica”.

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”⁵³⁰. 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 norma⁵³¹, 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.

De lo que no cabe duda es que la dependencia del inválido al protector o cuidador es lo que caracteriza la Gran invalidez⁵³². 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”⁵³³.

Esta finalidad específica del complemento de Gran invalidez, remunerar a la persona que atiende al gran inválido, le otorga su carácter de prestación asistencial⁵³⁴. No tendrá, por tanto, ni naturaleza de pensión⁵³⁵ ni tampoco carácter salarial, y esto último pese a que legalmente se conceda para retribuir los servicios del cuidador⁵³⁶.

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

⁵³⁰ Art. 54 Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

⁵³¹ Art. 53 Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

⁵³² 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).

⁵³³ 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.

⁵³⁴ STS de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989, 1787).

⁵³⁵ STS de 3 de marzo de 1989, RJ 1989/1787.

⁵³⁶ 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).

la calificación de Gran invalidez⁵³⁷. Eso sí, no basta la mera dificultad en la realización de estos sino que se requiere la imposibilidad de realizarlos⁵³⁸, 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 grado⁵³⁹.

⁵³⁷ SSTs de 7 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6856); 23 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2367); 19 de febrero de 1990 (EDJ 1715); SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 1992 (Rec. 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.

⁵³⁸ 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); 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.

⁵³⁹ 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 le permite movilidad, pero 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; o 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 valerse 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 día⁵⁴⁰, aunque tampoco puede ser esporádica o transitoria, sino que requiere cierta habitualidad⁵⁴¹.

En su momento, con respecto a la declaración de la Gran invalidez en el caso de los enfermos terminales se abrieron dos opciones interpretativas⁵⁴²:

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

⁵⁴⁰ 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).

⁵⁴¹ 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.

⁵⁴² 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.

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 pudieran 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 2003⁵⁴³, 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

⁵⁴³ RUCD 3017/2002 (RJ 2003/4076). Ponente Sr. Martínez Garrido. En el supuesto analizado el INSS había denegado la prestación de gran invalidez por entender que falta el requisito de la “permanencia” en situaciones en las que el desenlace es 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 realizarlos. 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 11 de octubre de 2004 RUCD 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 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).

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 degenerativo 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”⁵⁴⁴.

En otro orden de cosas, 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 con 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 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

⁵⁴⁴ Fundamento de derecho 2º. En el mismo sentido, STS de 11 de octubre de 2004, Ar. 6071.

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 inválido, 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 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. Pero, 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, si se establecen 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 facilitaría una más adecuada protección social de esta figura, frecuentemente ignorada, al establecer la relación directa entre el cuidador familiar 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 cometido⁵⁴⁵.

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.

Esta nueva prestación podría integrarse en el nivel contributivo o bien pasar a formar parte del nivel asistencial 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 profesionales⁵⁴⁶. Pese a que el beneficiario de esta prestación no es el cuidador sino la persona en situación de dependencia⁵⁴⁷, las evidentes similitudes entre ella y la que correspondería al familiar que cuide al gran inválido podrían justificar, si se optara por

⁵⁴⁵ 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.

⁵⁴⁶ El carácter excepcional de la prestación se establece en los arts.14.4 y 18.1 de la Ley de Dependencia.

⁵⁴⁷ 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.

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 consideración la primera variable, el 45% de la base mínima de cotización, ya se supere 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 dependencia⁵⁴⁸.

En cualquier caso si la elección fuera la de incardinar 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 2020 de 7.120,80 euros anuales por hijo (593,40 euros mensuales)⁵⁴⁹.

⁵⁴⁸ 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, todavía (finales de febrero de 2020) no se ha procedido a la publicación de las bases mínimas de cotización en el RGSS, si bien su importe debería de ser de 1108,33 euros, es decir, el resultado de dividir entre 12 la cuantía del SMI en cómputo anual (13300 euros) para 2020. Por este motivo, en adelante los cálculos se realizarán con la base mínima correspondiente al año 2019.

En 2019, 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 euros/mes. En el mismo año, para el grado I de dependencia es de 153 euros/mes y para el grado II de 208 euros/mes.

⁵⁴⁹ Anexo RD- Ley 1/2020, de 14 de enero (BOE de 15 de enero. Fecha de entrada en vigor: 16 de enero).

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 2018⁵⁵⁰, 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; 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 límite de recursos económicos que es característico de las prestaciones no contributivas, y puesto que quien se encuentra en situación de Gran invalidez también tiene la consideración de persona con discapacidad 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.

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 incardinada 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 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

⁵⁵⁰ BOE de 4 de julio.

en situación de Gran invalidez para desenvolverse por sí solo en la realización de los actos más esenciales de la vida, concretar las tareas a realizar por el cuidador a fin de posibilitarlos y la dedicación que conllevarían.

Por su parte, la 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 de dotarse a cada hora de un valor económico para poder calcular la prestación mensual, que debería tener garantizado 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 euros⁵⁵¹, 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 2020 asciende a 950 euros brutos en 14 pagas, por 40 horas semanales⁵⁵².

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 septiembre⁵⁵³, 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,

⁵⁵¹ 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).

⁵⁵² 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).

⁵⁵³ 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).

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; la amputación de ambos brazos, entre 6 y 7; 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 norma⁵⁵⁴. 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 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 lesionado⁵⁵⁵, 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

⁵⁵⁴Más 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.

⁵⁵⁵ 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.

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 absoluta⁵⁵⁶.

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, dependieran 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

⁵⁵⁶ 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 tendría que procurarse al cuidador formación y adiestramiento en el cuidado de dependientes para que puedan realizar su tarea con más eficiencia y 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). 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).

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 servicio⁵⁵⁷ y de asistencia personal⁵⁵⁸.

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 económica⁵⁵⁹.

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

⁵⁵⁷ 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, en todo caso, 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 (arts. 17, apartados 2 y 3).

⁵⁵⁸ 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. 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 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”.

⁵⁵⁹ 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.

dependencia, que es el supuesto habitual, resultará indirectamente beneficiado por la mejora de la situación económica de la familia de la que forma parte⁵⁶⁰.

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 indemniza de ninguna forma el perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes inválidos, que compense de alguna forma por la sustancial alteración que causa en sus vidas la prestación de cuidados y la atención continuada de sus familiares cuando han perdido la autonomía personal para realizar todos o algunos de los actos esenciales de la vida⁵⁶¹.

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 dependencia⁵⁶². Podrían concertarlo, pero no por ser el cuidador ligado por 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 que 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

⁵⁶⁰ *Ibíd.*, p. 31.

⁵⁶¹ 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.

⁵⁶² 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. 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.

consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco⁵⁶³. 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 ocupación⁵⁶⁴, 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 regirán íntegramente por lo dispuesto en el RD 615/2007, quedando la cuota a abonar a cargo de la Administración General de Estado⁵⁶⁵.

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.

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 alta⁵⁶⁶. Esta previsión no será aplicable en el caso de que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional

⁵⁶³ Art. 1.1 RD 615/2007.

⁵⁶⁴ BOE de 7 de marzo.

⁵⁶⁵ 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.

⁵⁶⁶ Art 2. 1 RD 615/2007

que determine su alta a tiempo completo en algún régimen de la Seguridad. Tampoco existirá obligación de suscribir el convenio especial cuando el cuidador familiar:⁵⁶⁷

- 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 LGSS⁵⁶⁸.

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 Social⁵⁶⁹. 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 615/2007⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ Apartados 2, 3 y 4 del art. 2 del RD 615/2007.

⁵⁶⁸ 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.

⁵⁶⁹ En 2019, 1050 euros/mes; en 2020, previsiblemente, 1108,33 euros.

⁵⁷⁰ 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 anterior 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.

La suscripción del convenio por el cuidador no profesional resulta ventajosa para el cuidador no profesional 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 prestaciones⁵⁷¹. 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 dependencia⁵⁷². 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 615/2007⁵⁷³.

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

⁵⁷¹ <https://revista.seg-social.es/2019/04/15/novedades-en-el-convenio-especial-para-cuidadores-no-profesionales/> (consultado el 22/11/2019).

⁵⁷² <https://revista.seg-social.es/2019/04/15/novedades-en-el-convenio-especial-para-cuidadores-no-profesionales/> (consultado el 21/11/2019).

⁵⁷³ 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).

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 Dependencia, 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 la 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.

3. 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 automáticamente otra 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 afines⁵⁷⁴, haciendo especial referencia a la “protección global” a que eventualmente podría tener derecho la persona que tenga reconocido el complemento de Gran invalidez en virtud de su condición de persona dependiente y de persona discapacitada.

Por último, se compararán las modalidades contributiva y no contributiva de protección de la contingencia en el ámbito de la Seguridad, 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

⁵⁷⁴ 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.

complemento por Gran invalidez y el complemento por necesidad de concurso de tercera persona.

3.1. Gran invalidez/Dependencia.

La Seguridad Social no protege la dependencia como una contingencia autónoma, sino por tratarse de una situación asociada a alguna de las contingencias 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.

Por lo tanto, el sistema de la Seguridad Social no incluye la dependencia dentro del elenco de contingencias específicamente protegidas, pero sí protege a quienes se encuentren en esta situación cuando se den unas concretas circunstancias.

Como punto de partida debe tenerse en cuenta que la protección que otorga la Seguridad Social de la 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 a aquellos trabajadores cuya carrera profesional no haya sido suficiente para acreditar el periodo de carencia requerido, constatándose que esto ocurrirá con más frecuencia en el caso de las trabajadoras de sexo femenino. Por otra parte, porque en el nivel no contributivo no será posible acceder al complemento de ayuda de tercera persona si se supera el límite de rentas o ingresos establecido, que al estar establecido en una cantidad muy baja, deja también fuera de la protección a muchas personas en situación de dependencia⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ 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 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.)

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 venido dando cobertura a la situación de dependencia⁵⁷⁶. 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 (...)”.

Actualmente en el Ordenamiento Jurídico español coexisten distintas normas aplicables a la situación de dependencia. Estas a nivel estatal son básicamente dos: La Ley General de la Seguridad Social de 2015 y la Ley de Dependencia de 2006.

Ambas normas regulan situaciones de dependencia, pero tanto su ámbito subjetivo como objetivo de aplicación difiere de forma importante⁵⁷⁷. No obstante, hay coincidencias, por supuesto, como el hecho de que la situación de dependencia personal cubierta debe revestir en todo caso carácter permanente. Así se desprende tanto del art. 2.2 de la Ley de

⁵⁷⁶ 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).

⁵⁷⁷ 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 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”.

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”⁵⁷⁸.

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 en ningún caso cubre de forma específica situaciones de dependencia personal de carácter temporal⁵⁷⁹. 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 ocasiona, si tal fuera el caso, pero en ningún caso 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

⁵⁷⁸ 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.).

⁵⁷⁹ 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.

se dejan de percibir por la incapacidad para seguir 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 más dudosamente, de la parcial, y 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 pueda 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, será 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 ningún control del destino que se le da por parte del sistema de la Seguridad Social, pero esa no 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 cuantía máxima anual de las pensiones públicas, lo que supone que la cuantía 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 antedicho⁵⁸⁰.

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”.⁵⁸¹ 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.

Por otra parte, 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.

⁵⁸⁰ La cuantía máxima de las pensiones públicas en 2019 asciende a 2.659,41 euros/mes (37.231,74 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 2.659,41 euros al mes.

⁵⁸¹ Véase LUJÁN ALCARAZ, J; RODRIGUEZ 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”.

Uno de los principios en los que se sustenta el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (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 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 de residencia, aunque las administraciones autonómicas y locales podrán ampliar o mejorar las condiciones básicas, siempre con cargo a sus presupuestos⁵⁸².

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 económica⁵⁸³.

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 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

⁵⁸² 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.

⁵⁸³ 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.

del sistema de la Seguridad Social, no todas las personas van a poder obtener la protección⁵⁸⁴, 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 dependencia⁵⁸⁵, pero no lo hace de forma universal⁵⁸⁶.

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 universal⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ 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.

⁵⁸⁵ De hecho, la Gran Invalidez es una de las prestaciones sociales públicas que han venido dando cobertura a la situación de dependencia. A ello alude la Exposición de Motivos de la Ley de Dependencia: “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 (...)”.

⁵⁸⁶ 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.

⁵⁸⁷ 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 recalcado 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*

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.

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 presupuestos⁵⁸⁸. 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 desaparecer⁵⁸⁹.

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).

⁵⁸⁸ 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 considere beneficioso (por la Entidad Gestora) para el gran inválido. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, tal posibilidad fue suprimida.

⁵⁸⁹ 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

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 concedidas, 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, la de entorno familiar, tal vez por ser la de naturaleza más parecida al complemento por Gran invalidez y, en consecuencia, revestir mayor dificultad el control de que efectivamente se destina a remunerar a quien atiende al dependiente.

Como ya se ha indicado, 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. Tampoco se exige demostrar que el complemento se destina a la finalidad de remunerar a la persona que asiste al gran inválido, quien, por otra parte, ni siquiera tiene que quedar identificada. 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

profesionales para ocasiones excepcionales (...) Sin embargo, si 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).

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 recalcar 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 de rentas del beneficiario, mientras que en el cálculo del complemento por Gran invalidez no se toma en consideración en ningún caso.

Por otra parte, 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.

Hay, sin embargo, una interrelación clara entre dependencia y Gran invalidez, expresada en la Disposición Adicional 9ª 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 febrero, por el que se aprueba el baremo de la situación de dependencia.

Conforme a 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.

Esta correspondencia no opera en sentido inverso, ya que el reconocimiento de un determinado grado de dependencia no surte efectos en la calificación de la Incapacidad permanente⁵⁹⁰.

Dicho de otra forma, la Disposición Adicional 9ª de la Ley de Dependencia admite la efectividad de la calificación como persona dependiente efectuada por la Seguridad

⁵⁹⁰ 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).

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 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. Sin embargo, el reconocimiento de un determinado grado de dependencia por los órganos de calificación del sistema de protección a la dependencia no tiene efectos similares en orden a la calificación de la Incapacidad permanente.

En otro orden de cosas, 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 finalidad⁵⁹¹, entre las que se menciona expresamente el complemento de Gran invalidez⁵⁹².

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 de Gran invalidez se deducirá de la cuantía que las prestaciones económicas que la Ley de Dependencia destina a la

⁵⁹¹ Las prestaciones económicas previstas en la Ley de Dependencia pueden ser de tres tipos: prestaciones vinculadas a la adquisición de un servicio cuando este 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 la actividades básicas de la vida diaria (art. 19 LD).

⁵⁹² Como indica la Sentencia 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 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).

protección de las situaciones de dependencia⁵⁹³. Igualmente se deducirá cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en otro régimen público de protección social⁵⁹⁴. 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 y el alojamiento y cuidado del gran inválido 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, únicamente en atención 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

⁵⁹³ 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 2019 la primera de ellas como máximo de 715, 07 euros/mes para el grado III de dependencia, y la segunda como máximo a 387,64 euros/mes para el mismo grado.

⁵⁹⁴ 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)”.

edad solo podrían acceder a alguno de los servicios del catálogo de la norma citada⁵⁹⁵. Aunque es cierto que en este último 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, aunque esté siendo cuidado en uno de los centros residenciales de la Ley de Dependencia.

⁵⁹⁵ 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.

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.

Una eventual justificación a esta permisión 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 Social⁵⁹⁶. 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 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. Y además, 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 prestaciones⁵⁹⁷.

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 reguladas en los artículos 17 a 19 de la misma norma y las prestaciones en él enumeradas, 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 económicas⁵⁹⁸.

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,

⁵⁹⁶ 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. 61.

⁵⁹⁷ 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.

⁵⁹⁸ MONTOYA 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 (MONTOYA 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).

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.

3.2. 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 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 constitucional⁵⁹⁹.

Tampoco existe coincidencia entre los órganos que otorgan el certificado o la tarjeta de discapacidad⁶⁰⁰, 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 discapacidad⁶⁰¹, y el órgano gestor que determina si existe Incapacidad permanente y, en su caso, en qué grado debe calificarse.

⁵⁹⁹ 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 GÁRATE, J.C), Madrid (CGPJ), p. 153.

⁶⁰⁰ 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.

⁶⁰¹ 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

Pero, además, la determinación del grado de discapacidad está sujeta a los criterios técnicos unificados⁶⁰², fijados en los baremos descritos en el Anexo I 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.

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)⁶⁰³, 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)⁶⁰⁴.

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

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.

⁶⁰² 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).

⁶⁰³ 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 el Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas y Sanitarias (ICAMS).

⁶⁰⁴ El art. 4.3 del Real Decreto legislativo1/2013 establece que “El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente”.

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 trate⁶⁰⁵. 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 extranjero⁶⁰⁶.

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 Centros 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 dictámenes⁶⁰⁷.

Los EVOs están formados al menos por un médico, un psicólogo y un trabajador social, conforme a criterios interdisciplinarios.⁶⁰⁸ 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 colectivos⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ 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.

⁶⁰⁶ 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.

⁶⁰⁷ Art. 9, apartados 1 y 2 del RD 1971/1999.

⁶⁰⁸ Art. 8 del RD 1971/1999.

⁶⁰⁹ Art. 9.3 RD 1971/1999.

Con base en 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 procede⁶¹⁰.

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 corresponda⁶¹¹.

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 contrario⁶¹².

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 administrativo⁶¹³. Dicha

⁶¹⁰ Art. 10.1 RD 1971/1999.

⁶¹¹ 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.

⁶¹² 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), op. cit., p. 48).

⁶¹³ 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

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 competente⁶¹⁴.

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 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 mínimo⁶¹⁵.

En todo caso, se deberá dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados para revisar el grado de discapacidad previamente reconocido⁶¹⁶.

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 ocasión⁶¹⁷.

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 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

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).

⁶¹⁴ Art. 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

⁶¹⁵ Art. 10.3 y 11, apartados 1 y 2 RD 1971/1999.

⁶¹⁶ Art. 11.3 RD 1971/1999.

⁶¹⁷ Conforme establece el art. 10.2 del RD 1971/1999, el reconocimiento de grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de solicitud.

estos supuestos a relacionar los requisitos que no se cumplen y a determinar la improcedencia del reconocimiento del derecho a prestación⁶¹⁸.

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.

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 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 diaria⁶¹⁹, 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

⁶¹⁸ Véase Guía Laboral del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, última edición, actualizada a 9 de mayo de 2019, p. 561.

⁶¹⁹ 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.

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,⁶²⁰ 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 actividades 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”⁶²¹.

En la actual Clasificación Internacional del Funcionamiento y la Discapacidad, CIDDM-2⁶²² 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

⁶²⁰ 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.

⁶²¹ 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. CHARRO BAENA, P.), op. cit., p. 165).

⁶²² Internacional Classification of Functioning and Disability, ICFIDH-2.

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 ⁶²³.

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.

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

⁶²³ 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, La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador, Ed. Bomarzo, Albacete: 2017, 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).

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 familiar⁶²⁴, económico⁶²⁵, laboral, cultural⁶²⁶ y de entorno⁶²⁷. También la situación laboral del solicitante debe tenerse en cuenta dentro de la valoración de tales factores, pero la determinación del concreto

⁶²⁴ 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).

⁶²⁵ 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).

⁶²⁶ 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 disaprendizajes, 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).

⁶²⁷ 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, asistenciales, 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.

porcentaje de discapacidad no depende directamente de la afectación de la capacidad de trabajo⁶²⁸.

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 ellos⁶²⁹. 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 permanente⁶³⁰.

⁶²⁸ 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).

⁶²⁹ La puntuación máxima por cada uno de los factores complementarios se recoge en las notas a pie de página 232 a 236.

⁶³⁰ 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 sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión”. Además, el “variado y profuso conjunto de

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 su caso, a la situación de necesidad de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida en el caso de la Gran invalidez.

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”.

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 (...).”

El significado del término “discapacidad” va a depender de la respuesta que se dé a la pregunta: ¿discapacidad para qué?⁶³¹, porque más que de “personas discapacitadas” debemos hablar de “personas con discapacidades concretas”⁶³². Y 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”⁶³³, 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 diaria⁶³⁴. Este es sin duda un punto de conexión entre ambas

⁶³¹ 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.

⁶³² 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 una persona con discapacidad. Tal sería el caso de una persona con síndrome de Asperger, quien puede ser una eminencia en un determinado y a menudo restringido campo del saber y, sin embargo, tener dificultades importantes en la interacción social recíproca y la comunicación verbal y no verbal. Ni el autismo ni el síndrome de Asperger, que está incluido dentro del espectro autista, son una enfermedad, sino un tipo de patrón neurológico, como ser zurzo o tener síndrome de Down. 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.

⁶³³ 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”.

⁶³⁴ Considerando como tales las siguientes: vestirse, comer, aseo personal, levantarse y reclinarse, 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.

situaciones⁶³⁵. 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 circunstancias personales, sociales y culturales”⁶³⁶, 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)⁶³⁷, 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 de aplicarse la tabla de valores combinados contenida en el Anexo I del RD 1971/1999,

⁶³⁵ 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).

⁶³⁶ 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 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 Discapacidad (Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social). 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.msbs.gob.es/ssi/discapacidad/proteccionDerechos/oficinaAtencionDiscapacidad.htm>.

Consultado el 20/11/2019).

⁶³⁷ Esta Sentencia reitera la doctrina contenida en la STS de 17 de diciembre de 2004 (Rec. 753/2004)

de 23 de diciembre, y no la suma de los porcentajes atribuidos a cada una de las lesiones como hacía la Sentencia recurrida⁶³⁸.

Hechas estas consideraciones, pese a tratarse de conceptos distintos, 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 persona con discapacidad.

De hecho, ya el art. 1 de la 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%⁶³⁹.

Con objeto 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 se dictó el RD 1414/2006, de 1 de diciembre (BOE de 16 de diciembre). Como expone este Decreto, desde la entrada en vigor de la referida norma se habían ido produciendo decisiones administrativas heterogéneas e incluso contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las Administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el artículo 1.2. de la Ley. Esta norma precisaba, en su artículo 1, que a los efectos de la Ley 51/2003 tendrían la consideración de personas con discapacidad aquéllas a las que se hubiera reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, considerando afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% a los pensionistas de la Seguridad Social que tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez y a los pensionistas de Clases Pasivas que

⁶³⁸ 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”.

⁶³⁹ 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.

tuvieran reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

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 jurídico que no fuera civil, procesal civil y tributario⁶⁴⁰. 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 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”.

Por lo tanto, todos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de Incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o Gran invalidez, se considerarán afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33%, lo que les otorga automáticamente la consideración de personas con discapacidad. Pero además, se observa que en la norma actual los pensionistas de Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados se consideran personas con discapacidad en un grado igual o superior al 33% a todos los efectos legalmente previstos, y no solo persona discapacitada, como

⁶⁴⁰ 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.

ocurría vigente la Ley 51/2003, a efectos de garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad⁶⁴¹.

La asignación del porcentaje mínimo de discapacidad del 33% 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 invalidez⁶⁴². Para obtener el reconocimiento de un porcentaje de discapacidad superior, el interesado deberá someterse a la valoración regulada en el RD 1971/1999.

Así se desprende del artículo 2 del RD 1414/2006 (BOE 17/12/2006), que establece en su apartado 1º, vigente en la actualidad pese a la derogación de la Ley que desarrollaba en esta materia, el grado de minusvalía (entiéndase actualmente, discapacidad) igual al 33 % debe acreditarse mediante los siguientes documentos⁶⁴³:

- 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.

Se advierte finalmente 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

⁶⁴¹ El artículo 5 del RD Legislativo 1/2013 establece que las medidas específicas para garantizar la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal se aplicarán, además de a los derechos regulados en el Título I, en los ámbitos 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. Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”.

⁶⁴² Queda fuera de esta equiparación automática quien haya sido declarado en situación de Incapacidad Permanente Parcial, puesto que en este caso el porcentaje del 33% que como mínimo se exige para poder reconocerla no se corresponde con un porcentaje de discapacidad, sino de reducción del rendimiento normal en el desarrollo de la su actividad habitual.

⁶⁴³ 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 la citada norma por el Real Decreto 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 su inclusión social, el RD 1414/2006 continúa vigente en la actualidad.

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 discapacidad⁶⁴⁴.

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.

En cualquier caso, el reconocimiento de una discapacidad en grado igual o superior al 33% a los pensionistas de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente

⁶⁴⁴ 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 (ratificada por España el 23 de noviembre de 2007; entrada en vigor el 3 de mayo de 2008), 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 competentes 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.

absoluta y Gran invalidez tiene implicaciones positivas en orden a la protección de estas personas, consistentes en determinados beneficios, ayudas o servicios.

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 los siguientes:

- Reducciones en la base liquidable del IRPF⁶⁴⁵. 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.
- Asesoramiento laboral.
- Planes de pensiones.

⁶⁴⁵ A los efectos del IRPF se consideran discapacitados aquellos contribuyentes que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Se considerará acreditado un grado de discapacidad:

Igual o superior al 33%, a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Igual o superior al 65%, cuando se trate de discapacitados cuya incapacidad haya sido declarada judicialmente en el orden civil, aunque no alcancen dicho grado.

La necesidad de ayuda de terceras personas para desplazarse a su lugar de trabajo o para desempeñar el mismo, o la movilidad reducida para utilizar medios de transporte colectivos, deberá acreditarse mediante certificado o resolución del IMSERSO u órgano competente de las CCAA en materia de valoración de las discapacidades, basándose en el dictamen emitido por los Equipos de Valoración y Orientación dependientes de los mismos

(https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/ Segmentos /Ciudadanos/Discapacitados/ Definicion_y_acreditacion_de_la_discapacidad .shtml, consultado en 17/1/2019).

- Bonificaciones en el pago de determinados impuestos, como el IBI, tasas de basura, agua y alcantarillado.
- Ayudas para adaptación de viviendas en el caso de personas afectadas por incapacidades que limiten su movilidad, que pueden consistir en el pago del total o de un porcentaje de los gastos generados por tales adaptaciones. Se incluyen aquí las subvenciones para la supresión de barreras arquitectónicas: instalación de sillas salvaescaleras, plataformas elevadoras o elevadores para salvar desniveles verticales.
- Ayudas al autoempleo
- Programas europeos de formación y empleo.
- Reserva del 2% de puestos de trabajo en empresas con más de 50 trabajadores.

Además de los beneficios enunciados anteriormente, los que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65%, podrían además tener derecho a los siguientes:

- Posibilidad de acceder a la pensión de invalidez no contributiva, siempre que se cumplan los requisitos de acceso que se examinarán más adelante.
- 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 que se examinarán más adelante.
- Complemento para titulares de prestación no contributiva que viven en una vivienda de alquiler.
- 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), IMSERSO⁶⁴⁶, INSS⁶⁴⁷- sino que además pueden variar de un año a otro en concepto y/o en contenido o cantidad.

⁶⁴⁶ En las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla el IMSERSO reconoce el derecho a la pensión de invalidez no contributiva a las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65% que cumplen el resto de los requisitos establecidos en el art. 363.1 LGSS/2015.

⁶⁴⁷ El INSS no solo reconoce el derecho a prestaciones de Incapacidad permanente a personas que ya fueran discapacitadas en la fecha de su afiliación a la Seguridad Social cuando su capacidad de trabajo se haya visto reducida con respecto a la que tenían en aquel momento, sino también asignaciones por hijos a cargo, incluso mayores de 18 años, con discapacidad. También reconoce el derecho a la jubilación anticipada a personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65% o al 45% cuando, en este último caso, se trate de enfermedades o síndromes listados para los que se haya constatado que quien los padece ve reducida su esperanza de vida, así como un incremento de la duración de las prestaciones de nacimiento y cuidado

Así, en 2019, el SEPE concede ayudas dirigidas a mejorar el empleo y la situación laboral de la persona con una discapacidad igual o superior al 33%, que es el porcentaje mínimo que da derecho al reconocimiento de tal condición. La primera de ellas, denominada Renta Activa de Inserción (RAI), consiste en un subsidio extraordinario que se le reconocerá una vez agotada la prestación por desempleo, siempre que cumpla unos requisitos extraordinarios, y cuya cuantía es equivalente a la del 75% del Salario Mínimo Interprofesional. La segunda tiene por finalidad fomentar el Empleo Autónomo de las personas con discapacidad, procurando a aquellas de ellas que deseen emprender una actividad por cuenta propia ayuda económica para la asistencia técnica, reducciones del interés en los préstamos y subvenciones en los cursos de formación.

Por su parte, en 2019, las ayudas de la Agencia Tributaria a las personas con una discapacidad igual o superior al 33%, se concretan en: deducciones en la cuota de IRPF; IVA superreducido (4%) para aquellas que tengan una movilidad reducida y pretendan adquirir un vehículo; exención del pago del impuesto especial sobre determinados medios de transporte para los vehículos que estén a nombre de personas con discapacidad; deducciones fiscales para la adquisición, adaptación y adecuación de la vivienda habitual; reducción de la base imponible en las aportaciones realizadas a planes de pensiones y otros sistemas de previsión social y prestaciones económicas exentas de tributación.

Tanto la cuantía de Renta Activa de Inserción (RAI) y de las ayudas y/o subvenciones a las personas con discapacidad que deseen emprender una actividad por cuenta propia, como las ventajas fiscales consistentes en deducciones en la cuota o en reducciones o exenciones en el pago de determinados impuestos pueden experimentar cambios en los años venideros, que tengan como resultado una mejor o peor protección de las personas con discapacidad con respecto a la que se les otorga en 2019.

También la pensión no contributiva y el complemento por necesidad de concurso de tercera persona, que reconocen el IMSERSO, en las ciudades de Ceuta y Melilla, y los órganos de las CC.AA que han asumido la competencia en la materia, en su propio territorio, no solo varían de cuantía de acuerdo con lo que se establezca la Ley de Presupuestos Generales del Estado correspondiente, sino que además podrían dejar de concederse a las personas con discapacidad que los tuvieran reconocidos en el caso de

de menor, tanto en la modalidad contributiva, como en el supuesto asistencial previsto para amparar el descanso de la madre biológica que no cumpla el requisito de cotización que, en atención de la edad que tenga en la fecha en que inicia el descanso, se le exija para tener derecho a aquél.

que se incrementase el importe del límite de recursos económicos que no puede superarse para tener derecho a su obtención.

Por otra parte, además de las ayudas estatales para personas con discapacidad, también existen servicios o ayudas específicos a nivel autonómico⁶⁴⁸, que dependen de la Comunidad Autónoma de residencia⁶⁴⁹, sin obviar los beneficios que ofrecen las empresas públicas y privadas. Por lo tanto, para saber la protección completa a que por discapacidad tiene derecho una persona en concreto es preciso analizar cada caso de forma individualizada.

La Tarjeta Social Universal (TSU) resultará particularmente útil en orden a evitar que dejen de otorgarse ayudas a los ciudadanos que puedan tener derecho a ellas. Se trata de un sistema de información que pretende mejorar y coordinar las políticas protección social impulsadas por las diferentes Administraciones públicas⁶⁵⁰.

Para los ciudadanos, la TSU puede ser un instrumento rápido y eficaz para conocer toda la información relativa a las prestaciones a las que tiene derecho, con independencia de la Administración pública que las gestione: estatal, autonómica y local. A esta información se podrá acceder simplemente descargando una aplicación en el móvil, siendo suficiente para conseguirla tener certificado digital, DNI electrónico o estar dado de alta en Cl@ve permanente y acceder al Portal Tarjeta Social Universal en la web de la Seguridad Social (www.seg-social.es) o de otras Administraciones públicas⁶⁵¹.

No obstante, la incorporación de los todos los datos facilitados por las Administraciones se irá produciendo de forma paulatina, por lo que es posible que los interesados no vean reflejada, en los primeros momentos, toda la información referida a cada uno de ellos⁶⁵², que en el futuro el sistema debería reflejar los datos personales, las prestaciones que se

⁶⁴⁸ De hecho, la mayor parte de las ayudas para personas con discapacidad se gestionan y ofrecen desde organismos públicos de las CC. AA, también, entre otros, pueden recibirse desde la Seguridad Social o desde el Ministerio de la Sanidad, Consumo y Bienestar Social. Por tal motivo, para pedir información y, en su caso, iniciar los trámites precisos para su reconocimiento, el interesado deberá dirigirse a su centro de salud, a los servicios sociales o a la delegación de la Seguridad Social de su localidad de residencia.

⁶⁴⁹ Por tal motivo, las ayudas y los requisitos exigidos para acceder a las mismas pueden variar en función de las CCAA en la que las personas con discapacidad estén empadronadas. Tal sería el caso de los abonos para viajar en transporte público a precio reducido, en los que el grado de discapacidad necesario para beneficiarse de ellos difiere de una CC. AA a otra, así como del estacionamiento preferente o de los descuentos en ocio y cultura, etc.

⁶⁵⁰ La TSU se creó por la Disposición adicional centésima cuadragésima primera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE de 4 de julio). La nueva TSU entró en vigor a los tres meses, el 5 de septiembre de 2018.

⁶⁵¹ <https://revista.seg-social.es/2018/12/13/tarjeta-social-universal/> (consultado el 20/11/ 2019).

⁶⁵² <https://www.tarjetasocialuniversal.es/wps/portal/tsu/TSocial/AccesoTSU> (consultado el 20/11/2019).

estén disfrutando en el momento de la consulta, las que fueron reconocidas en el pasado y las prestaciones y ayudas económicas a las que, de forma individualmente considerada, se podría tener derecho.

Pero, una vez implantada en su totalidad, la TSU también presentará importantes ventajas para las Administraciones, al permitirles tener una visión global de la protección social otorgada a cada ciudadano y hará más ágil y segura la gestión, reconocimiento y control de las prestaciones y ayudas económicas, lo que permitirá, a su vez, luchar contra el fraude.

En síntesis, las funciones básicas que cumplirá la TSU serán distintas en función de quien vaya a beneficiarse de la información contenida en el sistema informático que le da soporte. De esta forma: ⁶⁵³

- a) A los ciudadanos les permitirá tener información actualizada sobre las prestaciones y ayudas que perciben, hayan percibido o podrían percibir, y descargarla en sus dispositivos móviles u ordenadores con todas las garantías de seguridad y confidencialidad. También se reducirán las cargas administrativas y se simplificarán los trámites precisos para acceder a las prestaciones sociales.
- b) A las Administraciones públicas les ofrecerá una visión completa de la protección que recibe cada ciudadano. Asimismo propiciará una gestión más ágil y segura para el reconocimiento y control de las prestaciones y ayudas otorgadas.
- c) A los poderes públicos les facilitará la tarea de tomar las decisiones relativas al diseño de las políticas sociales, porque les permitirá analizar datos estadísticos y elaborar estudios.

⁶⁵³ Véase <http://femp.femp.es/files/566-2457-archivo/INFORMACION%20TSU.pdf> (consultado el 20/11/2019) y <https://www.mutuauniversal.net/es/blog/mutua/Conoces-la-nueva-Tarjeta-Social-Universal> (consultado el 21/11/2019).

El Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, a través del INSS, tiene atribuida la administración, la gestión y el mantenimiento del sistema informático que debe dar soporte a la referida TSU.

En este sistema deberá incluirse la información actualizada correspondiente a todas las prestaciones sociales contributivas, no contributivas y asistenciales, de contenido económico, financiadas con cargo a recursos de carácter público⁶⁵⁴. En definitiva, de cualquier prestación social o ayuda de contenido económico destinada a personas o familias.

Dentro de las prestaciones económicas públicas de la Seguridad Social, la Tarjeta Social Universal integrará todas las pensiones básicas o complementarias; contributivas, no contributivas y asistenciales; las prestaciones temporales como los subsidios por Incapacidad temporal; nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, así como las prestaciones y ayudas de pago único.

La información que se incluirá en el sistema será facilitada por diferentes organismos de la Administración de Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

La participación de las Administraciones Públicas en el sistema informático es voluntaria, sin perjuicio de la obligación de tramitar la información que conforma actualmente el Registro de Prestaciones Sociales Públicas (RPSP). Este Registro debería desaparecer en un futuro no lejano al preverse su integración en la TSU⁶⁵⁵. Por este motivo, y por razones

⁶⁵⁴ Las prestaciones sociales públicas de carácter económico definidas en el apartado 2 de la Disposición adicional centésima cuadragésima primera de la Ley 6/2018, de 3 de julio, se incorporarán de forma gradual al sistema de información de la Tarjeta Social Universal de acuerdo con los plazos, requisitos y procedimientos que se establezcan mediante norma reglamentaria.

⁶⁵⁵ El Registro de Prestaciones Sociales Públicas había sido creado por el artículo 30 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social, encomendando al Instituto Nacional de la Seguridad Social su gestión y funcionamiento, de acuerdo con las prescripciones contenidas en dicha Ley. El RD 397/1996, de 1 de marzo (BOE de 2 de abril), en desarrollo de las previsiones contenidas en los arts. 30 y 31 de la citada Ley, regula la constitución, contenido y funcionamiento del RPSP, que al igual que su antecedente el Banco de Datos de Pensiones Públicas, constituye un instrumento básico en la gestión pública de la protección social, ya que el tratamiento automatizado de los datos correspondientes, permite una gestión más ágil y eficaz que beneficia los perceptores y solicitantes de las prestaciones sociales públicas, posibilitando además un control permanente respecto al mantenimiento del derecho a tales prestaciones, circunstancia que también facilita las medidas de lucha contra la utilización indebida de la protección y el fraude. El citado Registro se constituye en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, siendo la Entidad Gestora responsable de la custodia de los ficheros, así como de la gestión y funcionamiento del Registro.

En lo que aquí interesa resaltar, conforme establece el artículo 3 del RD 397/1996, en desarrollo de lo previsto en el art. 30 de la Ley 42/1994, el Registro de Prestaciones Sociales Públicas integrará, entre otras, las siguientes prestaciones de carácter económico: 1) Las pensiones abonadas por el Régimen General y los

de eficacia, la Resolución de 27 de junio de 2019 (BOE de 9 de julio), del Instituto Nacional de la Seguridad Social, acordó extender durante este periodo transitorio a dicho Registro las prescripciones técnicas necesarias para el desarrollo y aplicación de la “Tarjeta Social Universal “, previstas en la Resolución de 14 de septiembre de 2018.

Las administraciones públicas, entidades y organismos y empresas públicas responsables de la gestión de las prestaciones sociales públicas de contenido económico antes referidas, que se hayan incorporado a la Tarjeta Social Universal, quedarán obligados a facilitar al INSS la información actualizada correspondiente a los datos identificativos de los titulares de las prestaciones económicas y de los beneficiarios, cónyuges y otros miembros de las unidades familiares que puedan determinar o condicionar el reconocimiento y mantenimiento del derecho a aquéllas, así como los importes y clases de las prestaciones abonadas y la fecha de efectos de su concesión o reconocimiento.

También los organismos competentes dependientes del Ministerio de Hacienda o, en su caso, de las diputaciones forales, dentro de cada ejercicio anual, deberán facilitar al Instituto Nacional de la Seguridad Social información relativa a los niveles de renta de los ciudadanos afectados.

Asimismo, las administraciones públicas, entidades y organismos con competencias en materia de discapacidad, dependencia, demanda de empleo, familia numerosa, garantía juvenil, condición de autónomo y cualquier otra situación subjetiva relevante, que así se determine reglamentariamente, y que se hayan incorporado a la Tarjeta Social Universal,

Regímenes Especiales de la Seguridad Social y, en general, cualesquiera otras abonadas por las entidades gestoras y colaboradoras del sistema de la Seguridad Social, en cuanto estén financiadas por recursos públicos; 2) Las pensiones de Seguridad Social en su modalidad no contributiva; 3) Las pensiones abonadas por la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley de 21 de julio de 1960 y del Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, por el que se regula la concesión de ayudas del extinguido Fondo de Asistencia Social a ancianos y a enfermos e inválidos incapacitados para el trabajo; 4) Los subsidios económicos de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona previstos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos; 5) Las prestaciones económicas abonadas en virtud del Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados; 6) Los subsidios de desempleo previstos en el artículo 215.1.3 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, así como los percibidos por trabajadores mayores de cincuenta y dos años de conformidad con la normativa anterior; 7) Las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo con 18 o más años y discapacitado en un grado igual o superior al 65 por 100, abonadas por el Régimen General y los Regímenes Especiales de la Seguridad Social; 8) Los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas reconocidas por las Comunidades Autónomas y entidades locales; 9) La Renta Activa de Inserción concedida por el Servicio Público de Empleo Estatal y 10) La prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y la prestación económica de asistencia personal, abonadas en virtud de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

deberán facilitar al Instituto Nacional de la Seguridad Social la información actualizada sobre estas situaciones en relación con los ciudadanos incluidos en Tarjeta Social Universal

Su incorporación al sistema de TSU permite a las Administraciones públicas, entidades y organismos responsables de la gestión de las prestaciones sociales contributivas, no contributivas y asistenciales, de contenido económico, financiadas con cargo a recursos de carácter público, acceder a toda la información sobre las prestaciones económicas públicas que perciben los ciudadanos, para el reconocimiento y supervisión de las prestaciones sociales públicas por ellos gestionadas. Asimismo, como se ha indicado, el ciudadano tendrá acceso a toda la información que sobre su persona obre en el sistema de información de Tarjeta Social Universal, en los términos que se establezcan reglamentariamente⁶⁵⁶.

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 ocasión.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien el pensionista de Incapacidad permanente en cualquiera de sus grados es considerado una persona con discapacidad, en un grado igual o superior al 33%, 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,⁶⁵⁷ 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.

Por lo tanto, quien tenga reconocida una Incapacidad permanente total, una Incapacidad permanente absoluta o una Gran invalidez tendrá a su vez la consideración de persona con discapacidad como mínimo en un grado del 33%, y, por tanto tendrá derecho a los beneficios o ventajas que se derivan de tal condición. Por el contrario, el reconocimiento de una discapacidad a un trabajador, incluso en un grado elevado, no garantiza la

⁶⁵⁶ Toda la información contenida en el sistema se someterá a la normativa vigente en materia de protección de datos de las personas físicas.

⁶⁵⁷ Anteriormente se denominaba certificado de minusvalía.

obtención de una resolución favorable del INSS declarando una Incapacidad permanente en cualquiera de los grados antes referidos.

Por otra parte, cabe recordar aquí que no es posible reconocer ningún grado de incapacidad permanente a quien nunca haya trabajado ni a quien habiéndolo hecho no acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para el acceso a las prestación económica de que se trate.

Tampoco, como se ha visto anteriormente, será posible reconocer el derecho a la Incapacidad permanente a quien siendo ya discapacitado 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 fecha⁶⁵⁸, extremo este que en muchas ocasiones será difícil de determinar.

Pese a que como regla general las incapacidades permanentes protegidas por el nivel contributivo deben ser sobrevenidas, 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 obedeciera fuera consecuencia de una enfermedad común o de un accidente no laboral.

⁶⁵⁸ En tal sentido, STS 14/12/2010, RJ 2011,49.

3.3. 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 contributiva⁶⁵⁹. 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 trabajo⁶⁶⁰.

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

⁶⁵⁹ 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.

⁶⁶⁰ 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. Véase GONZÁLEZ DE LA ALEJA 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).

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 tal motivo, 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 tener derecho 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.

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, residencia y carencia de recursos económicos.

Al respecto, el art. 363.1 LGSS/2015 establece que el beneficiario de la pensión de invalidez no contributiva debe:

- a) Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años de edad⁶⁶¹.
- 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.

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,

⁶⁶¹ 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, 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 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.) op.cit., p. 410).

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 reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁶⁶². 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 permanente⁶⁶³, 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 los “factores sociales complementarios” recogidas

⁶⁶² (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).

⁶⁶³ 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, recalando 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.

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 desenvuelve⁶⁶⁴. 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 porcentaje del 25%⁶⁶⁵.

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 tienen en cuenta el patrimonio del solicitante, en la invalidez no solo se tienen en cuenta las rentas propias del potencial beneficiario de la pensión, sino también las de su unidad de convivencia.

El artículo 363 de la LGSS/2015 exige que la suma de los ingresos y rentas anuales sea inferior a una determinada cantidad⁶⁶⁶. 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 el que esté integrada⁶⁶⁷.

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

⁶⁶⁴ Véase GONZÁLEZ DE LA ALEJA GONZÁLEZ DE LA ALEJA (2014): La invalidez no contributiva. Un estudio jurídico actualizado tras las últimas reformas legales, op. cit., pp. 22 y 45.

⁶⁶⁵ Art. 5.3 RD 1971/1999.

⁶⁶⁶ 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 2019, se entiende que existe carencia cuando las rentas o ingresos de que se disponga en cómputo anual sean inferiores a 5.488.00 euros anuales.

⁶⁶⁷ 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. 365 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.

recursos obtenido conforme a lo establecido en los apartados 2 y 3 del art. 363 LGSS/2015⁶⁶⁸.

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 grado⁶⁶⁹.

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 2013⁶⁷⁰ 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 cuantía⁶⁷¹. 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

⁶⁶⁸ 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.

En el año 2020, se entiende que existe carencia cuando las rentas o ingresos de que se disponga en cómputo anual sean inferiores a 5.538,40 euros anuales (Anexo RD- Ley 1/2020, de 14 de enero (BOE de 15 de enero. Fecha de entrada en vigor: 16 de enero).

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.

⁶⁶⁹ Art. 363.4 LGSS/2015.

⁶⁷⁰ STS 3216/2013, Rec. 1456/2012 (Ponente: José Manuel López García de la Serrana).

⁶⁷¹ 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. En 2019, la cuantía individual para cada uno de ellos varía en función de si son 2 beneficiarios (anual: 4644,80 euros y mensual: 333,20 euros) o son 3 beneficiarios (anual: 4.390,40 euros y mensual: 313,60 euros).

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 ayude a compensar las consecuencias de su déficits físicos o psíquicos, que le auxilie para que pueda realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer u análogos⁶⁷².

Indica a continuación que aunque el complemento de la prestación por Gran invalidez tiene carácter prestacional y forma parte del sistema la Seguridad Social⁶⁷³, 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 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 atienda 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) LGSS/2015) estableciera que se considerarían ingresos y rentas computables los que deriven del

⁶⁷² Fundamento de derecho segundo.

⁶⁷³ El carácter prestacional del complemento de la prestación contributiva de Gran invalidez ya ha habido sido reconocida 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).

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 art. 59.2, último párrafo 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 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, 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 aquella⁶⁷⁴.

⁶⁷⁴ Art. 363.6 LGSS/2015: “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”. 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 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.

La exigencia de estos requisitos, 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: 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 en algunos casos 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 comunes⁶⁷⁵.

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

⁶⁷⁵ 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 afectará, en su caso, al 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 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. 92).

LGSS/1994⁶⁷⁶: “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 deficiencias⁶⁷⁷ 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 integrarán en nivel no contributivo del Sistema de la Seguridad Social⁶⁷⁸ 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 del nivel contributivo, señaladamente el de cotización en aquellos casos en que este se pidiera⁶⁷⁹.

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

⁶⁷⁶ 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”.

⁶⁷⁷ Conforme a la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, por deficiencia se entiende “toda pérdida o anomalía de una estructura o una función psicológica, fisiológica o anatómica” (<http://www.imserso.es/Interpresent/2/groups/imserso/documents/binario/435cif.pdf>.)

⁶⁷⁸ 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 el complemento por necesidad de tercera persona.

⁶⁷⁹ Así lo explican 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., p. 61.

Los mismos 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 paralítico 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, (...)” (Ibídem, p. 62).

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 relativos a la edad, 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, 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 3ª.2 del RD 357/1991, de 15 de marzo⁶⁸⁰: “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”⁶⁸¹.

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. Además, 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 valoración⁶⁸². Por el

⁶⁸⁰ 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.

⁶⁸¹ Sobre las interrelaciones existentes entre los apartados 2 y 3 de la Disposición Adicional 3ª 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).

⁶⁸² 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

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 invalidez⁶⁸³.

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 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 invalidez⁶⁸⁴. Sin embargo, cabe recordar que estos

(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.

⁶⁸³ 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.

⁶⁸⁴ 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 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

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.

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 cualificada⁶⁸⁵”. Para tener derecho a la primera de ellas,

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.

RODRIGUEZ 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).

⁶⁸⁵ GONZÁLEZ DE LA ALEJA 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).

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/2015⁶⁸⁶, 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 vida⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ Antes art. 145.6 LGSS/1994.

⁶⁸⁷ 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 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 PIÑEYROA 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 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), op. cit., p. 56).

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 vida⁶⁸⁸, 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.

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 atiende”⁶⁸⁹, no hace lo mismo en el art. 364.6 con respecto al

⁶⁸⁸ 15 o más puntos en necesidad de tercera persona.

⁶⁸⁹ 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.). 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, 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 concreta 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 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.), 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

complemento por necesidad de concurso de otra persona, aunque tal finalidad parece inferirse de su redacción⁶⁹⁰.

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 el caso 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 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.

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, 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 hay 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

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).

⁶⁹⁰ 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).

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”⁶⁹¹. 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 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

⁶⁹¹ El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, teniendo en cuenta la finalidad del complemento de Gran invalidez, 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 el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, 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, que, a su vez, traía causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, se incluían una serie de compromisos que implican modificaciones en normas con rango de Ley.

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 diciembre⁶⁹², que era del 50% de la cuantía de la pensión de Incapacidad permanente absoluta⁶⁹³.

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

⁶⁹² 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).

⁶⁹³ 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 completa. 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*,

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 el año 2019 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 en 495 euros/mes, para menores de 60 años, y en 599 euros/mes para aquellos cuya edad este 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 222,75 (495 x 45%) o 269,55 (599 x 45%) euros/mes, respectivamente⁶⁹⁴, y estas cantidades resultan inferiores al 45% de la base mínima de

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).

⁶⁹⁴ 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

cotización vigente en el año en curso, 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. Y esta característica 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 invalidez⁶⁹⁵. 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.

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

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.

⁶⁹⁵ 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 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, incluso siendo el beneficiario la misma persona, la prestación será mayor cuando la causa de la incapacidad sea profesional.

que se encuentra el beneficiario del mismo⁶⁹⁶. 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.

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 asistencial⁶⁹⁷.

⁶⁹⁶ En 2020, la cuantía del referido complemento es de 2.769, 20 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 197,80 euros.

⁶⁹⁷ 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 BOTIJA, 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 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

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 posible a petición del inválido o de sus representantes legales, autorizar, siempre que se considerase conveniente en beneficio de aquél⁶⁹⁸, 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 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).

⁶⁹⁸ 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. La petición podrá ser formulada en cualquier momento; el gran inválido o sus representantes legales podrán igualmente decidir, en cualquier momento, con carácter vinculante para la Entidad Gestora o Mutua Patronal que haya autorizado la referida sustitución, que ésta quede sin efecto”.

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., 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).

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 posible⁶⁹⁹. 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 económico⁷⁰⁰.

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 Social⁷⁰¹, encontraría su justificación en

⁶⁹⁹ 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*, nº 94, p. 150, citado por BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, op. cit., p. 284).

⁷⁰⁰MELÉNDEZ 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).

⁷⁰¹ 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

el hecho de que en ese momento ya estaba 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 beneficiarse⁷⁰². Sin embargo, en ese momento la creación de

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 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). 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 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).

⁷⁰² 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).

dicha red todavía “necesitaría importantes inversiones y esfuerzos durante bastante tiempo”⁷⁰³.

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, por los motivos apuntados anteriormente, la posibilidad de hacerle frente es mucho más improbable en el caso de las personas amparadas por el supuesto especial de la invalidez.

En otro orden de cosas, el complemento de GI no se puede obtener después de cumplir la edad de jubilación, 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 contributiva⁷⁰⁴.

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

⁷⁰³ 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).

⁷⁰⁴ 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 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 2019, la pensión de invalidez no contributiva es compatible con el salario por trabajo hasta un límite de 11.942.03 euros anuales.

Si se supera dicha cantidad, la pensión se minorará para no sobrepasar el límite establecido.

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.

Por otra parte, 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.

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 conformidad 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 invalidez⁷⁰⁵. Para que esta pueda ser finalmente reconocida será necesario tramitar el correspondiente expediente, previa comprobación de que el interesado cumple todos los requisitos en el art. 363.1 LGSS/2015⁷⁰⁶.

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 estableció en la Seguridad Social las prestaciones no contributivas⁷⁰⁷; en el RD 1971/1999 y en el RD 286/20003, de 7 de marzo, 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 julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ 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).

⁷⁰⁶ 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)

⁷⁰⁷ BOE 22 de diciembre de 1990.

⁷⁰⁸ 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 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, tendrá 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

No solo el procedimiento de calificación es diferente, también lo son los órganos competentes para resolver sobre el derecho a percibir o no las prestaciones económicas correspondientes, que según se trate de la modalidad contributiva y en la no contributiva, y están adscritos a administraciones diferentes. 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 CCAA que tienen transferidas las funciones y servicios del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO). Solo en las ciudades 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 materia⁷⁰⁹.

La valoración en el caso de la invalidez no contributiva difiere totalmente de la utilizada en el caso de las incapacidades laborales permanentes.

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, igual que para la valoración de la discapacidad cuyo grado esté comprendido entre un 33% y un 64%, a efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, el grado de discapacidad o de enfermedad crónica padecida, que en este caso 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 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

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.

⁷⁰⁹ 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.

aplicación reviste una gran complejidad⁷¹⁰. 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 baremos⁷¹¹.

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 diciembre⁷¹².

⁷¹⁰ 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.

⁷¹¹ 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 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).

⁷¹² 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

Hasta ese momento la situación de dependencia y la necesidad del concurso de tercera persona, a efectos del reconocimiento del complemento del 50% por necesidad de concurso de otra persona 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 septiembre⁷¹³ modificó la letra a) del art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, y estableció 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. La referida necesidad se estimará acreditada cuando de la aplicación de dicho baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a

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.

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.

⁷¹³ 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”.

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 Territorial de Servicios sociales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD)⁷¹⁴.

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 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%”⁷¹⁵.

Sin embargo, 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 efectividad⁷¹⁶.

⁷¹⁴ 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 requerirlos 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”.

⁷¹⁵ 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 1ª del RD 1971/1999).

⁷¹⁶ 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

El apartado primero de la Disposición adicional primera del RD 174/2011 dispone 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”⁷¹⁷.

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.

El reconocimiento de la situación de dependencia deberá realizarse por los órganos correspondientes, a instancias de la persona interesada o de quien ostente su representación, tanto en el caso de las personas que ya tengan 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.

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:

- 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.

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.

⁷¹⁷ 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.

- 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 deban acreditarlo ante una Administración pública.

Los órganos de valoración de la situación de dependencia emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir.

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 responsables⁷¹⁸.

El referido Baremo de Valoración de Dependencia (en adelante, BVD) distingue tres grados de dependencia: moderada, severa y gran dependencia.

- 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

⁷¹⁸ 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.

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.

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

de apoyo intermitente o limitado para 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) 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

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”.

“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 dependencia⁷¹⁹.

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”.

Este beneficio 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 al referido beneficio fiscal deberían someterse a la valoración de su grado de dependencia conforme al baremo establecido en el RD

⁷¹⁹ 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.

174/2011 y obtener el reconocimiento bien del grado de dependencia severa, bien del grado de Gran dependencia.

Ahondando más en esta cuestión, debe insistirse en que una particularidad que presentan las personas en situación de Gran invalidez es que son automáticamente consideradas personas dependientes y personas con discapacidad, por lo que podrán acceder a beneficios sociales y tributarios reconocidos tanto para las personas dependientes como para las personas discapacitadas. Eso sí, no podrán beneficiarse de todos ellos sin someterse previamente a la valoración de su grado de dependencia y/o de su grado de discapacidad conforme a los baremos establecidos, que no son los mismos para ambas categorías, porque la situación de Gran invalidez solo resulta automáticamente equiparable al grado de dependencia moderada, el más leve, y el porcentaje de discapacidad que se reconoce automáticamente a las personas en tal situación es del 33%, el mínimo para poder ser considerado persona con discapacidad.

Esta circunstancia implica que la persona que tenga reconocida la situación de Gran invalidez podrán disfrutar de beneficios sociales y fiscales por su doble condición de persona dependiente y de persona por discapacidad. Por lo que respecta a los previstos para estos últimos podrá disfrutar automáticamente de los beneficios previstos para las personas con discapacidad del 33%, mientras que para poder beneficiarse de los establecidos a partir de un 65% de discapacidad tendría que pasar por la correspondiente valoración de su discapacidad conforme a lo regulado en el RD 1971/1999.

A diferencia de las personas que tengan reconocido el complemento por Gran invalidez, que son automáticamente consideradas personas con discapacidad, las personas dependientes no lo son. Y 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 discapacidad⁷²⁰. Tal condición puede deducirse del hecho de que tanto en el baremo de

⁷²⁰ 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). CER EJIDO 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

discapacidad establecido en el RD 1971/1999 como en 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 obtendrá el reconocimiento de un porcentaje elevado. No obstante, al no operar una equiparación automática como en el caso de la Gran invalidez, la persona dependiente que pretenda obtener la consideración de discapacitado siempre tendrá que solicitar la valoración de su discapacidad conforme al baremo establecido y podría decidir no hacerlo⁷²¹, en cuyo caso perdería los beneficios sociales y tributarios establecidos para las personas con discapacidad y no para las personas dependientes.

Obviamente, el sujeto en situación de Gran invalidez también podría decidir no someterse a la valoración de su discapacidad conforme al baremo del RD 1971/1999 y conformarse, por tanto, con esa equiparación automática que le atribuye la condición de persona con discapacidad en el porcentaje mínimo del 33%, en cuyo caso podría 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 quiere obtener los beneficios fiscales previstos para las personas con discapacidad siempre deberá 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 tributarios⁷²².

En síntesis, puede decirse que los beneficios sociales y fiscales aplicables a dependientes y discapacitados son distintos y ambas condiciones no siempre coinciden en la misma persona. Incluso en el caso de que así sea, deberán ser reconocidas de forma

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 discapacidad. 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).

⁷²¹ 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).

⁷²² 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).

independiente, lo que significa que si las personas dependientes conforme a la Ley de Dependencia quisieran disfrutar de los beneficios sociales o tributarios reconocidos a las personas con discapacidad deberán someterse a la valoración del Baremo de discapacidad, y 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 174/2011⁷²³.

Por el contrario, las personas en situación de Gran invalidez siempre verán reconocida su doble condición de persona con discapacidad y persona dependiente, incluso en el hipotético caso de que decidieran no pasar por las correspondientes valoraciones de su discapacidad y dependencia conforme a los distintos baremos establecidos al efecto. Sin embargo, los beneficios sociales y fiscales que podrán obtener en estos casos serán los previstos para el porcentaje mínimo que otorga la consideración de persona con discapacidad y de persona con grado de dependencia moderada.

El grado de minusvalía 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.

⁷²³ 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 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).

CAPÍTULO 3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR GRAN INVALIDEZ

1. Requisitos exigidos para poder acceder a la Gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

Conforme a lo dispuesto en el art. 195. LGSS/2015, el acceso a las prestaciones de Incapacidad permanente requiere “la condición general exigida en el art. 165.1 de la misma norma, precepto que establece como requisito general para tener derecho a las prestaciones del nivel contributivo de protección que el potencial beneficiario se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida.

Pero lo cierto es que esta exigencia va a afectar solo al acceso a las Incapacidades permanentes derivadas de contingencias comunes, porque para aquellas que sean debidas a accidente de trabajo o enfermedad profesional rige la institución del alta presunta o de pleno derecho a la que se refiere el art. 166.3 LGSS/2015.

De este modo, para poder acceder a la situación de Gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social se exige que los beneficiarios reúnan distintos requisitos en función de la causa, común o profesional, de la que derive la Incapacidad permanente.

Sin entrar por el momento en detalles, cabe indicar que cuando la causa de la Gran invalidez sea una enfermedad común o un accidente no laboral, para tener derecho a las prestaciones económicas de Gran invalidez, el beneficiario tiene que cumplir tres requisitos:

- Como regla general, debe estar en alta o en situación asimilada al alta, aunque excepcionalmente se admite también el acceso desde una situación de no alta⁷²⁴.

⁷²⁴ El art. 1 de la Ley 26/1985, de 31 de julio, introdujo la posibilidad de que los interesados pudieran acceder a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez derivada de contingencias comunes desde una situación de no alta, siempre reunieran el periodo de cotización establecido en el art. 2 de la misma norma (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).

- Acreditar el cumplimiento del periodo previo de cotización exigido, que será distinto en función de la situación en la que se encuentre el trabajador, de alta/situación asimilada a la de alta o no alta, y en el primer caso de la edad del sujeto.

- No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205.1, a) y Disposición transitoria séptima de la LGSS/2015.

Por el contrario, cuando la Gran invalidez sea debida a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, para tener derecho a las prestaciones económicas es suficiente con que el trabajador esté en alta o en situación asimilada al alta, porque no se exige acreditar periodo de carencia alguna y además es posible optar por la prestación de Incapacidad permanente incluso si se cumplen los requisitos exigidos para el acceso a la pensión de jubilación contributiva. Pero incluso la acreditación del único requisito que se pide en este caso, el de estar en alta en el momento de sobrevenir la contingencia invalidante, se suaviza sobremanera cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena. Y ello porque, como se verá más adelante, cuando el empresario haya incumplido su obligación de afiliar y/o dar de alta al trabajador que ingrese en su empresa, al derivar la contingencia de una causa profesional, regirá el alta de pleno derecho y, consecuentemente, resultará aplicable el principio de automaticidad de las prestaciones.

Una vez constatada, si quiera sea sucintamente, la mayor rigurosidad predicable de las exigencias requeridas al sujeto que pretenda acceder a las prestaciones por Gran invalidez, y con carácter general a todas las pensiones de Incapacidad permanente, cuando la causa de tal situación sea una contingencia común, conviene concretar a continuación en qué consiste cada uno de tales requisitos.

1.1. Acceso a la Gran invalidez derivada de contingencias comunes.

A la Gran invalidez derivada de enfermedad común y accidente no laboral se puede acceder desde una situación de alta o asimilada al alta, e incluso desde una situación de no alta. No obstante, el periodo previo de cotización exigido varía en atención a la situación en la que el trabajador se encuentre: alta/ situación asimilada al alta, por un lado, o situación de no alta, que no sea a su vez una de las situaciones previstas como asimiladas al alta, por otro.

En el caso de que el acceso a la situación de Gran invalidez se produzca hallándose el trabajador en situación de alta o asimilada al alta, habrá que calcular el periodo de carencia

genérica y, en su caso, específica que se le exige en función de su edad; mientras que si el trabajador se encuentra en situación de no alta, el periodo de cotización que deberá acreditar es de 15 años, tres de los cuales deben estar comprendidos dentro de los 10 años anteriores al hecho causante.

Debe tenerse en cuenta que siempre que se acceda a la pensión de Gran invalidez desde una situación en la que no exista obligación de cotizar, el periodo de referencia para acreditar las cotizaciones requeridas como carencia específica se computará hacia atrás desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar. Este criterio del Tribunal Supremo, la llamada “doctrina del paréntesis”⁷²⁵, tiene actualmente su reflejo en lo establecido en el ordinal 3 del art. 195 LGSS/2015, que establece lo siguiente: “ En los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar, el período de los diez años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, una quinta parte del período de cotización exigible se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar”.

1.1.1. Acceso desde una situación de alta, desde una situación asimilada a la de alta y desde una situación de no alta.

El art. 165 LGSS/2015 establece las condiciones exigidas para causar derecho a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. Así, conforme indica su apartado 1, las personas incluidas en el ámbito subjetivo de aplicación de este Régimen⁷²⁶

⁷²⁵ Véase RIVAS VALLEJO, P. (2000): “Acerca de la teoría del paréntesis y su aplicación a las bases reguladoras de la pensión de incapacidad permanente ¿compatibilidad paréntesis- integración?: STSJ Asturias 20 octubre 2000 (AS 2000,3207)”, *Aranzadi Social*, Nº 3, PP. 2988- 2994.

⁷²⁶ Sobre las inclusiones obligatorias en el Régimen General de la Seguridad, materia regulada en el art. 136 de la LGSS/2015, y acerca de los requisitos de afiliación y alta formal, véase en extenso GARCÍA NINET, J.I. (2019): *Manual básico de Seguridad Social* (directores: GARCÍA NINET, J.I; VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA VIÑA, J.), Barcelona (Ed. Atelier, 2ª edición), pp.88 a 90 y 95 a 102).

podrán beneficiarse de las prestaciones que incluye su acción protectora siempre que cumplan:

Con el requisito general de estar afiliadas⁷²⁷ y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida⁷²⁸, salvo disposición legal expresa en contrario.

Con los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una de ellas.

De esta forma, como dispone el art. 195.1 de la LGSS/2015, para poder ser beneficiario de las pensiones de Incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social, el interesado deberá estar incluido en dicho régimen; haber sido declarado en situación de Incapacidad permanente, y reunir, además del requisito general exigido en el artículo 165.1 de la misma norma⁷²⁹, otro específico, de cotización, aunque este último cuando se accede desde una situación de alta o desde una situación asimilada al alta, solo se exige si la causa de la Incapacidad permanente es una enfermedad común. Por el contrario, tal como dispone el último inciso del art. 195.1 de la LGSS/2015, cuando la contingencia sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional no se

⁷²⁷ Mediante el acto administrativo de afiliación, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce la condición de sujeto incluido en el sistema de la Seguridad Social, con los efectos establecidos en la Ley, a la persona física que por vez primera realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo (art. 6 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General, sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero de 1996. Entrada en vigor: 1 de marzo de 1996).

⁷²⁸ El art. 9.1 del RD 84/1996 dispone que siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y específicos establecidos, la afiliación al sistema de la Seguridad Social y el alta en el Régimen correspondiente producirán los derechos y obligaciones que, para dichas situaciones, se establecen en la Ley General de la Seguridad Social y en las normas reguladoras de los distintos Regímenes de la Seguridad Social, así como en el propio RD 84/1996 y en las demás disposiciones complementarias.

Sobre exigencia de los requisitos de afiliación y alta o situación asimilada al alta para los beneficiarios de las prestaciones económicas de Incapacidad permanente, véase también el art. 19 de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 8 de mayo).

⁷²⁹ El hecho causante es el momento en que debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos que permiten acceder a una determinada prestación y entre ellos, por supuesto, el de alta o situación asimilada al alta. De conformidad con el art. 13.2 de la OM de 18 de enero de 1996, el hecho causante de la prestación se entenderá producido en la fecha en la que se haya extinguido la Incapacidad temporal de la que se derive la Incapacidad permanente, mientras que en los supuestos en que la Incapacidad permanente no esté precedida de una Incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (art. 13.2 OM de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social (BOE de 26 de enero). Ahora bien, debe decirse que la determinación del momento en que debe acreditarse el requisito general de encontrarse en alta o en situación asimilada a la de alta para el acceso a la Incapacidad permanente ha sido interpretada por la doctrina jurisprudencial de forma flexible, evitándose de esta forma la desprotección de beneficiarios con largas carreras de seguro en los que existan circunstancias que justifiquen la ausencia de alta. En estos casos, el cumplimiento del requisito de alta deberá verificarse en un momento anterior, en concreto, en la fecha en que apareció la incapacidad. Sobre este aspecto, véase SSTS de 9 de octubre de 1995 (Rec. 1238/1995. RJ 1995,7675); de 26 de marzo de 2002(EDJ 10449) y de 17 de enero de 2002 (EDJ 2621).

exigirá ningún período previo de cotización. Todo ello sin perjuicio de que cuando el acceso a la protección por Incapacidad permanente absoluta o por Gran invalidez debidas a accidente no laboral se produzca desde una situación de no alta sí será exigible un periodo previo de cotización genérico y otro específico, el mismo que se pide para el acceso a tales grados desde la misma situación cuando la Incapacidad permanente sea debida a enfermedad común.

De este modo, si se accede a la situación de Gran invalidez derivada de enfermedad común desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, para poder ser beneficiario de las prestaciones económicas correspondientes se exige tener cubierto el período mínimo de cotización establecido en el apartado 3 del art. 195 de la LGSS/2015, que es distinto en función de si el trabajador tiene o no cumplidos en la fecha del hecho causante los 31 años de edad. Por el contrario, cuando la causa de la Gran invalidez sea un accidente no laboral, para tener derecho a las prestaciones correspondientes a tal grado bastará con que el beneficiario se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta, ya que no se pide periodo previo de cotización alguno. Sin embargo, esto no será así, como se verá más adelante, cuando el acceso a la situación de Gran invalidez se produzca desde una situación de no alta que no sea una de las consideradas situaciones asimiladas al alta, pues en tal caso para poder ser beneficiario de las prestaciones económicas correspondientes se requiere la acreditación de un periodo de carencia, que siempre es el mismo, tanto si la causa de la Gran invalidez es una enfermedad común como si es un accidente no laboral.

Mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona que inicia una actividad laboral o se encuentra en una situación asimilada a la misma, su inclusión en el ámbito de aplicación subjetivo del régimen que proceda en atención a la naturaleza de dicha actividad⁷³⁰. Por tanto, para que el trabajador sea dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social la actividad que inicie

⁷³⁰ Mediante el acto administrativo de alta, la Tesorería General de la Seguridad Social reconoce a la persona, que inicia una actividad o se encuentra en una situación conexas con la misma, su condición de comprendida en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social que proceda en función de la naturaleza de dicha actividad o situación, con los derechos y obligaciones correspondientes (art. 7 RD 84/1996, de 26 de enero).

debe ser una de las que determinan la inclusión en tal régimen, que sigue siendo en la actualidad el que incluye a un mayor número de trabajadores.

El alta resulta obligatoria para las personas comprendidas en el campo de aplicación del RGSS⁷³¹. Puede ser única, cuando el trabajo que se esté realizando y que haya dado lugar a la inclusión en tal régimen sea el primero y único para el trabajador, o múltiple. En este último caso, las altas pueden ser sucesivas, cuando a lo largo de la vida laboral se han realizado varios trabajos en distintos periodos de tiempo, o simultáneas, cuando dentro de un mismo tramo temporal se están llevando a cabo distintas actividades laborales. Con respecto a las altas simultáneas deben distinguirse los supuestos de pluriempleo de los de pluriactividad. Los primeros determinan altas simultáneas en el mismo régimen de la Seguridad Social, una por cada trabajo realizado, mientras que las situaciones de pluriactividad conllevan la obligación de darse alta simultáneamente en distintos regímenes del sistema de la Seguridad Social, una por cada actividad iniciada.

De esta forma, la situación de pluriempleo es la propia de un trabajador por cuenta ajena que presta servicios para dos o más empresas distintas, realizando actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social, mientras que en situación de pluriactividad puede encontrarse un trabajador por cuenta propia y/o ajena, que se dedique simultáneamente a actividades que den lugar a su inclusión en dos o más regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social.

En cualquier caso, por lo que a los requisitos exigidos para poder ser beneficiario de las prestaciones de Gran invalidez del Régimen General respecta, lo que se exige es que, en razón de una o varias de las actividades realizadas simultáneamente, el trabajador haya sido dado de alta en tal régimen de la Seguridad Social.

Las altas de los trabajadores en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda se solicitarán a nombre de cada trabajador y se promoverán ante la Tesorería General de la Seguridad Social en cualquiera de las formas previstas para la afiliación en el artículo 23 del RD 84/1996, de 26 de enero⁷³².

⁷³¹ Con carácter general, el art. 7.2 del RD 84/1996 establece que el alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social es obligatoria para las personas comprendidas en el sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva.

⁷³² Art. 29.1 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General, sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

La competencia para reconocer el derecho a la afiliación y al alta, una vez efectuadas las pertinente operaciones de comprobación, corresponde a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o la Administración de la misma en la provincia en que se encuentre abierta la cuenta de cotización del empresario al que presta servicios el trabajador por cuenta ajena. La desestimación de la afiliación y el alta deberá adoptarse por resolución motivada, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho y en la que consten la forma y el plazo establecidos para su impugnación⁷³³.

En el Régimen General, el empresario es el sujeto obligado a solicitar el alta, y en su caso la afiliación de los trabajadores no afiliados, que inicien la prestación de servicios en su empresa⁷³⁴. En caso de incumplimiento por parte del empresario, el alta, también podrá ser promovida a instancia del propio trabajador por cuenta ajena, en cuyo caso la TGSS dará cuenta de la misma a la Inspección de Trabajo al objeto de las comprobaciones y efectos que procedan, o de oficio por la propia TGSS⁷³⁵.

El incumplimiento por parte del empresario de su obligación de comunicar a la TGSS el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores que ingresen en su empresa a fin de que puedan ser dados de alta, tiene una importante repercusión sobre la posibilidad de obtener las prestaciones de Incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes porque en este caso, a diferencia de lo que acontece con las mismas prestaciones cuando la Incapacidad permanente es debida a contingencias profesionales, no rige lo establecido en el art. 29.2 del RD 84/1996, de 26 de enero⁷³⁶.

De este modo, el incumplimiento por parte del empresario de sus obligaciones en materia de los actos de encuadramiento de afiliación y/o alta determinará su responsabilidad en

⁷³³ Art. 33 RD 84/1996, de 26 de enero.

⁷³⁴ La solicitud de afiliación a la Seguridad Social implicará la de alta inicial en el Régimen de la misma que corresponda, debiendo aportarse los datos y, si procediere, los documentos establecidos en los artículos 30 y siguientes de este Reglamento (segundo párrafo del art. 24.2 LGSS/2015).

⁷³⁵ Art. 139, apartados 1 y 2 LGSS/2015 y arts. 29.1 y 32.3 RD 84/1996, de 26 de enero.

⁷³⁶ Los trabajadores por cuenta ajena y asimilados incluidos en el campo de aplicación de los regímenes del sistema de la Seguridad Social se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta en ellos a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, desempleo, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones al respecto. Igual norma se aplicará a los exclusivos efectos de la asistencia sanitaria por enfermedad común, maternidad y accidente no laboral.

Respecto de las restantes contingencias se estará a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 125 de la Ley General de la Seguridad Social.

Lo establecido anteriormente se entiende sin perjuicio de la obligación de los empresarios de solicitar el alta de sus trabajadores en el Régimen que corresponda conforme a lo dispuesto en este artículo y en los siguientes y de las responsabilidades empresariales a que haya lugar (art. 166.4 LGSS/2015 y art. 29.2 RD 84/1996, de 26 de enero).

orden al pago de las prestaciones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes. Sin embargo, pese a tener derecho a la prestación, el trabajador podría no percibirla cuando se trate de una empresa desaparecida o de una que, por su especial naturaleza, no pueda ser objeto de apremio. Y esto será así porque al no encontrarse en situación de alta real o formal y no regir el alta de pleno derecho, no será posible aplicar la automaticidad de las prestaciones derivadas de contingencias comunes, que solo cabe en el caso de que el incumplimiento del empresario fuera en materia de cotización, bien porque no se hubiera cotizado en absoluto, bien porque lo hubiera hecho en cantidad inferior a la que correspondía⁷³⁷. Por el contrario, para las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, los trabajadores se considerarán en situación de alta de pleno derecho y, por tal motivo, pese a la inexistencia de alta real o formal, se aplicará el principio de automaticidad de las prestaciones, de forma que las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes anticiparán las prestaciones y se subrogarán en los derechos y acciones que le corresponden al trabajador frente al empresario incumplidor⁷³⁸.

Si el trabajador no se encuentra en situación de alta en el momento de sobrevenir la contingencia o situación protegida, puede cumplir también con el requisito general exigido en el art. 165.1 para poder acceder a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social si se encuentra en alguna de las situaciones consideradas como asimiladas a la de alta para la prestación de que se trate.

Así, las situaciones asimiladas al alta son aquellas específicamente recogidas bien en una norma legal, bien en normas reglamentarias, en las que, como regla general, se ha producido un cese temporal o definitivo de la prestación de servicios después de un

⁷³⁷ Para las prestaciones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, si el trabajador se encontrara en alta real o formal, la automaticidad de las prestaciones resultaría plenamente aplicable. Pero si no se encuentra afiliado y en alta, ni la Entidad Gestora ni la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social deben anticipar la prestación (STS de 14 de junio de 2000, EDJ 13908, y STSJ Cataluña de 26 de enero de 2010, EDJ 32025). En este caso, su actividad se limita a calcular y recibir el capital coste de la pensión que ha de constituir en ella la empresa para el consiguiente pago al pensionista. Se exceptúan de la aplicación de estas normas previstas para las prestaciones derivadas de contingencias comunes la prestación de asistencia sanitaria derivada de enfermedad común, accidente no laboral y maternidad. Con respecto a ella, todos los trabajadores incluidos en el RGSS se considerarán en situación de alta de pleno derecho, por lo que en estos casos, aunque le empresario haya incumplido sus obligaciones de afiliación y/o alta o de cotización, la prestación será facilitada por la Entidad Gestora, de forma directa e inmediata, quedando el empresario obligado a reintegrar los gastos que haya conllevado el tratamiento dispensado al trabajador o a los familiares beneficiarios.

El alta tardía, siempre que sea anterior a la fecha del hecho causante no exonera a la Entidad Gestora de la obligación de anticipar la prestación (STS de 19 de junio de 2000, EDJ 27799).

⁷³⁸ Art. 167.3 LGSS/2015.

periodo de alta real o formal en el Régimen General de la Seguridad Social. Siempre que el trabajador se encuentre en alguna de las situaciones previstas como asimiladas a la de alta, se considerará cumplido el requisito general exigido en el art. 165.1 LGSS/2015 para poder acceder a la misma exactamente igual que si se encontrara en situación de alta.

Así lo indica con claridad, el apartado art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero⁷³⁹ cuando expone que: “Continuarán comprendidos en el campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones (...)”, para después de enunciarlas, establecer en el apartado 2º del mismo artículo que “las situaciones a que se refiere el apartado anterior serán asimiladas a la de alta “respecto de las contingencias, en las condiciones y con los efectos que para cada una de ellas se establecen en este Reglamento y en las demás normas reguladoras de las mismas”.

También el artículo 166 del vigente texto de la LGSS, en sus apartados 1, 2 y 3, establece situaciones asimiladas a la de alta a efectos del acceso a determinadas prestaciones: la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia; la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato⁷⁴⁰; los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social.

El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, ya que de acuerdo con el inciso final del artículo 166.3 LGSS, los demás casos que señale el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social⁷⁴¹, “podrán ser asimilados a la situación de alta

⁷³⁹ Arts. 36, apartados 1 y 2 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General, sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE de 27 de febrero de 1996. Entrada en vigor: 1 de marzo de 1996).

⁷⁴⁰ Salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural (art. 166 LGSS/2015).

⁷⁴¹ Antes, Ministerio de Empleo y Seguridad Social (de 2011 a 2018); después Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y actualmente se ha separado en dos Ministerios: el Ministerio de Trabajo y Economía Social y el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

para determinadas contingencias, con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan”.

De esta forma, en concreto, teniendo en cuenta lo establecido en las normativas legales y reglamentarias que resulta de aplicación, las situaciones asimiladas al alta a efectos de poder acceder a las prestaciones de Incapacidad permanente, incluidas, por supuesto las correspondientes al grado de Gran invalidez, son las que se enuncian a continuación⁷⁴²:

1.º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo⁷⁴³.

⁷⁴² Estas situaciones asimiladas al alta están previstas en el art. 166 (apartados 1,2 y 3) de la LGSS/2015; en el art. 36 del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996; en el art. 20 de la Orden de 15 de abril de 1969 y otras normas concordantes.

⁷⁴³ Art. 166.1 LGSS/201; art. 36.1.1 del RD 84/1996 y art.20.1.c) y d) de la Orden de 15 de abril de 196, si bien la previsión prevista en la norma de menor rango relativa a que el trabajador desempleado debe haber agotado las prestaciones y tener más de 55 años no resulta exigible por en aplicación del principio de jerarquía normativa (véase GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), Navarra (Editorial Aranzadi Lex Nova, 2ª edición) pp. 932 y 933).

El Tribunal Supremo ha considerado como situación asimilada a la de alta para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente la situación de desempleo con inscripción como demandante de empleo sin que existan interrupciones en sus Sentencias de 29 de mayo de 1992 (EDJ 5483) y de 17 de enero de 2002 (EDJ 2621). Incluso ha admitido que existan intervalos en los que no exista inscripción como demandante de empleo o de interrupción de su permanencia en ella, de poca duración y por motivos justificados, como el tipo de enfermedad padecida o circunstancias personales del sujeto que impidan el trabajo (SSTS de 9 de octubre de 1995 (EDJ 5569); de 12 de julio de 1988 (EDJ 6175); de 26 de enero de 1998 (RJ 1998,1056); de 16 de diciembre de 1999 (EDJ 40032); de 14 de abril de 2000 (EDJ 11266); de 5 de julio de 5 de julio de 2000, RJ 2000, 7194); de 12 de julio de 2004 (EDJ 135220); de 4 de abril de 2007 (EDJ 33273); de 30 de junio de 2008 (EDJ 155934).

LIMÓN LUQUE, resume los supuestos excepcionales en los que no será precisa la inscripción continuada como demandante de empleo. Estos supuestos, de acuerdo con la doctrina contenida en las SSTS de 9 de noviembre de 1999 (Rcud. 4916/1998); de 14 de abril de 2000(Rcud. 1721/1999) y 25 de julio de 2000(Rcud.4436/1999), serían, entre otros, aquellos en que la dolencia aparece en fecha anterior o coetánea a la interrupción de la inscripción y deteriora gravemente la voluntad del trabajador (“enfermedad mental”, etilismo crónico, adicción prolongada a otras drogas, etc.) introduciendo un desorden en su vida cotidiana que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la oficina de empleo. También se admitió la inscripción como demandante de empleo producida con posterioridad a una Incapacidad temporal que había sido impugnada judicialmente, pero cuando todavía no ha recaído sentencia firma confirmando o revocando el alta médica (LIMÓN LUQUE, M.A. (2009): *Ley General de Seguridad Social comentada (comentada y con jurisprudencia)*. VV.AA. (directores MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J. coordinadora: CASTRO ARGÜELLES, M.A), Madrid (Ed. La Ley, 1ª edición), p. 1092).

También las salas de lo Social de distintos TSJ han admitido ocasionalmente que haya intervalos de no inscripción. Véase STSJ Granada de 28 de enero de 2009 (EDJ 51949); STSJ Cataluña de 8 de enero de 2010 (EDJ 27087); STSJ Sta. Cruz de Tenerife de 20 de junio de 2016 (EDJ 161378).

Incluso la STS de 10 de noviembre de 2003 (EDJ 187386) consideró como situación asimilada a la de alta, a efectos de acceder a la pensión de Incapacidad permanente absoluta, la situación de un perceptor de la prestación asistencial de desempleo que no se encontraba inscrito en la oficina de empleo, pues dado su estado de salud no podía realizar ningún trabajo.

2ª La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas antes de la finalización del contrato⁷⁴⁴.

3º La excedencia forzosa⁷⁴⁵.

4º El periodo de tiempo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado de cotización efectiva en el art. 237 LGSS/2015⁷⁴⁶.

5º El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional⁷⁴⁷.

6º La suscripción de Convenio especial en sus diferentes tipos⁷⁴⁸.

⁷⁴⁴ Art. 166.1 de la LGSS/2015. Véase STSJ Valladolid de 26 de septiembre de 2016 (EDJ 178285). Sobre situación asimilada al alta durante los periodos correspondientes a la tramitación procesal del despido, en los casos en que existe obligación de cotizar, véase STS de 3 de noviembre de 2009, Rec. 1434/2009 (RJ 2010,1147).

⁷⁴⁵ Art. 166.2 LGSS/2015 y art. 36.1.2 RD 84/1996.

⁷⁴⁶ Art. 36.1.3 RD 84/1996. Sobre excedencia por cuidado de hijo con reserva de puesto de trabajo, incluso aunque se esté desarrollando una actividad profesional mientras dure la excedencia en otro trabajo, en la medida que el nuevo trabajo resulte compatible con el cuidado del menor, véase STS de 10 de febrero de 2015 (EDJ 21851).

⁷⁴⁷ Art. 36.1.5 del RD 84/1996. El art. 2 de la OM de 27 de enero de 1982 establece que no se encontrarán en situación asimilada a la de alta los trabajadores que se encuentren en alguno de los supuestos siguientes: “1. Traslado al territorio de un país con el que España tenga suscrito un Convenio en virtud del cual el trabajador continúe sometido a la legislación española con obligación de cotizar a su Seguridad Social durante el tiempo de su traslado por la Empresa. 2. Traslado al territorio de un país con el que España tenga suscrito Convenio sobre Seguridad Social y en el que, de acuerdo con tal Convenio, sea obligatoria la afiliación a su Seguridad Social y se establezca el reconocimiento de las cotizaciones realizadas en dicho país a efectos de la Seguridad Social española, sin obligación por tanto, de cotizar a la misma”. No obstante, “los trabajadores a que se refiere el mismo serán considerados en situación asimilada a la de alta a efectos de aquellas contingencias del Régimen General de la Seguridad Social no incluidas en la acción protectora dispensada por el país de traslado, manteniéndose la obligación de cotizar a la Seguridad Social española por dichas contingencias” (art. 3.1 OM de 27 de enero de 1982, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de Empresas españolas (BOE de 16 de febrero de 1982).

⁷⁴⁸ Art. 36.1.6 del RD 84/1996. Véase la OM TAS /2865/2003, de 13 de octubre (BOE de 18 de octubre), que regula todas las modalidades de Convenios especiales con la Seguridad Social. Con la finalidad de facilitar la suscripción de Convenios especiales con la Seguridad Social, tanto en cuanto al plazo para solicitarlo como en cuanto a los requisitos exigibles para suscribirlos, así como de completar las lagunas que existían en la regulación de algunos de ellos, se refundieron en este texto normativo único a nivel de Orden Ministerial las diversas disposiciones de este rango reguladoras de los convenios especiales hasta entonces.

El objeto del Convenio especial será: la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social por tales contingencias. Como regla general, quedarán excluidas las situaciones de Incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor (antes maternidad/paternidad), riesgo durante el embarazo y los subsidios

7º Los periodos de inactividad entre trabajos de temporada⁷⁴⁹.

8.º Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio⁷⁵⁰.

9.º La situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debida a dicha contingencia⁷⁵¹.

10º La situación de los trabajadores que cesen en sus empresas a causa de procesos de reconversión y reindustrialización. Durante los periodos de percepción de la ayuda equivalente a la jubilación anticipada y de ayuda previa a la jubilación ordinaria. Durante el periodo de percepción de la ayuda equivalente a la jubilación anticipada prevista en la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre Reconversión y Reindustrialización, el beneficiario

correspondientes a las mismas. También quedarán excluidas del convenio especial la cotización y la protección por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional (art. 1 y 2 de la citada OM). El convenio especial se suscribirá con la TGSS, como regla general por el trabajador o asimilado que cause baja en el Régimen de la Seguridad Social en que se halle encuadrado y no esté comprendido en el momento de la suscripción en el campo de aplicación de cualquier otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social. No obstante, entre otros, también podrán suscribirlo los pensionistas de Incapacidad permanente total para la profesión habitual que, con posterioridad a la fecha de efectos de la correspondiente pensión, hayan realizado trabajos determinantes de su inclusión en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social y se encuentren en las situaciones previstas en los apartados anteriores (art. 2.2. e) OM /2865/2003); los pensionistas de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, que sean declarados plenamente capaces o con incapacidad permanente parcial para la profesión habitual como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría o error de diagnóstico (art. 2.2. g) OM /2865/2003) y por los pensionistas de incapacidad permanente o jubilación a quienes se anule su pensión en virtud de sentencia firme o se extinga la misma por cualquier otra causa (art. 2.2. h) OM /2865/2003).

También, pese al silencio de la norma, se entiende que por analogía también podrían suscribir el Convenio especial los pensionistas de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez, dada la amplísima regla de compatibilidad entre pensión y trabajo que establece el art. 198.2 LGSS/2015.

En la fecha de solicitud del convenio especial se exige tener cubierto un período de mil ochenta días de cotización al Sistema de la Seguridad Social en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social de que se trate. En el caso de pensionistas de incapacidad permanente o jubilación, a los que se les hubiere anulado o extinguido por cualquier causa el derecho a la pensión, dicho período mínimo de cotización deberá estar cubierto en el momento en que se extinguió la obligación de cotizar (art. 3 OM /2865/2003).

El convenio especial se suscribirá por la Tesorería General y por el interesado, en el modelo aprobado por la Dirección General de dicho Servicio Común de la Seguridad Social, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de su procedencia, entendiéndose caducado el procedimiento iniciado cuando transcurra dicho plazo sin que se produzca su firma por causa imputable al interesado (art. 4. 2 OM /2865/2003).

⁷⁴⁹ Art. 36.1.7 del RD 84/1996.

⁷⁵⁰ Art. 36.1.8 del RD 84/1996.

⁷⁵¹ Art. 36.1.9 del RD 84/1996 y art. 20.1.g) de la Orden de 15 de abril de 1969.

será considerado en situación asimilada a la de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, y continuará cotizándose por él según el tipo establecido para las contingencias generales del régimen de que se trate⁷⁵². También en procesos de reestructuración de empresas, de conformidad con el art. 5.1 del RD 3/2014, de 10 de enero⁷⁵³.

11º La situación de Incapacidad temporal que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo⁷⁵⁴.

12º La situación de maternidad o paternidad (hoy, prestación por nacimiento y cuidado de menor) que subsista una vez extinguido el contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.

13º La situación de prórroga de los efectos de la Incapacidad Temporal.

14º En el caso de los artistas y los profesionales taurinos, los días que se consideren cotizados dentro de cada año natural en aplicación de las normas que regulan su cotización y que no se correspondan con los de prestación de servicios.

15º En el caso de los trabajadores afectados por el Síndrome Tóxico, que por tal causa, cesaron en su día en el ejercicio de su actividad laboral o profesional, sin que hayan podido reanudar dicho ejercicio, y que hubieran estado en alta en alguno de los regímenes

⁷⁵² Disposición transitoria sexta. 1 LGSS/2015.

“A tal efecto, se tomará como base de cotización la remuneración media que haya servido para la determinación de la cuantía de la ayuda equivalente a la jubilación anticipada, con el coeficiente de actualización anual que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de modo que, al cumplir la edad general de jubilación, el beneficiario pueda acceder a la pensión con plenos derechos”.

Por otra parte, “las aportaciones que lleven a cabo las empresas o los fondos de promoción de empleo, tanto para la financiación de las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada como a efectos de lo previsto en el apartado anterior, podrán equipararse, a efectos de recaudación, a las cuotas de la Seguridad Social” (Disposición transitoria sexta. 2 LGSS/2015).

⁷⁵³ Durante el período de percepción de la ayuda, el trabajador beneficiario será considerado en situación asimilada al alta en el Régimen General de la Seguridad Social, con obligación de cotizar. No obstante lo anterior, los beneficiarios de las ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social están excluidos a efectos de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, además de todas las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, de las prestaciones derivadas de contingencias comunes que no tengan la naturaleza de pensiones (art. 5 del RD 3/2014, de 10 de enero, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social, a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas. BOE de 29 de enero).

⁷⁵⁴ Véase STS de 19 de febrero de 1997 (EDJ 515); STSJ C. Valenciana de 29 de junio de 2010 (EDJ 268596).

del sistema de la Seguridad Social, la situación asimilada se entenderá con respecto al régimen en que el trabajador estuviese encuadrado cuando cesó en su actividad y para las contingencias comunes⁷⁵⁵.

16º El periodo de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género⁷⁵⁶.

Con carácter general, el art. 195.1 LGSS/2015 exige el que se cumpla el requisito general de que el trabajador esté afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta en el momento de sobrevenir la contingencia o situación protegida establecido en art. 165.1 LGSS/2015 para causar derecho a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. No obstante, el art. 195.4 de la misma norma permite excepcionalmente el acceso a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez derivadas de contingencias comunes aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta⁷⁵⁷.

En estos supuestos, se exigirá haber cotizado como mínimo quince años a lo largo de toda la vida laboral, debiendo haberse cotizado al menos una quinta parte- 3 años- dentro de los 10 años anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar⁷⁵⁸.

Con respecto a esta cuestión, debe advertirse que cuando la causa de la Incapacidad permanente Absoluta o de la Gran invalidez sea un accidente no laboral y el trabajador acceda desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta no tiene que acreditar ningún periodo previo de cotización; mientras que para causar derecho a las mismas prestaciones cuando acceda desde una situación de no alta, deberá acreditar el periodo previo de cotización anteriormente referido, es decir, el mismo que se exige en

⁷⁵⁵ Esto es así para las pensiones de Incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia derivada de contingencias comunes. Véase OM TAS/4033/2004, de 25 de noviembre, por la que se establece la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de pensiones, de los trabajadores afectados por el síndrome del aceite tóxico (BOE de 7 de diciembre de 2004).

⁷⁵⁶ <https://www.iberley.es/temas/situacion-asimilada-alta-regimen-general-seguridad-social-1581>. Consultado on-line el 6 de enero de 2020.

⁷⁵⁷ Esta posibilidad fue introducida por los artículos 1.1 y 2.3 de la Ley 26/1985, desarrollados por el art. 4.3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre,

⁷⁵⁸ El art. 195.4 LGSS/2015 remite sobre esta cuestión al último inciso del art. 195.3, letra b) de la misma norma, que establece que el período de los diez años, dentro de los cuales debe haberse cotizado, “al menos, una quinta parte del período de cotización exigible se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar”

caso de que la incapacidad permanente sea consecuencia de una enfermedad común y se acceda a la prestación también desde una situación de no alta.

Con carácter general, el art. 165.4 LGSS/2015 establece que no se exigirán períodos previos de cotización para causar derecho a las prestaciones derivadas de accidente, sea o no de trabajo, salvo disposición legal expresa en contrario. Por lo que a la Incapacidad permanente hace referencia a la no exigencia de periodo previo de cotización solo es predicable con respecto al acceso a prestaciones de Incapacidad permanente debidas a accidente no laboral del trabajador se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta en el momento de sobrevenir la contingencia o situación protegida, ya que de no ser así, se le pediría la acreditación de un periodo de carencia genérica de 15 años y de otro de carencia específica, consistente en haber cotizado al menos una quinta parte del mismo dentro de los 10 años anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar (segundo párrafo del art. 194.5 LGSS/2015).

1.1.2. Exigencia de un periodo previo de cotización para tener derecho a las prestaciones de Gran invalidez derivadas de contingencias comunes.

Conforme establece el art. 165.2 de la LGSS/2015, en aquellos casos en que el reconocimiento o la cuantía de una prestación esté sujeto al cumplimiento de determinados periodos de cotización, únicamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias.

Así, en el apartado 5 del mismo artículo de la LGSS/2015 se prevé la consideración como periodo de cotización efectiva a los efectos de las prestaciones por Incapacidad permanente del periodo de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.10 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para supuestos de violencia de género⁷⁵⁹. Idéntica consideración tendrá el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ Este periodo de suspensión también tendrá la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por jubilación, muerte y supervivencia, maternidad, desempleo y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

⁷⁶⁰ Esta previsión está contemplada en el art. 165.6 de la LGSS/2015 tanto a efectos de las prestaciones de Incapacidad permanente como para las correspondientes a jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

Por otra parte, el art. 4.4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre establece que para aquellos trabajadores que se hallaran en situación de Incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, y que, por tanto, no hubieran llegado a agotar el periodo máximo de duración de la misma, incluida la de su prórroga, establecido en el art. 169.1.a) de la LGSS/ 2015 sea posible asimilar los días que faltasen para agotar dicho periodo máximo a días cotizados a efectos del cómputo del periodo mínimo de cotización exigido para causar derecho a las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común⁷⁶¹.

Sin embargo, a efectos del periodo mínimo a tener en cuenta para el acceso a la Incapacidad permanente, el interesado deberá encontrarse realmente en una situación de Incapacidad Temporal, por lo que no podrá computarse como tal el tiempo de duración máxima ni el de la prórroga de la Incapacidad temporal cuando el trabajador se encuentre en situación de baja médica, pero sin percibir el subsidio correspondiente a la Incapacidad Temporal por no reunir la carencia requerida para tener derecho al mismo, que solo se exige cuando la causa de la contingencia sea una enfermedad común⁷⁶². En este caso, al no existir propiamente una situación de Incapacidad Temporal no cabría computar tampoco el periodo de prórroga ordinaria, que solo es posible cuando agotada la duración máxima de la Incapacidad Temporal de 365 días, fuera previsible que el trabajador recuperara la capacidad de trabajo dentro de los 180 días siguientes. Dicho de otra forma, si no cabe computar el tiempo que reste de la duración inicial de 365, que no ha comenzado al no haber una verdadera situación de Incapacidad Temporal, lógicamente no cabe incluir tampoco el tiempo de la prórroga como periodo cotizado, ya que esta solo podría empezar una vez acaben los 365 días en situación de Incapacidad Temporal⁷⁶³.

⁷⁶¹ La Disposición adicional séptima del RD 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998 (BOE de 10 de enero de 1998) modificó el apartado 4 del art. 4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, que quedó redactado en los siguientes términos:” En el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma, incluida su prórroga, establecido en el párrafo a), apartado 1, del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social, los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente”.

⁷⁶² STS 4ª 18-1-1999, EDJ 1725; 13-3-2007(EDJ 25402).

⁷⁶³ En este sentido, SSTS de 17 de enero de 2005 (EDJ 3750); de 14 de febrero de 2005 (EDJ 55266); de 13 de marzo de 2007 (EDJ 25402) y de 13 de noviembre de 2007 (EDJ 243318).

En definitiva, solo se podrán computar como máximo a efectos de carencia para el acceso a la Incapacidad permanente 545 días, los 365 de la duración inicial y los 180 correspondientes a la prórroga ordinaria, aunque solo si el beneficiario hubiera percibido efectivamente el subsidio de Incapacidad Temporal, lo que presupone que reunía los requisitos para tener derecho a este⁷⁶⁴. Quedarán excluidas del cómputo la duración de las prórrogas extraordinarias de los efectos de la Incapacidad Temporal, en las que no existe obligación de cotizar previstas en el art. 174.2 LGSS/2015⁷⁶⁵.

Asimismo, el art. 235 de la LGSS/2015 establece que a “efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple”⁷⁶⁶.

⁷⁶⁴ Estos periodos son los contemplados en el art. 169 LGSS/2015. El cómputo de estos periodos a efectos de acreditar el periodo previo de cotización no será posible cuando la Incapacidad permanente no haya venido precedida de una Incapacidad Temporal al encontrarse el trabajador en una situación carente de protección por Incapacidad Temporal como puede ser la de desempleo no subsidiado. Como resalta GOERLICH PESET, si bien antes de que la Disposición adicional séptima del RD 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998 (BOE de 10 de enero) diera la redacción actualmente vigente al apartado 4 del art. 4 del RD 1799/1985, la anterior “permitió su interpretación en clave extensiva”, como refleja la STS de 6 de marzo de 1998 (Rec. 3292/1997(RJ 1998,2369), tras el cambio normativo “resulta claro que no acceden a este beneficio los supuestos en los que la incapacidad temporal no precede a la incapacidad permanente”, tal como subraya la STS de 13 de noviembre de 2007 (Rec. 3424/2006. RJ 2008,997) (véase GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), op.cit., p.938).

⁷⁶⁵ En este sentido, STS de 16 de abril de 2012 (Rec. 2530/2011. RJ 2012, 5708).

Estas prórrogas extraordinarias son las dos previstas en el art. 174.2 de la LGSS/2015. Ambas tienen lugar una vez transcurridos los 545 días en situación de Incapacidad Temporal, su finalidad es distinta, por tal motivo, se excluyen mutuamente, por lo que procederá una o la otra. La primera se establece para examinar en el plazo de tres meses el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de Incapacidad permanente que corresponda (art. 174.2, párrafo primero). La segunda, cuya duración máxima es de 185 días, puede concederla el INSS en aquellos casos en los que exista una expectativa de recuperación de la capacidad de trabajo si el trabajador continúa en tratamiento médico, que haga aconsejable retrasar la calificación de la Incapacidad permanente “por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los setecientos treinta días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos” (art. 174.2, segundo párrafo)”.

Como indica DUEÑAS HERRERO, “(...) en el art. 174.2 de la LGSS/2015 se contemplan dos plazos máximos- de ampliación o retraso- tras los cuales se extingue el derecho al subsidio de IT” (DUEÑAS HERRERO, L.J. (2016): *La acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*, Navarra (Editorial Aranzadi, 2ª edición), pp. 280-281).

⁷⁶⁶ Como señala BENITO BENÍTEZ, con esta previsión se pretende evitar que la retirada temporal que conlleva la maternidad biológica suponga un perjuicio en la carrera de seguro de las mujeres trabajadoras, aunque ignora que el descanso obligatorio solo abarca las seis semanas posteriores al parto, pero no las otras diez, por lo que transcurridos los primeros 42 días a contar desde el parto la mujer puede, si así lo

Esta generación ficticia se generará también por los hijos nacidos en el extranjero, ya que no resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 7 de la LGSSS/2015 y el nacimiento del derecho no se condiciona a que el parto tenga lugar en España⁷⁶⁷.

Por otra parte, también resultan computables los días- cuota a efectos del cómputo del periodo de cotización exigible para acceder a las pensiones de Incapacidad permanente, aunque no así para incrementar la cuantía de la base reguladora, por lo que no se tienen a la hora de determinar la prestación⁷⁶⁸. Esto significa que para la acreditación del periodo de carencia requerido, se tendrán en cuenta además de los días efectivamente cotizados, 60 días más por cada año de cotización, los correspondientes a las dos pagas extraordinarias a las que conforme establece el art. 31 del TRET/2015 tiene derecho el trabajador o, dicho de otra forma, a cada mes de cotización le corresponden 5 días en concepto de pagas extraordinarias⁷⁶⁹.

En cualquier caso, si no se cumple el requisito de cotización requerido, por más que las dolencias que padezca el trabajador sean médicamente determinantes de una Incapacidad permanente, no podrá reconocerse el derecho a la prestación económica⁷⁷⁰ y, en consecuencia, tampoco podrá declararse la Incapacidad permanente en ningún grado.

Al hilo de lo anterior, la jurisprudencia ha sostenido que la resolución administrativa que reconozca la Incapacidad permanente sin derecho a prestación se entiende nula o ineficaz y, por tanto, carente de efectos jurídicos. De ahí que si el trabajador continúa desarrollando su actividad laboral, manteniendo su situación de alta y de cotización a la Seguridad Social, y con las nuevas cotizaciones logra reunir el requisito de cotización necesario para el otorgamiento de la prestación económica correspondiente al grado de Incapacidad permanente de que se trate, si solicita de nuevo la Incapacidad permanente,

desea, reincorporarse al trabajo (BENITO BENÍTEZ, M.^a. A. (2019): *El impacto de género en el sistema de pensiones*, Albacete (Ed. Bomarzo), p. 115).

⁷⁶⁷ Así lo indica SEMPERE NAVARRO, haciéndose eco del criterio establecido en la STS de 14 de junio de 2016 (rec. 1733/2015) (ECLI:ES:TS: 2016:4126) (SEMPERE NAVARRO, A. V. (2017): “La incapacidad permanente en la jurisprudencia unificada”, VV.AA. *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, 1^a edición), p. 624).

⁷⁶⁸ Tras la Ley 40/2007, esto será así solo para el acceso a las pensiones de Incapacidad permanente, pero no para las de jubilación. Sobre esta cuestión, véase, entre otras, las SSTS de 28 de enero de 2013, dictada en Sala General (Rec. 812/2012. RJ 2013, 6691) y de 2 de julio de 2014 (EDJ 143135).

⁷⁶⁹ La STS de 25 de junio de 2008 (Rcud. 2502/2007) sostiene que la consideración de los “días-cuota” a la hora de calcular el periodo previo de cotización exigido se aplica tanto a los trabajadores a tiempo completo como a los que desempeñan su actividad a tiempo parcial.

⁷⁷⁰ Véase, SSTS de 11 de noviembre de 1991 (EDJ 10659); de 26 de noviembre de 1991 (EDJ 11228); de 12 de mayo de 1992 (EDJ 4631); de 29 de noviembre de 1993 (EDJ 10849).

deberá reconocerse tal situación y el derecho a percibir la prestación⁷⁷¹. El mismo criterio resulta aplicable en aquellos casos en que la resolución hubiera denegado la Incapacidad permanente por no cumplir el trabajador el periodo de carencia requerido si lo acredita cuando solicite nuevamente la prestación económica⁷⁷².

1.1.2.1. Período previo de cotización exigido para el acceso desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta a la Gran Invalidez derivada de enfermedad común. Cómputo del periodo mínimo de cotización para trabajadores a tiempo completo y para trabajadores a tiempo parcial. Determinación del hecho causante.

El art. 195.3 de la LGSS/2015 establece el periodo mínimo de cotización exigible al interesado para poder acceder a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, cuando se acceda a ellas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta⁷⁷³.

De esta forma, el interesado, para poder ser beneficiario de las pensiones de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez debidas a enfermedad común, deberá acreditar el cumplimiento de un periodo mínimo de cotización que se establece en atención a la edad que tenga en la fecha del hecho causante y, más

⁷⁷¹ La STS de 9 de junio de 1999 (EDJ 17072) explica que en este caso cuando el trabajador solicite la Incapacidad permanente posteriormente y esta pueda apreciarse "(...) por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, y por reunir el resto de los requisitos establecidos para su otorgamiento, le ha de ser reconocida la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente. No cabe argüir de contrario que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, pues la nulidad de ésta implica que el hecho causante se produzca ahora, después de otro período de trabajo, y no en la fecha en que se dictó la anterior resolución administrativa ineficaz".

⁷⁷² En este sentido se expresan las SSTS de 29 de septiembre de 2004 (EDJ 192556) y de 21 de febrero de 2008 (EDJ 111741).

⁷⁷³ Para poder ser beneficiario de la prestación económica de Incapacidad permanente parcial, resulta exigible el periodo mínimo de cotización establecido en el art. 195. 2 LGSS/2015, de forma que el interesado deberá haber cotizado como mínimo mil ochocientos días dentro de los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que deriva la incapacidad permanente. Se pide, por tanto, un periodo de carencia específica, ya que para poder acceder a la indemnización correspondiente a la Incapacidad permanente parcial no es suficiente con que el interesado haya cotizado un periodo equivalente a 5 años a lo largo de su vida laboral, sino que tales cotizaciones deben acreditarse dentro de un periodo de referencia de 10 años, que empieza a contarse, hacia atrás, a partir de la fecha en que se haya extinguido la Incapacidad temporal.

No obstante, si el trabajador es menor de 21 años en la fecha en que se produce la baja por enfermedad, se le exigirá un periodo de cotización equivalente a la mitad de los días transcurridos entre la fecha en que cumplió los 16 años y la fecha en que inició el proceso de Incapacidad Temporal, computándose este íntegramente, tanto la duración inicial como la de su prórroga, aunque no se haya agotado (art. 3 del Decreto 394/1974, de 31 de enero, por el que se dictan normas en materia de Invalidez permanente del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 19 de febrero de 1974).

concretamente, en función de si ya ha cumplido o no en ese momento los treinta y un años de edad⁷⁷⁴.

⁷⁷⁴ Esta modificación se produjo a raíz del art. 2.1 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE de 5 de diciembre), que cambió la redacción del art. 138.2 de la LGSS/1994.

La Ley 26/1985, de 31 de julio había operado un cambio relevante en el periodo previo de cotización exigible para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, que a partir de ese momento pasó a depender de la edad del beneficiario, siendo diferente en función de si interesado había cumplido o no los veintiséis años en la fecha del hecho causante de la pensión. De esta forma:

a) Si el sujeto causante tenía menos de veintiséis años de edad, debía haber cotizado como mínimo la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión.

b) Si el causante hubiera ya cumplido los veintiséis años de edad, debía haber cotizado un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que hubiera cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, además, al menos la quinta parte del período de cotización exigible debía estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

El art. 2.1 de La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, flexibilizó el requisito de cotización para los trabajadores jóvenes. En concreto, suavizó la exigencia para los potenciales beneficiarios de pensiones de Incapacidad permanente cuya edad estuviera comprendida entre los veintiséis y los treinta y un años de edad, todo ello dentro de un “contexto general de precariedad en el empleo” (véase ALZAGA RUIZ, I. (2008): “La reforma de la pensión de Incapacidad permanente” en. VV. AA. *La Reforma de la Seguridad Social de 2007-2008* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.V.; Coord. ARETA MARTÍNEZ, M.), Navarra (Ed. Aranzadi, primera edición), pp. 62 y 63). Como subraya OLARTE ENCABO, la flexibilización del periodo mínimo de cotización exigido a los trabajadores más jóvenes no solo es predicable de la franja de edad, sino también del periodo de cotización, que pasa a ser, para los trabajadores menores de 31 años, de la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante, cuando antes era, para los trabajadores menores de 26 años, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante (OLARTE ENCABO,S. (2008): “La reforma de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social en La Reforma de la Seguridad Social”. AA. VV. *Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L), Madrid (La Ley), p. 257). Sobre el cambio en la frontera que distingue al beneficiario joven del no joven (VICENTE PALACIO, A. (2007): “Algunas consideraciones sobre la reforma de las normas para el cálculo de la prestación de incapacidad permanente en el proyecto de ley de reforma de las pensiones de Seguridad Social”, *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, disponible en www.iustel.com. GORELLI HERNÁNDEZ también refiere la repercusión de la regulación posterior al Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social sobre el requisito de cotización exigido a los trabajadores que se encontrasen en el tramo de edad antes referido (GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2006): “El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, nº 86, 2006, p. 19). Sobre esta cuestión, véase igualmente PANIZO ROBLES, J.A. (2006): “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia) (I)”, *Tribuna Social*, nº 190, p. 25.

Tal como refiere el Preámbulo de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE de 5 de diciembre), en el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito en el Palacio de la Moncloa el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, la Unión General de Trabajadores (UGT), la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO), la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), que, a su vez, trae causa de la Declaración para el Diálogo Social firmada por los mismos interlocutores el 8 de julio de 2004, se incluyeron una serie de compromisos que implicaban modificaciones en normas con rango de Ley. Entre otros compromisos, tomando como referencia las prioridades marcadas por el Pacto de Toledo en su renovación parlamentaria de 2003, en el citado Acuerdo de 2006 se reafirma la necesidad de mantener y reforzar determinados principios básicos en los que se asienta el sistema de la Seguridad Social, como es el de contributividad. Se decide así intensificarlo, con la finalidad de avanzar en una mayor

La relevancia de precisar con exactitud la fecha del hecho causante resulta indudable, ya que no solo va a determinar la edad del sujeto causante, y consecuentemente el periodo de carencia genérico y, en su caso, específico que se le exige para poder acceder a la prestación⁷⁷⁵, sino también el momento en que se deberá acreditar la concurrencia del resto de requisitos de acceso a la prestación. Pero además su delimitación va a condicionar el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes, porque las bases de cotización a tener en cuenta para su determinación serán las correspondientes a los meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante. Por último, por lo que respecta al cálculo del complemento de Gran invalidez, la fecha en que se haya producido el hecho causante permite conocer la cantidad -cuantía de la base mínima de cotización establecida en el RGSS- a la que debe aplicarse el porcentaje del 45%, para obtener la primera de las variables que lo fijan.

Pese a la indudable importancia de determinar en qué momento se produce el hecho causante en orden al despliegue de la acción protectora de la Seguridad Social, no siempre resulta sencillo hacerlo⁷⁷⁶. No obstante, en algunos casos, principalmente cuando a raíz de una misma contingencia determinante pueden surgir de forma sucesiva diversas

proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y las prestaciones obtenidas y evitar situaciones de falta de equidad en el reconocimiento de estas últimas.

Como indica también el preámbulo de esta norma en relación a la Incapacidad permanente, por un lado, se flexibiliza el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores más jóvenes. Por otra parte, se modifica la forma de calcular el importe de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común, con la finalidad de aproximarla a la establecida para la pensión de jubilación. Por último, también se modifica la cuantía del complemento de Gran invalidez, desvinculándolo del importe de la pensión de Incapacidad permanente absoluta.

⁷⁷⁵ No obstante, en relación con la fecha en que se debe acreditar cubierto el periodo previo de carencia exigido, el Tribunal Supremo ha manifestado en varias Sentencias que no es la de la solicitud de la pensión, sino la fecha en que se produjo la baja en el trabajo como consecuencia de las lesiones que determinaron la Incapacidad permanente. Véase, SSTS de 12 de febrero de 1990 (EDJ 1396); de 12 de noviembre de 1992 (EDJ 11130); de 26 de enero de 1998 (EDJ 267) y de 16 de abril de 1999 (EDJ 6340).

⁷⁷⁶ Como indica DESDENTADO BONETE esta dificultad viene propiciada por una confusión terminológica que puede llevar a identificar el concepto de hecho causante con el de “contingencia determinante” e incluso con el de “situación protegida”. Así, si se atiende al sentido literal, el significado sería el de “hecho” que “causa”, lo que hace alusión al “acontecimiento que produce el daño”. De esta forma, el concepto de hecho causante se confundiría con la noción de “contingencia determinante”, entendiéndose por tal “el acontecimiento posible y, por lo general, incierto que, al actualizarse, produce una situación protegida (p.e.: el accidente que produce una incapacidad temporal, una incapacidad permanente o la muerte)”. Pero además, en su acepción literal, el hecho causante incluso “podría identificarse con la propia situación protegida”, es decir, con el “daño que hay que reparar”, es decir, el originado por la materialización de la contingencia determinante o con el momento en que se “causa” o “nace” el derecho a la prestación (DESDENTADO BONETE, A. (2004): “El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente”. VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), Cuadernos de Derecho Judicial VII, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), pp. 118-119).

situaciones protegidas, el hecho causante se identificaría con el comienzo de la situación protegida. De ahí que en estos supuestos la fecha del hecho causante guarde relación con la propia dinámica de las prestaciones: con la fecha de inicio y de extinción del derecho a ellas. Así, dado que en la Incapacidad permanente, la situación protegida como regla general se inicia después de una Incapacidad temporal, cuando las lesiones, hasta ese momento potencialmente susceptibles de curación, se convierten en “previsiblemente definitivas, el hecho causante “sirve de límite para indicar el comienzo de una situación y la terminación de la anterior”, separando de esta forma las situaciones protegidas sucesivas. Sin embargo, como resulta prácticamente imposible “determinar en qué momento exacto se produce el tránsito de la incapacidad temporal a la permanente”, la normativa de Seguridad Social ha optado por situar la producción del hecho causante en una fecha concreta: aquella en que se extinguió la Incapacidad Temporal⁷⁷⁷, que será o bien la fecha en que se emitió el alta médica con propuesta de Incapacidad permanente⁷⁷⁸

⁷⁷⁷ La Incapacidad temporal puede extinguirse por las causas previstas en el art. 174.1 de la LGSS/2015. De entre ellas, aquí interesa destacar las dos siguientes: a) la que se produce por transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica y b) la que tiene lugar a raíz de un parte de alta médica con propuesta de Incapacidad permanente. En los dos casos, el momento en que se produce el paso de la situación de Incapacidad temporal a la de Incapacidad permanente no resulta claro, porque existen unas prórrogas que alargan la duración de los efectos económicos de la Incapacidad temporal. Este hecho va a determinar la fecha de efectos económicos, es decir, la fecha en que va a tenerse derecho a empezar a cobrar la fecha de efectos económicos, ya que para algunos supuestos se prevén efectos retroactivos y en otros no. En cuanto a la fecha de efectos económicos hay que distinguir dos supuestos: 1) cuando la Incapacidad permanente proceda de una Incapacidad Temporal y esta se haya agotado, la efectividad del derecho a la prestación se producirá a partir de la resolución administrativa del INSS que declare la Incapacidad permanente, salvo que la cuantía de la pensión de Incapacidad permanente reconocida sea superior a la cuantía del subsidio que se venía percibiendo durante la prórroga de los efectos económicos de la Incapacidad temporal, en cuyo caso, los efectos se retrotraerán al momento en que se extinguido la Incapacidad Temporal; 2) cuando la Incapacidad permanente no proceda de una situación de Incapacidad Temporal sino de prestación de servicios, hay que distinguir entre la fecha del hecho causante y la fecha de efectos económicos, siendo esta la fecha en que se haya producido el cese en el trabajo (Véase VALLE MUÑOZ, A. (1999): ” La retroacción de la pensión de Incapacidad permanente agotada la IT”, en Relaciones Laborales, nº 6, autor y artículo citados por PÉREZ ALONSO, M.A y RODRÍGUEZ PASTOR, G.E. (2008): “La incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social”, en VV. AA. *Nuevas Prestaciones de incapacidad Temporal, incapacidad permanente y jubilación en el RGSS* (director: ALBIOL MONTESINOS, I.), Colección laboral nº 183, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), p. 73). También recalca BRUNA REVERTER que cuando la norma se refiere a aquellos casos en que el asegurado es declarado en situación de Incapacidad permanente sin que haya existido una previa situación de Incapacidad temporal, sino que el interesado haya estado prestando servicios, la fecha de efectos económicos será distinta de aquella en que se produce el hecho causante. Esta última será la de la fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI, tal como establece el art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, mientras que la fecha de efectos económicos coincidirá con la del cese en el trabajo (BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, op. cit., p.139. Esta edición sustituyó al libro titulado Fundamentos médicos- legales de la incapacidad laboral permanente (5ª edición, septiembre de 2006).

⁷⁷⁸ Es doctrina reiterada por el Tribunal Supremo que en los casos en que exista una Incapacidad temporal previa a la Incapacidad permanente, la fecha de comienzo de los efectos de la pensión será la del alta médica con secuelas, incluso cuando desde el primer momento se haya diagnosticado la imposibilidad de recuperar la capacidad de trabajo, por más que esta pudiera considerarse excepcionalmente la fecha del hecho causante. Es decir, el comienzo del pago de estas últimas no se retrotrae hasta la fecha del hecho causante,

o bien la fecha en que hayan finalizado el plazo máximo de duración de la Incapacidad temporal de 545 días, contados desde la fecha del parte de baja médica establecido en el art. 169.1 a) de la LGSS/2015 ⁷⁷⁹.

Por otra parte, en los casos en que excepcionalmente la Incapacidad permanente no venga precedida de una situación de Incapacidad Temporal, el hecho causante también servirá para determinar cuándo comienza la situación protegida, aunque obviamente no para separar esta de una situación anterior, que no existe. En este casos el hecho causante coincidirá con la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI⁷⁸⁰.

En resumen, la fecha del hecho causante, si se accede a las pensiones de Incapacidad permanente desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo establecido en el art. 13.2 de la OM de 18 de enero de 1996, se determina como sigue⁷⁸¹:

- a) Cuando haya existido Incapacidad temporal previa y esta se haya extinguido- supuesto más frecuente-, la fecha del hecho causante será aquella en que se haya extinguido la Incapacidad temporal de la que se derive la Incapacidad permanente⁷⁸².

sino hasta la fecha del agotamiento de la incapacidad temporal (Sobre esta cuestión, véase SSTs de 7 de julio de 1992, EDJ 7454; de 18 de julio de 1994, EDJ 6044; de 24 de diciembre de 1996, EDJ 10106; de 5 de marzo de 2001, EDJ 2947 y de 16 de marzo de 2007, EDJ 29050).

⁷⁷⁹ Véase DESDENTADO BONETE, A. (2004): “El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente”. VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), op. cit., pp. 119-125). Como indica PRIETO GARCÍA, pese a que no necesariamente la contingencia que se haya fijado como determinante de un proceso de Incapacidad Temporal deba ser coincidir con la que se fije para la Incapacidad permanente que deriva de aquella, “lo normal es que así ocurra” (PRIETO GARCÍA, M. (2004):” Iter en el procedimiento de calificación de la Incapacidad permanente” en VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), Cuadernos de Derecho Judicial VII, Madrid (Consejo General del Poder Judicial), p. 239).

⁷⁸⁰ DESDENTADO BONETE, A. (2004): “El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente” en VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), op. cit., pp. 125-126). Como argumenta GARRIGUES GIMÉNEZ, en el caso de que la situación de Incapacidad temporal concluyera por alta, sin declaración de Incapacidad permanente, y el propio trabajador impulsara la declaración de esta, no existiría propiamente un encadenamiento entre las dos contingencias, porque “el tránsito de una a otra cursa, precisamente, con solución de continuidad (en este caso también se tendrá como fecha del hecho causante de la Incapacidad permanente la de emisión del dictamen- propuesta del EVI)” (GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2008): “La incapacidad permanente y su relación con otras prestaciones: incapacidad temporal, desempleo, jubilación”. VV.AA. *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su Régimen Jurídico* (director: MONEREO PÉREZ, J.L), Granada (Colección: comentarios a la legislación laboral), p.227).

⁷⁸¹ Art. 13.2 OM de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social (BOE de 26 de enero).

⁷⁸² Como resume la STS de 23 de octubre de 2001 (EDJ 49296), en estos casos, el momento “a partir del cual nace el derecho a percibir las prestaciones por Incapacidad permanente” coincidirá con “la fecha de finalización formal de la situación de incapacidad temporal”..

- b) Cuando la Incapacidad permanente no haya ido precedida de una Incapacidad Temporal o esta no se hubiera extinguido, la fecha del hecho causante de la prestación será la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (en Cataluña, Subdirección General de Evaluaciones Médicas – ICAM) ⁷⁸³.

Una vez determinada la fecha del hecho causante de acuerdo con las reglas anteriores, el periodo de cotización que debe acreditar el beneficiario de las pensiones de Incapacidad permanente para poder acceder a las mismas depende de su edad en la fecha relacionada anteriormente. De este modo:

a) Si el sujeto causante tiene menos de treinta y un años de edad en la fecha del hecho causante, se le exige haber cotizado como mínimo la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión.

b) Si el sujeto causante tiene treinta y un años de edad o más en la fecha del hecho causante, se le exige haber cotizado como mínimo la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los veinte años y la del hecho causante de la pensión, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible como carencia genérica deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

No obstante, en los supuestos en que se acceda a la pensión de Incapacidad permanente desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de los diez años dentro de los cuales debe estar comprendido al menos una quinta parte del período de cotización genérico exigible se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar⁷⁸⁴. De este modo, el cómputo de la

⁷⁸³ Como sostiene la STS de 9 de octubre de 2001 (EDJ 49268) “(...) la determinación de la fecha inicial para el percibo de prestaciones económicas cuando se llega a esa situación de incapacidad permanente sin haber pasado previamente por la de incapacidad temporal, bien tomando la fecha de cese en el trabajo o la de emisión del dictamen por el Equipo de Valoración de Incapacidades, vendría dada por la aplicación de la Orden de 18 de enero de 1996, que opta claramente por esta segunda alternativa, pues en el artículo 13.2, párrafo 2º se dice textualmente que “ En los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta no se hubiera extinguido se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen- propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades”. No obstante, en aquellos casos en que el beneficiario se encontrase en activo cuando la Incapacidad permanente se reconoce por primera vez judicialmente, la pensión se devengará desde el día del cese en el trabajo (STS de 19 de enero de 2009, EDJ 11813).

⁷⁸⁴ El art. 13 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre (BOE de 11 de diciembre) añadió este párrafo al art. 138.2.b) LGSS/1994.

carencia específica se retrotrae al momento en que cesó la obligación de cotizar y no a la fecha en que haya producido el hecho causante de la pensión de Incapacidad permanente⁷⁸⁵.

Hechas estas consideraciones, la primera diferencia que se observa es que mientras a los sujetos causantes que en la fecha del hecho causante tengan 30 años cumplidos o menos solo se les exige el cumplimiento de un periodo de carencia genérica, a aquellos que ya tengan en dicha fecha 31 años cumplidos o más, para poder acceder a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, se les pide acreditar el cumplimiento de un periodo genérico de cotización, de como mínimo 5 años, y uno específico.

Para acreditar el periodo genérico de cotización exigido para causar derecho a las referidas pensiones con una edad inferior a 31 años, el interesado deberá haber cotizado como mínimo la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión⁷⁸⁶. Este tiempo deberá haberlo cotizado en cualquier momento a lo largo de toda su vida laboral. No se exige en estos casos cumplir además un periodo específico de cotización.

El art 4.1, letra a) del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre concreta las reglas a aplicar para computar la edad del beneficiario en la fecha del hecho causante⁷⁸⁷, estableciendo que no se tendrían en consideración, en su caso, las fracciones de edad inferiores a medio año, excepto en el caso de beneficiarios con edades comprendidas entre los dieciséis y los

⁷⁸⁵ Como indica MELÉNDEZ MORILLO- VELARDE. Esta previsión supone “eliminar” los años en los que el sujeto no cotizó a la Seguridad Social a efectos de cumplir con el periodo de carencia específico requerido (MELÉNDEZ MORILLO- VELARDE, L. (2012): “Incapacidad permanente” en VV. AA. *Reforma y Modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto* (directores: SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.), Navarra (Ed. Aranzadi, 1ª edición), p. 132).

⁷⁸⁶ Por ejemplo, si un sujeto tiene 28 años en la fecha del hecho causante se le exigirá haber cotizado a lo largo de toda su vida laboral el periodo de tiempo resultante de dividir entre tres los doce años que han transcurrido desde la fecha en que cumplió los 16 años hasta la fecha del hecho causante ($28-16=12$ años; $12/3=4$ años). Por lo tanto, un sujeto con 28 años de edad en la fecha del hecho causante deberá haber cotizado como mínimo 4 años a lo largo de toda su vida laboral para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, siempre que acceda a ellas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

⁷⁸⁷ DESDENTADO BONETE sostiene que, con carácter general, las reglas de cálculo establecidas en el Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre favorecen al beneficiario (DESDENTADO BONETE, A. (1998): “La reforma de las pensiones de la Seguridad Social en 1997: un panorama general”. AAVV. *Las reformas laboral y de la Seguridad Social de 1997*, Cuadernos de Derecho Judicial (Dir. MARTÍN VALVERDE, A.), Madrid (Consejo General del Poder Judicial), p. 186.

dieciséis años y medio, mientras que cuando tales fracciones fuesen superiores a seis meses, deberían considerarse equivalentes a medio año⁷⁸⁸.

Por su parte, los periodos de cotización resultantes de la aplicación de las normas previstas en el mencionado artículo y apartado debían ser objeto de redondeo, despreciándose, en su caso, las fracciones de mes⁷⁸⁹.

Para acreditar el cumplimiento del periodo de carencia genérica⁷⁹⁰, todos los sujetos interesados en acceder a las referidas pensiones derivadas de enfermedad común, que tengan 31 años o más en la fecha del hecho causante, deberán haber cotizado como mínimo 5 años a lo largo de toda su vida laboral, que es el periodo de cotización que, en aplicación de la regla del art. 195.3, letra b) LGSS/2015, le corresponde a quien, en la fecha del hecho causante tenga entre 40 años y 40 años y 5 meses⁷⁹¹. Esto significa que

⁷⁸⁸ En aplicación de estas reglas del art. 4 del RD 1799/1985, si un trabajador tiene 16 años y 3 meses en la fecha del hecho causante, se tendrá en cuenta esa fracción de edad inferior a medio año, por lo que se le exigirá haber cotizado a lo largo de toda su vida laboral el periodo de tiempo resultante de dividir entre tres los tres meses que han transcurrido desde la fecha en que cumplió los 16 años hasta la fecha del hecho causante ($16-16=0$ años; $3\text{ meses}/3=1$ mes). Por lo tanto un sujeto con 16 años y 3 meses de edad en la fecha del hecho causante deberá haber cotizado como mínimo un mes a lo largo de toda su vida laboral para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, siempre que acceda a ellas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

Si se tratara de un sujeto con 16 años y 10 meses en la fecha del hecho causante, al equivaler esa fracción de edad superior a 6 meses a medio año, se le exigirá el mismo periodo de carencia genérica que si tuviera 16 años y 6 meses, por lo que se le exigirá haber cotizado a lo largo de toda su vida laboral el periodo de tiempo resultante de dividir entre tres, no los 10 meses que efectivamente han transcurrido desde la fecha en que cumplió los 16 años hasta la fecha del hecho causante, sino los 6 meses a los que a estos efectos equivalen ($16-16=0$ años; $6\text{ meses}/3=2$ meses). Por lo tanto, un sujeto con 16 años y 10 meses de edad en la fecha del hecho causante deberá haber cotizado como mínimo dos meses a lo largo de toda su vida laboral para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, siempre que acceda a ellas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

⁷⁸⁹ Último párrafo del art 4.1, letra b) del Real Decreto 1799/1985.

Como indican PÉREZ ALONSO y RODRÍGUEZ PASTOR se aplican redondeos tanto para el cálculo de la edad del sujeto causante como para la determinación de los periodos de carencia (PÉREZ ALONSO, M.^a A. y RODRÍGUEZ PASTOR. (2008): “La incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social”. VV.AA. *Nuevas prestaciones de Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Jubilación en el RGSS*, op.cit., p. 63).

⁷⁹⁰ Como subraya VICENTE PALACIO, a efectos del cómputo de la carencia genérica se deben considerar las cotizaciones efectivamente realizadas durante el tiempo en que el trabajador se encontrara en alta, incluyendo también las efectuadas durante las situaciones de Incapacidad Temporal, nacimiento y cuidado de menor y riesgos durante el embarazo y durante la lactancia natural- situaciones durante las cuales subsiste la obligación de cotizar. Además, deben incluirse aquellas que se consideran como expresamente asimiladas, entre otras, las correspondientes a las dos pagas extraordinarias previstas legalmente en el TRET o, en su caso, las que efectivamente perciba el trabajador de ser superiores (la autora cita al respecto la STS de 28 de enero de 2013, rec. 812/2012) y también las cotizaciones por el periodo máximo de duración de la situación de Incapacidad Temporal, incluida la de su prórroga ordinaria por 180 días, pero no así la extraordinaria por 185 días más prevista en el segundo párrafo del art. 174.2 de la LGSS/2015 (VICENTE PALACIO, A. (2019): *Manual básico de Seguridad Social* (directores: GARCÍA NINET, J.I.; VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA VIÑA, J.), Barcelona (Ed. Atelier, 2ª edición), p. 242).

⁷⁹¹ Si una persona tiene 40 años en la fecha del hecho causante, para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez derivadas de enfermedad común, se le pedirá haber cotizado como mínimo la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en

a todos los sujetos causantes de estas pensiones cuyas edades estén comprendidas entre los 31 años y los 40 años y 5 meses, siempre se les va a pedir que hayan cotizado como mínimo 5 años, con independencia del periodo de tiempo en que lo hayan hecho. En estos casos, al haberse establecido en el art. 195.3, letra b) LGSS/2015 una cotización mínima que es necesario acreditar en todo caso por el beneficiario, con 31 años o más, de las pensiones de Incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez derivadas de enfermedad común cuando el acceso a las mismas se produzca desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, no debe aplicarse la regla general de cálculo del periodo de carencia genérica⁷⁹², que solo deberá emplearse cuando la edad del sujeto causante en la fecha del hecho causante sea igual o superior a 40 años y 6 meses⁷⁹³.

Además del cumplimiento del periodo de carencia genérica, a quienes tengan 31 años o más en la fecha del hecho causante se les exige acreditar un periodo específico de cotización. Esta carencia específica se cumple si se ha cotizado como mínimo la quinta parte del periodo exigido como carencia genérica dentro de los diez años anteriores al hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar⁷⁹⁴.

El cálculo del periodo de cotización específico requerido es sencillo. Se trata simplemente de dividir entre cinco el periodo de carencia genérico exigido al trabajador en función de

que cumplió los 20 años y la del hecho causante, es decir, el tiempo resultante de dividir entre cuatro los 20 años que han transcurrido desde que cumplió los 20 años ($40-20=20$ años; $20/4=5$ años). Estos cinco años tendrá que haberlos cotizado a lo largo de toda su vida, pues se trata de un periodo de carencia genérica.

⁷⁹² Si aplicáramos la regla de cálculo prevista en el art. 195.3, letra b) LGSS/2015 para calcular el periodo previo de cotización que se les exige acreditar en la fecha del hecho causante a los sujetos causantes cuya edad vaya desde los 31 años a los 39 años y 6 meses, resultaría siempre un tiempo inferior a 5 años y, puesto que el mínimo de cotización ha de ser de 5 años, no podríamos tenerlo en cuenta. Por tal motivo, resulta innecesario realizar operación alguna concerniente al cálculo del periodo mínimo de cotización exigido en estos casos, pues siempre será de 5 años.

⁷⁹³ Así lo establece el art. 4.1, letra b) del RD 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente (BOE de 5 de octubre de 1985).

Por ejemplo, si una persona tiene 40 años y 6 meses en la fecha del hecho causante, para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez derivadas de enfermedad común, se le pedirá haber cotizado como mínimo la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, es decir, el tiempo resultante de dividir entre cuatro los 20 años y 6 meses que han transcurrido desde que cumplió los 20 años ($40-20=20$ años) + 6 meses; $(20 \times 12) + 6 = 246$; $246/4 = 61,5$ meses).

Por lo tanto, al redondearse los periodos de carencia, despreciándose los decimales, un sujeto con 40 años y seis meses de edad en la fecha del hecho causante deberá haber cotizado como mínimo 61 meses a lo largo de toda su vida laboral para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, siempre que acceda a ellas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta. Estos 61 meses tendrá que haberlos cotizado a lo largo de toda su vida, pues se trata de un periodo de carencia genérica.

⁷⁹⁴ Art. 195.3, letra b) del art. 195.3 LGSS/2015.

su edad⁷⁹⁵. Puesto que, como se ha dicho, para poder acceder a las pensiones de Incapacidad permanente desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta a todos los trabajadores cuya edad sea de entre 31 y 40 años y 5 meses, ambas incluidas, se exige haber cotizado cinco años a lo largo de su vida laboral, el cumplimiento del periodo de cotización específico se dará cuando hayan cotizado al menos un año dentro de los diez anteriores al hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar. En estos casos, igual que sucedía para el cálculo de la carencia genérica, no será necesario calcularlo, pues siempre será el referido anteriormente.

A efectos de calcular el periodo de carencia exigido, genérico y específico, para los sujetos que tengan cumplidos los 31 años en la fecha del hecho causante, no se tendrán en cuenta en ningún caso las fracciones de edad inferiores a seis meses, considerándose equivalentes a medio año las iguales o superiores a seis meses. Los periodos de cotización resultantes serán objeto de redondeo, despreciándose en su caso, las fracciones de mes.

Los periodos de carencia, genérico y, en su caso, específico, examinados hasta el momento solo se requieren para las personas que a lo largo de toda su vida laboral hayan trabajado a tiempo completo, pero no para los trabajadores contratados a tiempo parcial que pretendan causar derecho a las pensiones de Incapacidad permanente para las que se exija un periodo de cotización previo, como es el caso de las derivadas de enfermedad común.

Para el cómputo de los periodos de cotización exigidos en estos casos, el art. 247 de la LGSS/2015 establece que serán de aplicación una serie de reglas⁷⁹⁶, cuya aplicación dará como resultado la exigencia de un periodo de cotización inferior al establecido para los trabajadores a tiempo completo. Las reglas a seguir para calcularlo serían las siguientes:

⁷⁹⁵ Por ejemplo, para un trabajador con 54 años en la fecha del hecho causante, el periodo de carencia genérica será el resultado de dividir entre cuatro el tiempo transcurrido desde que cumplió los 20 años hasta la fecha del hecho causante ($54-20=34$; $34 \times 12=408$; $408/4= 102$ meses); y el periodo de carencia específica exigido será el resultante de dividir entre cinco el tiempo exigido como periodo de carencia genérico, despreciando en su caso los decimales ($102/5= 20,4$ meses, lo que equivale a 20 meses). De ahí, que los trabajadores con 54 años, para acreditar el periodo específico de cotización deberán haber cotizado como mínimo 20 meses dentro de los diez años anteriores al hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

⁷⁹⁶ El cambio normativo fue introducido por la modificación que el art. 5 del RD- Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social (BOE de 3 de agosto) operó en la Disposición adicional séptima de la LGSS/1994. Lo establecido en el art. 247 de la LGSS/2015 también resulta aplicable para el cálculo del periodo de carencia exigido a los trabajadores contratados a tiempo parcial para el acceso a la pensión de jubilación y a las prestaciones de muerte y supervivencia, Incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor.

- a) En primer lugar, habrá que calcular los días teóricos de cotización a tiempo parcial y sumarlos a los días trabajados a tiempo completo (si los hubiera).

En el caso de que el trabajador solo se haya trabajado a tiempo parcial, para calcular el número de días de cotización acreditados a tiempo parcial, aplicaremos a los días que el trabajador haya permanecido en alta el coeficiente de parcialidad que corresponda. El resultado de esta operación será el número de días de cotización acreditados a tiempo parcial.

Para la aplicación de esta regla, deben hacerse dos precisiones: 1ª) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, con independencia de la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos; 2ª) el coeficiente de parcialidad viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable.

Si también existiesen días trabajados a tiempo completo, para calcular el número total de días de cotización acreditados por el trabajador, se sumará el nº de días de cotización acreditados a tiempo parcial al nº de días trabajados a jornada completa. El resultado será el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

- b) En segundo lugar, deberá calcularse el número total de días que el trabajador haya permanecido en alta, sumando el número de días trabajados a tiempo parcial a los trabajados a tiempo completo.
- c) En tercer lugar, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad. Este es el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo establecido en la regla a) sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador⁷⁹⁷. Lo obtendremos dividiendo el nº total de días de cotización acreditados por el trabajador entre el nº total de días durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta.
- d) Por último, deberá calcularse el periodo de carencia genérica y el periodo de carencia específica, es decir, el número de días que el trabajador debe haber

⁷⁹⁷ De conformidad con el art. 247 b) de la LGSS/2015, en caso de tratarse de subsidio por Incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años, y si se trata del subsidio por nacimiento y cuidado de menor, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

cotizado a lo largo de su vida laboral y el que debe haber cotizado dentro de los 10 años anteriores al hecho causante o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, respectivamente, para tener derecho a la pensión de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

Sobre esta cuestión, el art. 247 c) de la LGSS/2015 establece que el “período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad (...)”⁷⁹⁸. Y que en aquellos supuestos en que, “a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación”. Este tramo temporal de referencia, para acreditar el periodo de cotización específico exigido para acceder a las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común es el comprendido en los 10 años anteriores a la fecha del hecho causante o al momento en que cesó la obligación de cotizar..

De este modo, para calcular el periodo mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para acceder a las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común, incluida la correspondiente al grado de Gran invalidez derivada de ese riesgo, se aplicará el coeficiente global de parcialidad al periodo de carencia, genérico y, en su caso, específico, exigidos a un trabajador de su misma edad que haya trabajado siempre a tiempo completo.

⁷⁹⁸ Como indica ROQUETA BUJ, los periodos de carencia que se exigen con carácter general se ven reducidos “en la misma proporción en que se reduce globalmente la jornada efectivamente realizada por el trabajador a lo largo de toda su vida laboral respecto de la jornada a tiempo completo comparable”. Con ello se facilita el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común, aunque las mismas acaben teniendo una cuantía muy reducida, sobre todo en el caso de que se trate de “trabajadores que habitualmente realizan una jornada marginal” (ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op, cit., p. 462).

La misma autora dice que REQUEJO GUTIÉRREZ resalta que, en orden a acreditar los periodos de cotización exigidos, se podrían conseguir los mismos resultados si se reconociera a los trabajadores a tiempo parcial tantos días cotizados como días haya permanecido en situación de alta en la Seguridad Social, con independencia de cuál sea la jornada realizada y de su distribución en el tiempo, igual que ocurre con los trabajadores a tiempo completo (REQUEJO GUTIÉRREZ, F. (2013): “Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial tras el RD- L 11/2013, de 2 de agosto”, *Aranzadi Social*, nº 7, p. 22).

1.1.2.2. Período previo de cotización exigido para el acceso desde una situación de no alta cuando la causa de la Gran invalidez sea una enfermedad común o un accidente no laboral.

El art. 195.4 LGSS/2015 permite que, excepcionalmente⁷⁹⁹, se pueda acceder a las pensiones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, en los grados de absoluta y de Gran invalidez⁸⁰⁰, incluso si los interesados no se encuentran en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta⁸⁰¹.

Con esta previsión se evita privar de la protección por Incapacidad permanente a personas que pese a tener carreras de cotización significativas, no podrían acreditar el requisito de encontrarse en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante y, por tal motivo, no tendrían derecho a las prestaciones.

Para estos supuestos en que se acceda a los dos últimos grados de la Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes no se determina explícitamente la fecha del hecho causante, sino únicamente la fecha de efectos económicos. Aun así, teniendo en cuenta que el art. 3 del RD 1799/1985, de 2 de octubre, precisa que los efectos económicos se producirán desde el momento de la solicitud, debe entenderse que dicha fecha será también la del hecho causante⁸⁰².

Sobre el reconocimiento del derecho a las pensiones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el interesado no se encuentra en situación de alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante, deben hacerse inicialmente tres consideraciones⁸⁰³.

Desde una situación de no alta solo es posible acceder a las pensiones de Incapacidad permanente en los grados de absoluta y Gran invalidez derivadas de contingencias comunes⁸⁰⁴. Esto significa que el acceso desde tal situación queda reservado a los grados

⁷⁹⁹ La regla general, establecida en el art. 195.1 LGSS/2015, exige que el trabajador se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta para poder acceder a las pensiones de Incapacidad permanente.

⁸⁰⁰ Repárese en que no se permite el acceso a la pensión de Incapacidad permanente total derivada de contingencias comunes, ni tampoco a la parcial, desde una situación de no alta.

⁸⁰¹ Para el acceso a los dos primeros grados de Incapacidad permanente (Incapacidad permanente parcial e Incapacidad permanente absoluta) se exige en todo caso que el trabajador se encuentre en situación de alta o en situación asimilada a la de alta.

⁸⁰² DESDENTADO BONETE, A. (2004): “El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente”. VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica* (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), op. cit., p. 126).

⁸⁰³ Véase GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), op. cit., pp. 934 y 935).

⁸⁰⁴ La Ley 26/1985, de 31 de julio, introdujo la posibilidad de acceder a las prestaciones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez desde una situación de no alta, “atenuando el requisito de la conexión “profesional” (estar en alta o en situación asimilada) por la vía de acentuar la “contributividad”, exigiendo

superiores de la Incapacidad permanente, quedando fuera de tal posibilidad el paso a la pensión de Incapacidad permanente total derivada de los mismos riesgos, que siempre exige situación de alta o situación asimilada a la de alta.

El reconocimiento de la Incapacidad permanente absoluta o de la Gran invalidez desde una situación de no alta solo es posible a instancia de parte. Los efectos económicos se producirán a partir de la fecha de solicitud de la pensión⁸⁰⁵.

La falta de referencia en el precepto a las pensiones derivadas de contingencias profesionales resulta lógica si se tiene en cuenta que siempre será posible acceder a ellas porque o bien habrá una situación de alta, real o presunta, o bien, en el caso de que se trate de una enfermedad profesional que se manifieste después de extinguido el contrato de trabajo, una situación asimilada a la de alta.

Por otra parte, existen dos particularidades que distinguen el acceso a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez derivada de contingencias comunes desde una situación de alta/situación asimilada a la de alta del acceso a los mismos grados desde una situación de no alta. La primera endurece el requisito de cotización exigido, extendiéndolo además a la Incapacidad derivada de accidente no laboral. La segunda determina la aplicación de unas reglas de cálculo de la base reguladora de la pensión menos favorables, que se aplican no solo cuando la Incapacidad permanente deriva de enfermedad común sino también de accidente no laboral, resultando especialmente gravosas para el beneficiario cuando la contingencia derive de este último riesgo, lo que se advierte con claridad si se comparan con las que se aplican para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente debidas a accidente común cuando el acceso se produce desde una situación de alta/situación asimilada a la de alta.

Por lo que respecta a la primera cuestión, como se ha dicho anteriormente, si el acceso a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez se produce hallándose el interesado en situación de alta o en situación asimilada a la de alta, solo se exige acreditar un periodo previo de cotización genérico y, en su caso otro específico, cuando la causa de la Incapacidad permanente sea una enfermedad común, y no un accidente no laboral. Sin embargo, para tener derecho a las pensiones de Incapacidad permanente

un mayor periodo de carencia como compensación por el anterior” VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA NINET, J.I. (2009): “Incidencia de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre sobre la pensión de incapacidad permanente. 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.109).

⁸⁰⁵ Art. 3 del RD 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente (BOE 5 de octubre).

correspondientes a tales grados si se accede desde una situación de no alta, se exige reunir un periodo previo de cotización tanto si estas situaciones son debidas a enfermedad común, como si su origen es un accidente no laboral.

Además, para estos casos el periodo mínimo de cotización exigido no se fija en atención a la edad del sujeto causante, sino que siempre es el mismo. En concreto, el art. 195.4 de la LGSS/2015 establece que, en tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 195.3.b) LGSS/2015. Allí se indica que cuando se accede a las pensiones de Incapacidad permanente- desde una situación de alta o asimilada a la de alta, sin obligación de cotizar- “el periodo de los diez años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, una quinta parte del período de cotización exigible se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar”.

De esta forma, el acceso a las pensiones correspondientes a los grados de Incapacidad permanente absoluta y la Gran invalidez desde una situación de no alta exige que el sujeto haya cotizado como mínimo:

15 años a lo largo toda la vida laboral (periodo de cotización genérico)

3 años dentro de los últimos 10 años anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar (periodo de cotización específico)⁸⁰⁶.

Sobre la regla de cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y de Gran invalidez derivada de contingencias comunes cuando se acceda a las mismas desde una situación de no alta, se dará una explicación detallada más adelante. Por el momento baste con reseñar que se limita a una sola operación, el cálculo de un cociente, pasándose, por tanto, directamente a calcular la pensión aplicando un porcentaje fijo del 50%, con independencia del grado de que se trate.

Por último, el art. 195.5 de la LGSS/2015 establece que en aquellos casos en se cause una pensión de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez desde una situación de no alta, según se posibilita en el apartado anterior, y se pretenda causar otra pensión en otro Régimen de la Seguridad Social Para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, será necesario que las cotizaciones

⁸⁰⁶ El art 13 de la Ley 52/2003 añadió dos nuevos párrafos al artículo 138.2.b) de la LGSS/1994. El primero de ellos quedó redactado en los siguientes términos: “En los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los 10 años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, una quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar” (Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. BOE de 11 de diciembre).

acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años. De esta forma se endurecen las reglas generales sobre compatibilidad de pensiones entre los distintos regímenes del sistema de Seguridad Social, lo que se explica si se tiene presente que la posibilidad de acceder a las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez derivadas de contingencias comunes constituye una excepción a la regla general que exige que el trabajador se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta⁸⁰⁷.

1.1.3. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación en la fecha del hecho causante.

Se establece un requisito adicional para poder acceder a la Incapacidad permanente derivada de Contingencias Comunes: tener una edad inferior a la de jubilación en el momento de producirse el hecho causante, entendiendo por tal los 65 años o la edad superior aplicable cada año a partir de 2013, de conformidad con lo previsto en la Disposición Transitoria 7ª de la LGSS/2015.

La norma que impide el reconocimiento del derecho a las prestaciones de Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes se recoge en el segundo párrafo del art. 195.1 de la LGSS/2015, con el siguiente alcance: a) El potencial beneficiario debe haber cumplido la edad ordinaria de jubilación prevista en el art. 205.1.a), que es como mínimo de 65 años, por lo que este requisito no resulta aplicable a aquellos casos en que su edad permita al sujeto acceder a la jubilación anticipada, por causas a él no imputables o por su propia voluntad, regulada en los arts. 207 y 208 de la misma norma; b) Dado que tras la reforma operada en el año 2011, existen dos edades ordinarias de jubilación diferentes a partir de 2013, en atención a la carrera de cotización del interesado, y que el art. 195. 1 LGSS/2015 no especifica a cuál de ellas se hace la remisión, parece que deberá entenderse hecha a ambas, es decir, a los 65 años o a aquella edad superior en que le corresponda al sujeto jubilarse cada año según su periodo de ocupación cotizada hasta que se implante el Derecho definitivo en el año 2027, momento en el que las dos edades de jubilación ordinaria pasarán a ser los 67 años, si se han cotizado menos de 38 años y 6 meses, y los 65 si se han cotizado 38 años y 6 meses o más⁸⁰⁸ y c) La prohibición de

⁸⁰⁷ Véase LIMÓN LUQUE, M.A. (2009): *Ley General de Seguridad Social comentada (comentada y con jurisprudencia)*. VV.AA. (directores MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J. coordinadora: CASTRO ARGÜELLES, M.A), op. cit., p. 1096).

⁸⁰⁸ No obstante, GOERLICH PESET sostiene que la remisión parece entenderse hecha a los 67 años, o, se supone, a la edad ordinaria más alta establecida para cada año en función de las reglas transitorias en materia de jubilación conforme a la Disposición Transitoria 7ª de la LGSS/, pues “entender aplicables las dos implicaría un tratamiento diferencial poco claro en atención a una circunstancia- la previa carrera de ocupación cotizada- que este precepto no contempla, en detrimento además de la tendencia normativa que mira al retraso del acceso a la jubilación”. Y añade que: “Esta solución parece armonizar mejor (...) con el

acceder a la Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes solo opera si el beneficiario, además de haber cumplido la edad ordinaria de jubilación de que se trate, reúne los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación contributiva.

Un aspecto fundamental sobre el que debe insistirse es que en el segundo párrafo del art.195.1 LGSS/2015 solo se prohíbe acceder, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, a la Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, pero no a la que sea consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, de modo que si trabajador ha seguido trabajando después del alcanzar dicha edad obtendrá la protección concerniente a las contingencias profesionales, e incluso, en el caso de que la causa de la Incapacidad permanente sea una enfermedad profesional, tendrá derecho a ella pese a no existir prestación de servicios ⁸⁰⁹.

Conviene ahora, siquiera sea brevemente, repasar la evolución normativa de este requisito hasta llegar al momento actual, porque hubo un tiempo en que su exigencia impidió el acceso la Incapacidad permanente cualquiera que fuese su causa, a quien ya había cumplido la edad ordinaria de jubilación.

De este modo, con la intención de impedir que los potenciales beneficiarios de dos prestaciones, una de incapacidad permanente y otra de jubilación, optasen por aquélla que les resultase más beneficiosa, La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, introdujo un segundo párrafo en el artículo 138. 1 del TRLGSS/1994.

La nueva regulación impedía el reconocimiento de la prestación de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, cuando el interesado hubiera cumplido la edad ordinaria de jubilación, que en ese momento estaba fijada en los 65 años, siempre que reuniera los requisitos exigidos para poder acceder a la pensión de jubilación contributiva⁸¹⁰.

Esta restricción del acceso a las prestaciones de incapacidad permanente una vez cumplidos los 65 años, predicable de cualquier grado de incapacidad y cualquiera que

tratamiento que reciben otros supuestos de rebaja de la edad de jubilación, en atención al tipo de trabajo o a la discapacidad del trabajador. (GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), op. cit., pp. 935 y 936).

⁸⁰⁹ Véase STS de 5 de noviembre de 2009, Rec. 3671/2008 (RJ 2009,7736).

⁸¹⁰ Hasta finales del año 1997 ninguna norma impedía que pudiera reconocerse una Incapacidad permanente al interesado que tuviera 65 años o más. Fue el art. 6 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, el que introdujo tal imposibilidad, que, además, resultaba aplicable fuera cual fuera la contingencia, común o profesional, de la que derivase la Incapacidad permanente.

Así establecía lo siguiente: “1. No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante,

fuese la causa de esta, se suavizó por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas urgentes para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible⁸¹¹.

A partir de esta norma, la restricción pasó a operar solo con respecto a las incapacidades permanentes derivadas de contingencias comunes, por lo que a los potenciales beneficiarios de una prestación de incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales, que hubieran cumplido los 65 años y reunieran los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contributiva, sí podía reconocérseles el derecho a la prestación de incapacidad permanente, no quedando obligados a pasar a ser pensionistas de jubilación⁸¹².

Así, la posibilidad de reconocer una prestación de incapacidad permanente a quien hubiera cumplido los 65 años solo era posible en dos casos. Primero, cuando la incapacidad permanente derivase de contingencias profesionales, y segundo, cuando

tenga cumplidos sesenta y cinco años de edad y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

2. Tendrán derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, las personas que, reuniendo las condiciones exigidas, sean declaradas en tal situación cuando, en la fecha del hecho causante, tengan cumplidos sesenta y cinco años y no reúnan todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social” (art. 6 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social . BOE de 13 de noviembre).

De esta forma, se impedía el paso a las prestaciones de Incapacidad Permanente a todos los que, reuniendo los requisitos para tener derecho a estas, reunieran también los requisitos para acceder a la pensión de jubilación contributiva. En este caso, debían obligatoriamente pasar a ser pensionistas de jubilación, sin posibilidad de opción, a diferencia de lo que sucede actualmente en los casos de IP derivados de contingencias profesionales.

⁸¹¹ La Ley 35/2002 (BOE de 13 de julio) sustituyó al RDL 16/2001, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), de igual título. La citada norma había incorporado a la normativa de Seguridad Social el contenido del Acuerdo Social para la mejora del sistema de protección social, suscrito por el Gobierno, las organizaciones empresariales y CC.OO.

⁸¹² Véase en extenso sobre esta cuestión, MARTINEZ BARROSO, M.R. (2004): “Recuperación legal de la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales tras el cumplimiento de la edad de jubilación: arts. 8 y 9 Ley 35/2002, de 12 de julio y Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre”, *Relaciones Laborales*, nº 1, pp. 431-450.

teniendo su causa en una de las contingencias comunes, el beneficiario no reuniera el periodo de cotización requerido para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva. Dicho de otra forma, esta específica exclusión de la posibilidad de obtener prestaciones de Incapacidad permanente requería para su aplicación de dos requisitos que deben darse con carácter acumulativo, y no alternativo:

- Cumplimiento por el beneficiario de los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva, señaladamente los relativos a la edad⁸¹³ y a la cotización.
- El origen común de las dolencias padecidas.

Y así llegamos a la regulación actual, prevista en el art. 195.1, 2º párrafo de la LGSS/2015, de la que podemos extraer las siguientes conclusiones:

La excepción no se aplica cuando el origen de la contingencia sea profesional. Así es a partir de la modificación introducida por el artículo 8 del Real Decreto- Ley 16/2001 en el párrafo 2º del apartado 1 del artículo 138 de la LGSS/1994, que estableció la posibilidad de acceder a las prestaciones de Incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales tanto si se cumplen los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación, pero todavía no se ha solicitado, como si ya se es pensionista de jubilación⁸¹⁴. No se reconocerá el derecho a las prestaciones de Incapacidad permanente cuando el beneficiario en la fecha del hecho causante haya cumplido la edad de jubilación y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, ya que en este caso, se vería obligado a acceder a esta. Y esta norma se aplica aunque no se haya solicitado la pensión de jubilación⁸¹⁵.

Excepcionalmente, se permitirá al trabajador que haya cumplido la edad de jubilación acceder a la pensión de Incapacidad Permanente derivada de contingencias comunes,

⁸¹³ El art. 10 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, concretó que para la determinación de la edad de 65 años no se tendrían en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que en su caso pudieran corresponder, por ejemplo las previstas en el Régimen especial de la Minería del Carbón o para los trabajadores con una discapacidad igual o superior al 65% (RD 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de una jubilación gradual y flexible (BOE de 27 de noviembre).

⁸¹⁴ “(...) se consagra como regla general la posibilidad de acceder a la prestación por invalidez desde una situación de jubilación o de requisitos para obtenerla, siempre que el origen de la contingencia sea profesional lo que se cohonesta con lo dispuesto, como señala la sentencia de contraste, en el artículo 36.9 del Real Decreto 84/1996 de 26 de enero asimilando al alta a quienes hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento de dicho Régimen (...) después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debido a dicha contingencia. Con ello se mantiene el trato privilegiado que a las contingencias profesionales otorga el legislador” (SSTS de 5 de noviembre de 2009 Rec. 3671/2008 (RJ 2009,7736) y de 26 de abril de 2010 (EDJ 122416).

⁸¹⁵ SSTS de 18 de febrero de 2002 (EDJ 27051) y de 25 de noviembre de 2004 (EDJ 197495).

cuando no reúna los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación. Ahora bien, en este caso, la cuantía de la prestación, con independencia del grado de Incapacidad permanente de que se trate, se calculará en los términos previstos en el art. 196.5 LGSS/2015, aplicándose a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización que esté establecido en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación, y que actualmente es del 50%⁸¹⁶.

Conforme establece la norma a) del apartado 1 del art. 197 de la LGSS/2015, al que remite el art. 196.5 de la misma norma, en estos casos el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante. Deberá procederse a la actualización de las bases de cotización que no sean las correspondientes a los 24 meses anteriores al mes previo al del hecho causante. Estas últimas se computarán en su valor nominal⁸¹⁷.

La regulación de esta materia tiene consecuencias particularmente gravosas para los potenciales beneficiarios de una prestación de Gran invalidez derivada de contingencias comunes, porque si no reúnen los requisitos exigidos para acceder a la pensión de jubilación y, por tanto, excepcionalmente podrían ver reconocido su derecho a la pensión de Incapacidad permanente, no será así en cuanto al complemento por necesidad de asistencia de tercera persona, que en ningún caso podrán obtener. Aunque tampoco podrían ver reconocido su derecho a esta prestación adicional quienes reuniendo los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación, de edad y cotización, se

⁸¹⁶ El art. 8 del Real Decreto- Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE de 31 de diciembre) incluyó un nuevo apartado 5 en el artículo 139 de la LGSS/1994 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, con la siguiente redacción:

"En los casos en que el trabajador, con 65 o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, por no serle de aplicación lo establecido en el párrafo segundo, apartado 1, del artículo 138, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación."

Como resalta GOERLICH PESET, con la previsión del art. 196.5 de la LGSS/2015, que aproxima el cálculo de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes una vez alcanzada por el sujeto la edad ordinaria de jubilación al establecido para la pensión de jubilación se evitan "tratamientos diferenciados poco claros entre quienes, en función de su carrera contributiva, pueden acceder a la jubilación y aquellos que, al no cumplirlos, quedan protegidos en razón de la incapacidad permanente" (GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), op. cit., p. 936).

⁸¹⁷ El art. 2. Tres de la Ley 40/2007 excluyó implícitamente la aplicación en estos casos al cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común del porcentaje correspondiente a los años de cotización previsto para las pensiones de jubilación cuando dio redacción al apartado 5 del art. 139 de la LGSS/1994.

vieran obligados a pasar a ser pensionistas de jubilación. Cuestión distinta es la posibilidad de que el pensionista de Gran Invalidez pueda conservar el complemento después de cumplir la edad de jubilación, lo que solo será posible cuando el reconocimiento del grado de Gran invalidez, y, por tanto, de la prestación adicional que conlleva, se hubiera producido antes del cumplimiento de la edad de jubilación. Pese a que esta diferencia de tratamiento es discutible, no se ha encontrado ninguna inconstitucionalidad en la diferencia.

Para ilustrar lo dicho anteriormente, se procede a realizar a continuación un breve repaso de la doctrina del Tribunal Constitucional que admite que en materia de Seguridad Social la edad puede ser una causa objetiva y razonable de distinción.

Partimos para ello de la Sentencia de 30 de octubre de 2003⁸¹⁸, cuyo Fundamento Jurídico sexto, si bien destaca que, tal como se argumenta en el Auto de planteamiento, la “peculiar naturaleza de la gran invalidez”, por la necesidad de la asistencia de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, “la aparta del régimen general de la incapacidad permanente”, subraya a continuación que “el remedio de las situaciones de necesidad en la Seguridad Social ha de producirse “en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales”⁸¹⁹. Por este motivo, en materia de Seguridad Social, la edad “puede suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables”⁸²⁰, “admitiendo la viabilidad de la fijación de una concreta edad como límite para los derechos de los beneficiarios “posiblemente atendiendo condicionamientos financieros”⁸²¹.

Más adelante se indica que pese a que “la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los 65 años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva –art. 53.3 CE-, el “Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del

⁸¹⁸ 197/2003, Pleno del Tribunal Constitucional. Desestima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1936/1997, planteada por el juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona por supuesta inconstitucionalidad del art. 143.2 del TRLGSS/1994, por oposición al artículo 14 CE (BOE de 26 de noviembre). Ver en GARCÍA NINET, J. I. (2004). *Código de Seguridad Social* (Dir. GARCÍA NINET, J. I), Navarra (Ed. Civitas), pp. 635-636. El mismo pronunciamiento en STC – Pleno- 78/2004, de 29 de abril, BOE de 28 de mayo. MEDIAVILLA CRUZ, M.L Y CARRATALÁ TERUEL, J.L (2004) comentan la STC 197/2003 en “La gran invalidez antes y después de los sesenta y cinco años. (Comentario a la sentencia 197/2003, de 30 de octubre)”, *Tribuna Social*, núm. 160.

⁸¹⁹ Véase al respecto el FJ 4 de la STC77/1995, de 20 de mayo (BOE de 21 de junio).

⁸²⁰ Véase FJ 3 de la STC 184/1993, de 31 de mayo.

⁸²¹ FJ 3 de la STC 137/1987, de 22 de julio (BOE de 11 de agosto).

sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable (...), 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”⁸²².

En síntesis, esta Sentencia entiende que la infracción del artículo 14 de la Constitución Española se da siempre que una norma introduzca diferencias entre situaciones iguales sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello, por lo que al no resultar equiparables la situación de los trabajadores que, al menos en lo concerniente a la edad, podrían tener una vida laboral activa y la de aquellos otros que ya hayan cumplido la edad de jubilación, estaría justificado el tratamiento legal distinto.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado respecto al problema de acceso al complemento por Gran invalidez cumplidos los 65 años a través del mecanismo de la revisión de grado (o recalificación) de la pensión de incapacidad permanente previamente lucrado por el beneficiario, al resolver sendas cuestiones de inconstitucionalidad.

También, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2004, el Tribunal Constitucional se inclinó por no considerar discriminatoria la utilización de la edad en el artículo 138.1. 2º TRLGSS/1994 a efectos de permitir o no el acceso a la Incapacidad permanente. Pero, si bien reitera que en materia de Seguridad Social la edad podría suponer un criterio de distinción basado en razones objetivas y razonables, matiza que para que la norma que impide la declaración de la Incapacidad permanente se aplique, no es suficiente con considerar aisladamente este requisito, sino que se han de cumplir también el resto de las exigencias que permiten acceder a la pensión de jubilación contributiva, siendo el cumplimiento de una determinada edad solo una de ellas.

Entiende así el Tribunal Constitucional que el legislador ordinario encauza a través de la prestación por jubilación la protección de la totalidad de las contingencias de quienes reúnen los requisitos para alcanzarla, y concluye que en el art. 138.1. 2º LGSS/1994 ha utilizado la libertad de configuración que le compete, al establecer una diferente

⁸²² Sobre esto, VENTURA PRATS ha manifestado que dado que la norma ha sido declarada constitucional, resulta accesorio que en el caso concreto la cuestión a analizar se centre en una agravación de las lesiones que se constituya como calificable de Gran invalidez, porque lo que “la legalidad ordinaria impide es la revisión para el acceso a cualquier otro grado de incapacidad distinto del ya ostentado con anterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación” y esto, por supuesto, incluye el grado de Gran invalidez. “(...) Ahora bien, la revisión ha de calificarse y, en su caso, producir los efectos correspondientes, si se pide antes del cumplimiento de la edad, como recuerda la STS- 4ª- de 17 de septiembre de 2004 (RCUD 3412/2003); siguiendo, aún sin citarla, la de 18 de abril de 1988 (RJ 1988/ 2984)” (VENTURA PRATS, J. M.ª (2009): *Jurisprudencia de Seguridad Social*, op. cit., 405).

ordenación de la protección dispensada por la pérdida de la capacidad laboral a quienes se encuentran en disposición de beneficiarse de la pensión de jubilación y a quienes, por el contrario, no pueden acceder a ella, considerando que esta opción es constitucionalmente admisible.

Por lo que a la imposibilidad de revisar el grado de Incapacidad permanente una vez cumplida la edad de jubilación, y consiguientemente, de acceder a la Gran invalidez con posterioridad a dicha fecha, reviste particular interés la STC de 29 de abril de 2004.

La norma cuya constitucionalidad se cuestionaba, por posible vulneración del art. 14 de la CE, era la contenida en el primer párrafo del artículo 143.2 TRLGSS/1994, en la redacción derivada de lo dispuesto por el art. 34.2 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁸²³.

En el Auto de formalización de la cuestión de inconstitucionalidad, el órgano proponente entendía que el límite de edad establecido en el párrafo primero del art. 143.2 TRLGSS/1994, que impedía declarar gran inválido a quien, habiendo sido declarado anteriormente en situación de Incapacidad Permanente Absoluta, se encontrara en la situación descrita en el art. 137.6 TRLGSS/1994, por el hecho de haber cumplido ya los sesenta y cinco años de edad en el momento en que solicitaba la revisión, es decir, la edad mínima establecida con carácter general en aquel momento para acceder a la pensión de jubilación ordinaria, producía una discriminación respecto de otras personas que habiendo sido también declaradas en situación Invalidez Permanente Absoluta, y por tanto estando igualmente incapacitados para todo trabajo, no hubieran cumplido dicha edad.

En el Auto de planteamiento se argumenta que si bien tal limitación a la hora de solicitar la revisión del grado invalidez podría tener justificación constitucional respecto de aquellos que guarden relación con las condiciones físicas que resultan necesarias para desempeñar un determinado trabajo, carece de la misma en los supuestos en los que al solicitante de la revisión se le hubiera reconocido previamente una Incapacidad Permanente Absoluta y reclamase el reconocimiento de la Gran Invalidez una vez cumplidos los 65 años, como consecuencia de la agravación de sus lesiones.

El Abogado del Estado interesaba la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad por entender que el Auto no pretendía invalidar un texto por infracción de algún artículo

⁸²³ CÁMARA BOTÍA, A. (2004): “Sobre la constitucionalidad del artículo 143.2 LGSS: revisión del grado de incapacidad permanente, edad de jubilación y gran invalidez” en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXI, Madrid (Ed. Civitas), pp. 379 y ss.

de la Constitución, sino por incluir en su redacción una excepción para los supuestos de Gran invalidez de los que habían sido declarados en situación incapacidad permanente absoluta, lo que rebasaba las posibilidades de este procedimiento constitucional.

No muy atinadamente añadía que la Gran invalidez, como los demás grados de incapacidad, era solo la originada en el tiempo de trabajo activo y en cuanto determinaba la incapacidad para trabajar, olvidando que desde el año 1982 la situación de Gran invalidez no va unida necesariamente a una situación de Incapacidad Permanente Absoluta y, que por tanto, no determina necesariamente la anulación de la capacidad de trabajo.

En parecidos términos se expresaba el Fiscal General del Estado cuando alegaba que son situaciones diferentes la del trabajador en situación de activo y la del que ha alcanzado la jubilación, subrayando que la Gran invalidez, como modalidad de la Invalidez permanente, únicamente puede ser reconocida a las personas que tengan legalmente capacidad productiva, es decir, que no hayan sido jubilados, obviando el hecho de que la jubilación o el cese en el trabajo son voluntarios, después de haber sido declarada la inconstitucionalidad de la disposición adicional quinta del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que contemplaba la jubilación forzosa, y que, por tanto, resultaba perfectamente posible seguir trabajando después de los 65 años⁸²⁴.

El Tribunal Constitucional, tras recordar que el examen de la constitucionalidad del art.143.2 TRLGG/1994 ya había sido abordado en la STC 197/2003, de 30 de octubre, comentada anteriormente, pasa a reproducir la doctrina contenida en el fundamento jurídico 5 de aquella que, en síntesis es la siguiente:

- La diversificación introducida por la previsión legal cuestionada, a efectos de posibilitar la revisión de la incapacidad permanente entre todos cuantos padecen un estado invalidante, en función de la edad, no revela una mera diferenciación jurídica de naturaleza cronológica.
- El art. 143.2 LGSS establece “un diferente trato por razón de una diversa y preexistente, posición o condición jurídica de los potenciales interesados. Así, no es la edad aislada y selectivamente considerada la que desencadena en el precepto la diferenciación entre dos

⁸²⁴ Debe tenerse presente que el RD Ley 28/2018, de 28 de diciembre modifica la Disposición Adicional X del TRET/2015. Se contempla de nuevo la posibilidad de que mediante convenio colectivo, de sector o de empresa, pueda imponerse la obligación de jubilarse como instrumento de política de empleo, aunque solo a trabajadores que ya tengan no solo la edad de jubilación sino también una larga carreras de cotización, puesto que se exige que su pensión sea equivalente al 100% de la base reguladora.

grupos de personas, sino la edad en cuanto implica la línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de ésta”.

- Jubilación e invalidez son “situaciones distintas que obedecen a diferentes fundamentos” y de ahí que la Ley general de la Seguridad Social establezca dos sistemas diferentes, los regulados en sus capítulos V y VII.

Dado que la Incapacidad permanente, que engloba a la Gran invalidez como su último grado, se caracteriza por una disminución o anulación de la capacidad laboral, y puede producirse en cualquier momento de la vida activa, su régimen jurídico exige necesariamente la posibilidad de revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, en tanto el afectado se halle en edad de actividad laboral⁸²⁵. En cambio, la jubilación se basa en la culminación de la vida laboral, precisamente por la superación de aquella edad. “En el modo ordinario de desarrollarse los acontecimientos de la vida, la invalidez se presenta como un evento que en la consideración global del mundo laboral resulta ser excepcional, en tanto que la jubilación aparece como terminación común y general de la vida laboral.

Así pues, el ordinario declive de las facultades por razón de edad que presume el régimen de jubilación frente al patológico sobrevenido para el trabajo durante la vida activa, independientemente de la edad, define dos situaciones diversas y, consecuentemente, dos marcos distintos de protección. Lo contrario, como tantas veces se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, llevaría a erigir en eje central del sistema de pensiones no a la vejez sino a la invalidez”.

- El cierre de la protección propia de la Incapacidad permanente conforme a una técnica de conversión a favor de la de jubilación, una vez alcanzada la edad en la que se permite adquirir la condición de sujeto pasivo, permite fijar para quien se encuentra en edad pensionable, en atención a la presunción de retirada definitiva del mundo del trabajo, mecanismos distintos de compensación de la pérdida de su capacidad de ganancia, lo que representa una opción constitucionalmente admisible para la protección de quienes han culminado su vida laboral.

⁸²⁵ GONZÁLEZ DE PATTO, en referencia a la STC de 29 de abril de 2004, subraya que a criterio del Tribunal existen razones objetivas y razonables que justifican que la norma admita la revisión del grado de Incapacidad permanente con el propósito de acceder a la Gran invalidez antes del cumplimiento de la edad de jubilación y no tras ella, “pues en el primer caso la dependencia que vendría a tutelar la prestación específica se vincula aún a la incapacidad para el trabajo sobre la que la gran invalidez se sustenta”(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. 1691).

- Bajo estas circunstancias, el legislador parte de una previa diferenciación de contingencias protegidas y estatutos jurídicos diversos, estableciendo una regulación dispar para supuestos de hecho comprendidos en cada uno de los distintos regímenes jurídicos resultantes, que podemos considerar objetivamente justificada y que supera un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

Así las cosas, subrayando que “en materia de Seguridad Social puede la edad suponer un criterio de distinción que responda a razones objetivas y razonables” (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 3) y admitiendo la viabilidad de la fijación de una concreta edad como límite para los derechos de los beneficiarios “probablemente atendiendo a condicionamientos financieros” (STC 137/1987, de 22 de julio, FJ 3), hemos de concluir que el doble y diferenciado marco legal de protección para la vejez y la invalidez obedece a criterios objetivos y razonables, según criterios de valor generalmente aceptados, sin que las consecuencias que derivan de esa diferenciación produzcan resultados desproporcionados a la vista de la finalidad perseguida.

Y es que, en definitiva, las situaciones de vejez y las de invalidez son distintas “por lo que en principio pueden recibir diverso tratamiento legal, particularmente si se tiene en cuenta el amplio margen de decisión que tiene el legislador en la configuración del sistema de Seguridad Social (SSTC 65/1987, FJ 17, 134/1987, FJ 5 y 97/1990, FJ 3)”.

A continuación señala que: “Ciertamente, la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los 65 años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva- art.53.3 CE. Sin embargo, este “Tribunal Constitucional 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, FJ6), lo que no ocurre en este caso que se examina, pues, como ya hemos visto, 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.

En síntesis, el Tribunal Constitucional expone básicamente dos argumentos sobre la aplicación del criterio de la edad como factor justificativo de la aplicación de distintas

normas de Seguridad Social, que podrían resultar suficientes para justificar la diferencia de trato:

- Uno, que vejez e invalidez no son situaciones iguales y, como tales, pueden recibir un tratamiento legal diferente.
- Y otro, que, salvo que no exista una justificación objetiva y razonable para la diferencia de trato, es admisible atender al contexto económico para no alterar el equilibrio financiero del sistema de la Seguridad Social.

Queda claro a la luz de la doctrina emanada de las Sentencias del Tribunal Constitucional antes referidas, que no hay inconstitucionalidad alguna en la norma que prohíbe la revisión de grado a partir del cumplimiento de la edad de jubilación y que justifica la prohibición de ver reconocido el grado de Gran invalidez tras ese momento.

De esta forma, para el Tribunal Constitucional resulta admisible que la concesión de la protección por Gran invalidez se condicione a la edad del sujeto, esto es, que quede vetada a aquellos que hayan cumplido 65 años o, en su caso, la otra edad ordinaria de jubilación en función de los periodos de cotización acreditados, que corresponda cada año según la aplicación progresiva prevista a partir de 2013 hasta la implantación del derecho definitiva a partir del año 2027, de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria séptima LGSS/ 2015⁸²⁶.

Y lo anterior significa que la Gran invalidez, que no atiende exclusivamente a criterios profesionales como los otros grados de la Incapacidad permanente, corre exactamente la misma suerte que estos en lo que a la posibilidad de reconocimiento se refiere una vez se produzca la culminación de la vida laboral activa, cuando precisamente la situación de dependencia que lleva implícito el cuarto grado de la Incapacidad permanente, suele darse con mucha mayor frecuencia precisamente a partir del cumplimiento de la edad de jubilación.

⁸²⁶ El art. 4.7 de la Ley 27/2011 incorporó a la LGSS/1994 una nueva disposición adicional quincuagésima séptima con la finalidad de acomodar las referencias contenidas en los artículos 112 bis, 161 bis, 166 y disposición adicional trigésima segunda, con el siguiente tenor literal: “Las referencias a la edad mínima o a la de 65 años que se contienen en los artículos 112 bis, 161 bis 1 y 2, 166.1 y 2.f) y disposición adicional trigésima segunda se entenderán efectuadas a la edad que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161”.

En 2019, podrán jubilarse a los 65 años los que han cotizado al menos 36 años y 9 meses; y a los 65 años y 8 meses los que no reúnan tal periodo de cotización. La edad de jubilación se irá incrementando gradualmente hasta 2027, año en el que quedará implantado el derecho definitivo. A partir de entonces los que hayan cotizado como mínimo 38 años y 6 meses podrán jubilarse a los 65 años, mientras que los que no reúnan el referido periodo previo de cotización, deberán hacerlo a los 67 años.

Pero el caso es que la Gran invalidez no escapa de ese doble mecanismo que arbitra nuestro sistema de Seguridad Social según que el sujeto fuera ya Incapacitado permanente o no en el momento del cumplimiento de la edad pensionable⁸²⁷, y del que derivan las siguientes consecuencias:

- Para los que ya eran beneficiarios de Incapacidad permanente en ese momento solo se producirá un cambio en la denominación de su pensión cuando cumpla los 67 años, conforme a lo establecido en el art. 200.4 LGSS/2015⁸²⁸, sin que la recalificación nominal de la prestación afecte a las condiciones en que se viniera percibiendo, por lo que no tendrá incidencia ni en la cuantía de la prestación ni en su tratamiento fiscal, aunque sí afecte al régimen de compatibilidades⁸²⁹.
- Para aquellos que sufran un proceso de Incapacidad permanente después del cumplimiento de la edad de jubilación, con carácter general, la protección se dispensará a través de la pensión por jubilación, impidiéndoseles lucrar una pensión de Incapacidad permanente. Excepcionalmente, sí podrá accederse a esta cuando, aun cumpliéndose el requisito de la edad, no se reúnan el resto de los requisitos exigidos para tener derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación⁸³⁰.

⁸²⁷ 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.) op. cit., p. 124.

⁸²⁸ El art. 8. Cuatro de la Ley 24/1997, de 15 de julio había añadido un apartado 4 al art. 143 de la LGSS/1994, con la siguiente redacción: “Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco 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”. En consonancia con el establecimiento de la nueva edad máxima ordinaria de jubilación que quedará establecida a partir de 1 de enero de 2027, el apartado 4 del art. 200.4 de la LGSS/2015 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”.

⁸²⁹ MALDONADO MOLINA advierte que el cambio no es puramente nominal, ya que sí tiene incidencia en el régimen de compatibilidades, y ello se debe a que desde 2014, el art. 141.3 LGSS/1994 (actualmente, art. 198.3 LGSS/2015) establece que el disfrute de la pensión de Incapacidad permanente absoluta y de Gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en el art. 165.1 LGSS (actualmente, art. 113.1 LGSS/2015) (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.), op. cit., p. 125).

⁸³⁰ El cálculo de la pensión en estos casos se rige por lo dispuesto en el art. 196.5 de la LGSS/2015. Como indica MALDONADO MOLINA, J.A. “parece presumirse que todas las lesiones que acontezcan a partir de la edad de jubilación son connaturales con la edad del sujeto, y protegibles en consecuencia mediante la prestación de jubilación. El inválido anciano sólo interesa al Sistema por su vertiente de anciano, obviando su carácter de inválido, quizá por entender- con unos planteamientos que ya deberían estar totalmente

Lo cierto es que el recorte del ámbito subjetivo de protección puede encontrar justificación en la necesidad de no incrementar el gasto público que ciertamente aumentaría de forma considerable si el sistema de la Seguridad Social se aviniera a cubrir la situación de dependencia personal de todos los pensionistas de jubilación⁸³¹, no debería impedirse el acceso al reconocimiento del grado de Gran invalidez a aquellos que ya tuvieran reconocido el derecho a una pensión de Incapacidad permanente con anterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación si se produce un empeoramiento de sus lesiones tal que haga imprescindible la necesidad de contar con la ayuda de una tercera persona para realizar los actos básicos de la vida, y ello con independencia de que la situación de pérdida de autonomía se manifieste antes o después del cumplimiento de la edad de jubilación⁸³².

1.2. Especialidades previstas para el acceso a la Gran invalidez derivada de contingencias profesionales.

Con carácter general, el acceso a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales goza de un tratamiento privilegiado en la normativa de Seguridad Social con respecto al otorgado a las mismas prestaciones cuando sean debidas a contingencias comunes, no solo porque no se exige periodo previo de cotización y se aplica el principio de automaticidad absoluta de las prestaciones, sino también porque la forma de calcular las prestaciones es más favorable y además estas pueden ver incrementado su importe a través de la imposición de un recargo por omisión de medidas de seguridad y salud laboral. Además, posibilita el reconocimiento del derecho a indemnizaciones a tanto alzado, como en el caso de las lesiones permanentes no incapacitantes o en favor de los causahabientes en el supuesto de fallecimiento del trabajador, que solo están previstas para los supuestos en que el riesgo que haya provocado la actualización de la contingencia sea un accidente de trabajo o una enfermedad profesional. Pero además, de conformidad con el art. 94.bis, apartado 8, letra e) de la Ley 29/2006, de 26 de julio⁸³³, añadido por el

superados- que todo anciano tiene algo de incapaz” (MALDONADO MOLINA, J.A. (2002): *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 365).

⁸³¹ Lo que, en palabras del Tribunal Constitucional, como se indicó en su momento en el texto, “es 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”.

⁸³² Sobre ello, 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.

⁸³³ Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantía y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE de 27 de julio).

RDL 16/2012, de 20 de abril⁸³⁴, las personas con tratamientos derivados de accidente de trabajo y enfermedad profesional estarán exentos de la aportación en la prestación farmacéutica ambulatoria. Por último, es posible acceder a las prestaciones de Incapacidad permanente derivadas de contingencia profesional en aquellos supuestos en que se continúe en activo después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, mientras que, como se ha visto, a quienes reúnan los requisitos exigidos para poder acceder a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva no se le podrá reconocer el derecho a las prestaciones de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes⁸³⁵.

Para poder acceder a las prestaciones de Incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales se exige, igual que para las debidas a contingencias comunes incluidas las correspondientes a la Gran invalidez, que el interesado se encuentre afiliado y en alta o en situación asimilada a la de alta.

Como se ha dicho anteriormente, el empresario está obligado a comunicar a la TGSS el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores que ingresen en su empresa, a fin de que sean dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y, en caso de que no estuvieran ya afiliados, se proceda previamente a su afiliación, tal como establece el art. 139.1 LGSS/2015. El incumplimiento de esta obligación determinará la exigencia de responsabilidad al empresario en orden al pago de las prestaciones, de conformidad con lo establecido en el art. 167 LGSS/2015⁸³⁶.

⁸³⁴ RD- Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE de 24 de abril). Su art. 4. Trece introdujo el art. 94. bis en la Ley 29/2006.

⁸³⁵ Así resume ROMERO RÓDENAS las “ventajas” o la “protección reforzada” que tiene acceder a una prestación derivada de contingencias profesionales sobre el acceso a esa misma prestación cuando su causa sea común (ROMERO RÓDENAS, M.J. (2015): *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Albacete (Ed. Bomarzo), pp. 137-138 y 147). Como indica TOLOSA TRIBIÑO, el sistema español de Seguridad Social es un “sistema causal” porque “se concede valor especial a la causa determinante de la contingencia”, y ello ocasiona que la regulación de los riesgos profesionales resulte “específica y diferenciada respecto de los riesgos comunes”. Por contraposición, en los “sistemas contingenciales puros, en los que lo determinante es la situación jurídica de infortunio en que consiste la contingencia”, la pérdida de rentas salariales determinada por la situación de Incapacidad permanente causaría el mismo perjuicio con independencia de la causa que la haya motivado, por lo que se tiende a la equiparación en la regulación. (TOLOSA TRIBIÑO, C. (2003): “Delimitación de las contingencias profesionales: nuevos riesgos Laborales” en *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona (edita: Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social), pp. 28 y 29).

⁸³⁶ Art. 166.6 LGSS/2015.

No obstante, pese a resultar exigible en todo caso que el empresario solicite el alta en el Régimen General de la Seguridad Social del trabajador que empiece a prestar servicios en su empresa, si no cumple con su obligación, de conformidad con lo establecido en el art. 166.4 LGSS/2015 y a diferencia de lo que sucede cuando la Incapacidad permanente deriva de riesgos comunes, los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del citado régimen “se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales (...)”.

El hecho de que los trabajadores se consideren en situación de alta de pleno derecho para las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional conlleva que, pese a la inexistencia de alta real o formal, se aplique el principio de automaticidad de las prestaciones, de forma que las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes anticiparán las prestaciones y se subrogarán en los derechos y acciones que le corresponden al trabajador frente al empresario incumplidor⁸³⁷.

Cuando rige el alta de pleno derecho, como ocurre para las contingencias profesionales, operará el principio de automaticidad de las prestaciones tanto si el incumplimiento empresarial es en materia de actos de encuadramiento- afiliación y/o alta- como si es relativo a la cotización, bien por ausencia de la misma, bien por haber ingresado menos de lo debido⁸³⁸.

⁸³⁷ Cuando las entidades gestoras, las mutuas o, en su caso, los servicios comunes se hubiesen subrogado en los derechos y acciones de los beneficiarios, aquellos podrán utilizar frente al empresario responsable la misma vía administrativa o judicial que se hubiera seguido para la efectividad del derecho y de la acción objeto de subrogación. Los derechos y acciones que, por subrogación en los derechos y acciones de los beneficiarios, correspondan a aquellas entidades, mutuas o servicios frente al empresario declarado responsable de prestaciones por resolución administrativa o judicial o frente a las entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía, únicamente podrán ejercitarse contra el responsable subsidiario tras la previa declaración administrativa o judicial de insolvencia, provisional o definitiva, de dicho empresario. Por otra parte, se establece que corresponderá a la entidad gestora competente la declaración, en vía administrativa: a) de la responsabilidad en orden a las prestaciones, cualquiera que sea la prestación de que se trate y b) de la entidad que, en su caso, deba anticipar aquella o constituir el correspondiente capital coste. El anticipo de las prestaciones, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento del hecho causante o, en su caso, del importe del capital coste necesario para el pago anticipado, con el límite indicado por las entidades gestoras, mutuas o servicios. En todo caso, el cálculo del importe de las prestaciones o del capital coste para el pago de las mismas por las mutuas o empresas declaradas responsables de aquellas incluirá el interés de capitalización y el recargo por falta de aseguramiento establecido pero con exclusión del recargo por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo a que se refiere el artículo 164 de la misma norma (art. 167, apartados 3 y 4 de la LGSS/2015).

⁸³⁸ En el caso de que las prestaciones deriven de accidente de trabajo, enfermedad profesional, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, asistencia sanitaria por enfermedad común y desempleo, la automaticidad es plena, no estando sujeto el anticipo al cumplimiento de ningún requisito. Por el contrario, la automaticidad es relativa cuando el anticipo se encuentra condicionado al requisito de

Por otra parte, con carácter general, el art. 165.4 LGSS/2015 establece que no se exigirán períodos previos de cotización para causar derecho a las prestaciones derivadas de accidente, sea o no de trabajo, o de enfermedad profesional, salvo disposición legal expresa en contrario. La no exigencia de periodo previo de cotización para el acceso a prestaciones de Incapacidad permanente debidas a accidente o a enfermedad profesional se reitera en el art. 195.1 LGSS/2015 de la misma norma. Sin embargo, conviene recordar que para tener derecho a las prestaciones de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez derivadas de accidente no laboral a las que se acceda desde una situación de no alta, el trabajador deberá acreditar un periodo de carencia genérica de 15 años y otro de carencia específica, consistente en haber cotizado al menos una quinta parte de dicho periodo dentro de los 10 años anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar, el mismo que se exige cuando se acceda a estas prestaciones desde una situación de no alta siendo la causa de la Incapacidad permanente la enfermedad común.

De otro lado, si la pensión de Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes se calcula en función de una base reguladora que tiene en cuenta las bases de cotización por contingencias comunes correspondientes a un determinado tramo temporal, la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional se establece tomando como referencia los salarios reales percibidos por el trabajador generalmente en el año anterior a la fecha del hecho causante, lo que determina que esta última sea de mayor cuantía⁸³⁹.

Pero, además, las prestaciones por Incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales se incrementarán en un porcentaje de entre el 30% y el 50% cuando la falta de medidas de salud y seguridad laboral hayan influido en la producción de un accidente de trabajo o cuando la empresa no haya realizado los reconocimientos médicos periódicos que deben practicarse a los trabajadores que ocupen puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional y se contraiga esta. El porcentaje en qué consistirá el recargo lo fija el INSS, en vía administrativa, o los Juzgados de lo social si la sanción es impugnada judicialmente, y dependerá de la gravedad de la falta, pero también podrán tenerse en

alta del trabajador en la Seguridad Social, tal como sucede en el caso de las prestaciones de Incapacidad temporal debida a contingencias comunes, jubilación, viudedad, orfandad e Incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

⁸³⁹ ROMERO RÓDENAS constata el tratamiento más favorable del cálculo de las pensiones de Incapacidad permanente en los grados de Incapacidad permanente total, absoluta y Gran invalidez derivada de los riesgos profesionales (ROMERO RÓDENAS, M.J. (2015): *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, op cit., pp. 137 y 138).

cuenta otros criterios, tales como “tipo de infracción cometida, consecuencias producidas, intencionalidad, posibilidades de evitar el resultado, imprudencia del trabajador, etc.”⁸⁴⁰.

Del recargo de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, para el que no cabe aseguramiento en ningún caso⁸⁴¹, será responsable en exclusiva el empresario del trabajador accidentado. La responsabilidad no alcanza a las Entidades Gestoras o colaboradoras que cubren las contingencias profesionales, pero además ni el INSS ni las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social están obligadas a adelantar el importe del recargo⁸⁴².

Se trata de una medida sancionadora que exige que concurra culpa o negligencia en el sujeto responsable: el empresario. La atribución de esta responsabilidad subjetiva a la empresa exige, por una parte, que haya existido una omisión de las medidas de seguridad impuestas por normas reglamentarias en cuanto a máquinas, instrumentos o lugares de trabajo y, por otra, que no se haya roto el nexo de causalidad entre el accidente y la conducta infractora del empresario⁸⁴³.

⁸⁴⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMENEZ, R. (2004): “El recargo de prestaciones: puntos críticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 53, pp. 395-437). Como argumenta la STS de 4 de marzo de 2014 (rec. 788/2013), la fijación del recargo quedará a la apreciación del juzgador según las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la gravedad de la falta, sin que pueda resultar arbitrario o “fuera de toda lógica”.

⁸⁴¹ Véase SSTs de 21 de febrero de 2002 (rec. 2239/2001); de 18 de mayo de 2007 (rec. 360/2006) y de 3 de diciembre de 2008 (rec. 2909/2007). IGLESIAS CABRERO, M. (2019): *Contingencias profesionales. Guía práctica sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (obra coordinada por IGLESIAS CABRERO, M., con la colaboración de CANDAMIO BOUTUREIRA, J.J.), A Coruña (editorial Colex), p. 193) se recalca que parte de la doctrina se muestra partidaria de no mantener la prohibición de asegurar el recargo, ya que afecta negativamente al trabajador beneficiario del mismo, que no siempre lo percibirá íntegramente.

⁸⁴² De la doctrina jurisprudencial se desprende que el recargo no es una prestación de la Seguridad Social y, consecuentemente, ni las entidades Gestoras ni las colaboradoras pueden verse implicadas en sus consecuencias (IGLESIAS CABRERO, M. “El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 78, p. 204, disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/78/Est08.pdf). (Consultado el 21 de febrero de 2020).

⁸⁴³ Tal como señala MANRIQUE LÓPEZ, no solo la imprudencia temeraria del trabajador rompería el nexo de causalidad, también lo haría el hecho de que este incumpliera las normas, “bien porque: conocía lo inadecuado o peligroso de la maniobra; porque ostentaba cargo de delegado de seguridad; porque obvió las instrucciones recibidas no por escrito, sino incluso verbalmente, por exceso de confianza, etc.” (MANRIQUE LÓPEZ, F. “Recargos por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo: un debate todavía pendiente” en *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, edita: Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona: 2003, p. 59).

Una vez declarado el recargo por el INSS, el empresario deberá ingresar la cantidad total en que consista el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en la Tesorería General de la Seguridad Social ⁸⁴⁴.

Del art. 164 de la LGSS/2015 puede deducirse que los requisitos que se exigen para que proceda la imposición del recargo al empresario infractor son cuatro: el primero es que efectivamente exista un accidente de trabajo o una enfermedad profesional; el segundo, que se haya producido un incumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, es decir, la conducta empresarial debe haber consistido en una “acción u omisión que suponga un incumplimiento de los dispositivos de precaución reglamentarios, de las medidas generales o particulares, o de las elementales de salubridad, etc.”; el tercero, que exista “una relación causal entre el comportamiento del empresario y el resultado lesivo sufrido por el trabajador”, lo que impide aplicar el recargo si solo existen “meras probabilidades o sospechas” y en cuarto y último, que se reúnan “los requisitos propios de la prestación económica que en cada caso corresponda”. Con respecto a este último requisito debe advertirse que el hecho de que para el acceso a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales no se exija periodo previo de cotización y de que se aplique en tales casos el principio de automaticidad de las prestaciones, acaba convirtiendo al primer requisito en fundamental a efectos de poder proceder o no la imposición del recargo, por lo que lo decisivo será “la determinación de

⁸⁴⁴ Como resalta MARTÍNEZ LUCAS, para su imposición se requiere la previa realización de un procedimiento administrativo. Este no es el propio de las sanciones administrativas, porque la responsabilidad empresarial por recargo derivada de falta de medidas de seguridad y salud laboral tiene un régimen jurídico especial. El autor destaca que en algunos casos no existe el componente indemnizatorio, sino únicamente el carácter aflictivo. Prueba de ello es que una vez declarado por el INSS el recargo, el empresario debe ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social la totalidad del capital coste del mismo, dado que el sistema financiero que se aplica en estos casos no es el de reparto sino el de capitalización. Y, puesto que el recargo tiene los mismos caracteres que las prestaciones, se hará efectivo mes a mes, por lo que el beneficiario podría percibir “una pequeña parte de ese importe total o ninguna parte”. Cuando no exista beneficiario no se devuelven al empresario infractor las cantidades depositadas por él y no abonadas, sino que se ingresan en el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, integrado en el INSS, lo que demuestra la “finalidad esencialmente aflictiva” del recargo (MARTÍNEZ LUCAS, J. A. (2003): “La configuración jurídica del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene” en *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona (edita: Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social), págs. 186 y 188). Para SEMPERE NAVARRO y MARTÍN JIMENEZ, en el recargo “confluyen elementos propios de las indemnizaciones junto a otros caracterizadores de las sanciones” (SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMENEZ, R. “El recargo de prestaciones: puntos críticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, op. cit., p. 409), disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/53/Est15.pdf.

si las lesiones traen su origen, precisamente, en un accidente o en una enfermedad profesional”⁸⁴⁵.

Por lo que a la Gran invalidez respecta, un asunto problemático de gran importancia fue resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de septiembre de 2000⁸⁴⁶. La cuestión a solventar consistía en determinar si el recargo era aplicable a la totalidad de la pensión de Gran invalidez, que en ese momento suponía un 150% de la base reguladora correspondiente, o únicamente a la prestación básica, es decir, a la pensión de Incapacidad permanente absoluta o a la de Incapacidad permanente total, según el caso. El Alto Tribunal resolvió que el recargo debía aplicarse al importe total de las prestaciones económicas por Gran invalidez, incluido, por tanto, el complemento⁸⁴⁷.

En la actualidad, al estar ya desvinculado con carácter general el importe del complemento de la cuantía de la pensión básica debe entenderse que para poder determinar el importe total del recargo correspondiente en caso de Gran invalidez, una vez fijado el porcentaje de recargo correspondiente, habrá que aplicarlo primero a la cuantía de la pensión básica y después a la del complemento, y sumar ambas cantidades.

Tanto la forma de calcular la base reguladora de las pensiones derivadas de Incapacidad permanente, como la posibilidad de resarcir íntegramente el daño mediante la imposición del recargo de prestaciones, son expresión de que la intensidad de la acción protectora es mayor cuando la contingencia deriva de riesgos profesionales que cuando es debida a riesgos comunes⁸⁴⁸.

Otra particularidad que presentan las pensiones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional es que se abonan en 12 mensualidades y no en 14 como las debidas a enfermedad común y accidente no laboral. Ello se debe a que las pagas extraordinarias se encuentran prorrateadas dentro de las mensualidades ordinarias, al haber sido tenidas en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión. Por el

⁸⁴⁵En contingencias profesionales. *Guía práctica sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (obra coordinada por IGLESIAS CABRERO, M., con la colaboración de CANDAMIO BOUTUREIRA, J.J.) (2019), A Coruña (Ed. Colex), pp. 194-195.

⁸⁴⁶ RJ 8348.

⁸⁴⁷TOSCANI GIMÉNEZ, D. y CLARK SORIANO, H. (2016): *Accidentes de trabajo. Concepto, determinación y responsabilidades*, Navarra (Editorial Aranzadi, Lex Nova), p. 135.

⁸⁴⁸ Como indican ARIAS DOMÍNGUEZ y SEMPERE NAVARRO, este hecho explica “el importante número de litigios dilucidados ante la jurisdicción social pretendiendo conseguir la calificación de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, sencillamente para obtener las consecuencias más favorables que el reconocimiento de estos comporta” (ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (2015): *Accidentes Laborales de Tráfico*, Navarra (Ed. Aranzadi, 3ª edición), p. 17).

contrario, cuando la Incapacidad permanente deriva de accidente no laboral se abonan en 14 pagas, una por cada uno de los meses del año y otras dos pagas extraordinarias que se hacen efectivas junto con las mensualidades de junio y noviembre⁸⁴⁹.

Para la Incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional, el art. 199 de la LGSS/2015 recoge una norma especial que se limita a establecer lo siguiente: “Las disposiciones de desarrollo de la presente ley adaptarán, en cuanto a enfermedades profesionales, las normas de este capítulo a las peculiaridades y características especiales de dicha contingencia”⁸⁵⁰.

Con carácter general, el régimen jurídico que resulta de aplicación a la Incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional es el previsto para los supuestos en que aquella sea debida a accidente de trabajo⁸⁵¹. No obstante, presenta algunas peculiaridades,

⁸⁴⁹ <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/InformacionUtil/44539/45982>.

Según se establece en el art. 2 del RD 771/1997 y en el art. 3.1 de la Orden de 25 de junio de 2001, en los supuestos de reconocimiento inicial de la pensión o de reanudación del percibo de una pensión que hubiese sido objeto de suspensión, las pagas extraordinarias se abonarán aplicando las siguientes reglas:

a) Para las pensiones cuyo reconocimiento inicial o reanudación de su percibo tengan efectos entre el 1 de diciembre y el 31 de mayo del ejercicio siguiente, ambos inclusive, la paga extraordinaria correspondiente al mes de junio se abonará en razón de una sexta parte por cada uno de los meses comprendidos entre aquél en que tengan lugar los efectos iniciales del reconocimiento o de la reanudación del percibo de la pensión y el mes de mayo, ambos inclusive. Cada sexta parte se calculará tomando la cuantía de pensión ordinaria abonada en el mes de junio.

b) Para las pensiones cuyo reconocimiento inicial o reanudación de su percibo tengan efectos entre el 1 de junio y el 30 de noviembre, ambos inclusive, la paga extraordinaria correspondiente al mes de noviembre se abonará en razón de una sexta parte por cada uno de los meses comprendidos entre aquél en que tengan lugar los efectos iniciales del reconocimiento o de la reanudación del percibo de la pensión y el mes de noviembre, ambos inclusive. Cada sexta parte se calculará tomando la cuantía de pensión ordinaria abonada en el mes de noviembre (art. 2 del RD 771/1997, de 30 de mayo, por el que se establecen reglas de determinación de los importes de las pagas extraordinarias de las pensiones de la Seguridad Social (BOE de 31 de mayo) y art. 3.1 de la Orden de 25 de junio de 2001 para la aplicación y desarrollo del RD 771/1997 (BOE de 30 de junio).

⁸⁵⁰ Este precepto concuerda con el 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 de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE de 30 de diciembre). y Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. También Orden de 9 de mayo de 1962, por la que se aprueba el Reglamento del Decreto 792/1961, de 13 de abril, por el que se organiza el aseguramiento de las enfermedades profesionales y la obra de grandes inválidos y huérfanos de fallecidos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (FERNÁNDEZ PRATS, C. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), Navarra (Editorial Aranzadi Lex Nova, 2ª edición), p.962). No se ha producido desarrollo reglamentario alguno durante la vigencia de la LGSS/1974 o de la LGSS/1994 ni tampoco bajo la del vigente Texto Refundido de la LGSS/2015.

⁸⁵¹ Pero como advierte MORENO CÁLIZ, pese a existir un concepto legal de enfermedad profesional, en la práctica resulta difícil establecer una diferenciación clara entre esta y la enfermedad de trabajo que se ha decidido proteger como si de un accidente de trabajo se tratara. Por eso, parte de la doctrina judicial (véase STS de 19 de mayo de 1986, RJ 1986/2578) y científica se ha mostrado partidaria de considerar la enfermedad profesional como un accidente de trabajo con particularidades (MORENO CÁLIZ, S. (2017): “La enfermedad profesional. Concepto e interpretación jurisprudencial” en VV.AA. *Estudios sobre*

que derivan en primer lugar de la dificultad que en ocasiones conlleva la determinación exacta de la fecha del hecho causante en estos casos⁸⁵².

Así, pese a que la regla general en las incapacidades derivadas de contingencias profesionales consiste en establecer la fecha del hecho causante de la prestación en el momento en que las dolencias aparezcan fijadas como definitivas e invalidantes, dado que la enfermedad profesional puede permanecer latente durante un periodo de tiempo más o menos largo, esta determinación no es tarea fácil⁸⁵³ y, de ahí, que se apliquen reglas especiales.

Del art. 23 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre⁸⁵⁴, que todavía resulta aplicable, se deduce que si el trabajador se encontrara prestando servicios en una empresa en el momento en que se produjo la declaración de la Incapacidad permanente, el hecho causante de la Incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional se entenderá producido en la fecha en que se extinguió el contrato de trabajo o en la fecha en que finalizó la percepción de la Incapacidad temporal si se hallara en tal situación en el momento anteriormente referido. Por el contrario, si el trabajador no se encontrara en

Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet, Barcelona (Ed. Atelier), págs. 456-457).

Por lo que respecta a la diferencia entre el accidente propiamente dicho y la enfermedad profesional, la Ley exige un doble nexo causal entre la enfermedad y la actividad y la enfermedad y las sustancias nocivas empleadas en el ejercicio del trabajo. De ahí que la inclusión de la actividad en el cuadro no sería determinante por sí sola para reconocer la actividad profesional, sino que habría que ver si además la enfermedad se ha producido por las sustancias listadas. Pese a que esa relación causal con el trabajo no se manifiesta en la enfermedad profesional con la misma claridad que en el accidente de trabajo, sin embargo la profesión juega un papel decisivo en la enfermedad profesional, que no se da cuando el accidente es causado por la acción súbita y violenta de un agente externo (MORENO CÁLIZ, S. (2017), “La enfermedad profesional. Concepto e interpretación jurisprudencial, op. cit., p. 460, citando a ÁLVAREZ DE MIRANDA, F. (1963): “Enfermedad profesional. Sentencia del TS de 22 de marzo de 1962”, *RISS*, núm. 62).

Como ya resumía MORENO CÁLIZ en una obra anterior, “la razón de ser de la distinción no estriba en la acción protectora dispensada sino en determinados aspectos accesorios o instrumentales del régimen jurídico, porque esta última “se regula en ambos supuestos con arreglo al mismo esquema o estructura normativa(…)” (MORENO CÁLIZ, S (2008): “Patologías profesionales y enfermedades profesionales. Concepto jurídico y aplicación 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. 488).

Sobre el sistema de protección de las enfermedades profesionales, véase también SÁNCHEZ PÉREZ, J.S. (2017): Accidentes de trabajo. Análisis jurisprudencial y acción de responsabilidad por daños, Granada (Ediciones Dauro), pp. 278 a 289).

⁸⁵² Véase FERRANDO GARCÍA, F.M (2014): “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 161, pp. 81 y ss.

⁸⁵³ SSTs de 30 de abril de 2007 (EDJ 70530) y de 22 de septiembre de 2008 (EDJ 197294).

⁸⁵⁴ Decreto 3158/ 1966, de 23 de diciembre.

situación de activo, la fecha del hecho causante coincidirá con aquella en que se diagnostique la enfermedad profesional⁸⁵⁵.

El art. 42 de la Orden de 15 de abril de 1969 establece peculiaridades en relación con el inicio del derecho a percibir las pensiones por Incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. Para ello, deberán tenerse en cuenta las siguientes fechas:

a) Cuando el trabajador se encuentre al servicio de una empresa en el momento del consiguiente reconocimiento médico y de la declaración de la Incapacidad permanente: la fecha del día siguiente a la terminación de la situación de Incapacidad Temporal de la que se derive la Incapacidad permanente:

b) Cuando el trabajador no se encuentre al servicio de ninguna empresa al producirse el reconocimiento médico oficial que se lleve a efecto como consecuencia de haberse instado en la forma procedente, que se le declare en la situación de Incapacidad permanente: la fecha en que haya tenido lugar el reconocimiento; o la fecha del día siguiente al del cese en aquella situación, en el caso de que el trabajador se encuentre en situación de desempleo total y subsidiado al ser declarada su Incapacidad permanente por enfermedad profesional.

2. Cálculo de la pensión de Gran Invalidez y del complemento destinado a remunerar a la persona que asiste al gran inválido.

La determinación de la cuantía de las prestaciones económicas correspondientes al grado de Gran invalidez es algo más compleja que la relativa a las prestaciones correspondientes al resto de los grados de Incapacidad permanente⁸⁵⁶ porque será necesario cuantificar no solo el importe de la pensión sino también la del complemento destinado a remunerar a

⁸⁵⁵ Como subraya DESDENTADO BONETE, al menos formalmente “parece subsistir el régimen específico de la enfermedad profesional que contiene el art. 23 del Decreto 3158/1966, que distingue si el trabajador se encuentra o no al servicio de una empresa en el momento de la declaración de la incapacidad permanente” (DESDENTADO BONETE, A. (2004): “El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente”. VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica* (director: ROJO CABEZUDO, R.M., op. cit., p. 126). LIMÓN LUQUE, M.A. (2009): *Ley General de Seguridad Social comentada (comentada y con jurisprudencia)*. VV.AA. (directores MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J. coordinadora: CASTRO ARGÜELLES, M.A), op. cit., p. 1112.

⁸⁵⁶ Las prestaciones económicas correspondientes a los otros tres grados consisten en: una indemnización a tanto alzado equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para determinar el subsidio de Incapacidad temporal, en el caso de la Incapacidad permanente parcial; o una pensión, cuando se trata de los grados de Incapacidad permanente absoluta e Incapacidad permanente total. En este último caso, bajo determinadas condiciones y solo para menores de 60 años, la pensión puede ser sustituida por una indemnización.

la persona que asiste al gran inválido. A lo anterior se suma que la cuantía de ambas prestaciones depende del riesgo, profesional o común, del que deriva la contingencia, e incluso la base reguladora de la pensión, no así el complemento, se calcula de forma diferente según sea debida a enfermedad común o a accidente no laboral. Además, en estos casos la fórmula de cálculo también es distinta en función de si se accede a la prestación bien desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, bien encontrándose el trabajador en una situación de no alta.

En síntesis, en primer lugar, el cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez es distinto según derive de contingencias comunes o de contingencias profesionales. En segundo lugar, cuando derive de contingencias comunes, las fórmulas de cálculo que se aplican son tres: la primera, la que se aplicaba con anterioridad a la Ley 26/1985, que se mantiene para las pensiones de Incapacidad permanente debida a accidente no laboral siempre que se trate de trabajadores que accedan a ellas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta; la segunda, la que introdujo la Ley 26/1985, con modificaciones incorporadas por las Leyes 24/1997⁸⁵⁷ y 40/2007, para las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez derivadas de enfermedad común o accidente no laboral cuando el trabajador no se halle en situación de alta o en situación asimilada a la de alta; y la tercera, la que se aplica a partir de la Ley 40/2007, para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común cuando se acceda a las mismas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

Por su parte, las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de contingencias profesionales, incluida la correspondiente al grado de Gran invalidez, continúan determinándose sobre el salario real del trabajador de conformidad con las reglas establecidas en el Reglamento de Accidentes de Trabajo, por lo que su forma de cálculo se ha mantenido pese a las sucesivas reformas relativas a la forma de determinar la cuantía de las pensiones de Incapacidad permanente.

Por tanto, antes de la Ley 26/1985 existían tres posibles formas de calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente, que pasaron a ser cuatro tras la reforma operada por la Ley 40/2007 en el art. 140 de la LGSS/1994⁸⁵⁸. A continuación,

⁸⁵⁷ Ley 24/1997, 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social (BOE de 16 de julio).

⁸⁵⁸ DESDENTADO BONETE.A. y MURILLO GARCÍA, C. (2009): *Los Problemas Generales de la Acción Protectora de la Seguridad Social en la Unificación de Doctrina*, Navarra (Ed. Aranzadi), págs.108 y 109. Véase también PANIZO ROBLES, J.A. (2008): "La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a

se analizarán todas ellas, así como la cuantía del complemento por Gran invalidez, que también puede quedar condicionada por la naturaleza del riesgo, común o profesional, que la haya ocasionado, ya que uno de los factores a tener en cuenta para calcularlo tras la Ley 40/2007 es la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la Incapacidad permanente.

2.1. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de contingencias comunes.

La forma de calcular la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de enfermedad común va a depender principalmente de:

- a) Si se accede a ella desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.
- b) Si se accede desde una situación de no alta.

Las normas aplicables para determinar la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de enfermedad común si se accede a ella desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, servirán asimismo para calcular la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente absoluta por la misma causa⁸⁵⁹ siempre que el interesado acceda a la prestación también desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta. También se aplicarán para establecer la pensión de Incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, a la que, recordemos, únicamente se puede acceder desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

En este caso, la base reguladora será el resultado de aplicar las reglas establecidas en el art. 197, apartados 1 y 2 de la LGSS/2015.

la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”. Revista de trabajo y Seguridad Social, nº 298 (Centro de Estudios financieros), p. 28.

⁸⁵⁹ Anteriormente, el art. 3 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social (BOE de 7 de junio) había equiparado el cálculo de la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común y accidente no laboral al aplicable en el caso de la Incapacidad permanente total derivada de los mismos riesgos. A partir de ese momento, la base reguladora de la pensión de invalidez absoluta derivada de enfermedad común o accidente no laboral debía calcularse “conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, quedando sin efecto, por tanto, la excepción prevista para esta clase de pensión en la disposición transitoria primera de dicho Decreto”.

Por su parte, la fórmula de cálculo prevista para establecer la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de enfermedad común cuando se acceda a la misma desde una situación de no alta será también aplicable para determinar la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de accidente no laboral, cuando el acceso a la misma se produzca igualmente desde una situación de no alta. Asimismo, esta fórmula se aplicará para determinar la base la reguladora de la pensión de Incapacidad permanente absoluta debida tanto a enfermedad común como a accidente no laboral, cuando se acceda a ella también desde una situación de no alta.

A tales efectos, se aplicará solo la regla prevista en el apartado 1.a) del artículo 197 LGSS/2015.

2.1.1. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran Invalidez derivada de enfermedad común cuando se acceda desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

El último inciso del art. 195.3 LGSS/2015 establece que para la determinación de la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente total, Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez derivadas de enfermedad común, cuando se acceda a las mismas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, se aplicará lo establecido, respectivamente, en el artículo 197, apartados 1, 2 y 4 de la misma norma. En estos casos, es necesario aplicar dos normas para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente antes referidas. La primera consiste en hallar un cociente, siguiendo una fórmula de cálculo distinta en función de si al interesado se le exige un periodo de carencia genérica igual o superior a 8 años- 96 meses- o inferior a este para tener derecho a la prestación. La segunda norma es la misma sea cual sea el periodo genérico de cotización exigido al beneficiario y, por tanto, su edad en la fecha del hecho causante. Resulta de aplicar a la cantidad obtenida en razón de la norma anterior el porcentaje que corresponda en función de los meses de cotización que acredite el interesado, según la escala prevista en el artículo 210.1 LGSS/2015 para determinar la cuantía de la pensión de jubilación.

2.1.1.1. Primera regla: fórmula aplicable en función de la edad del trabajador.

En el caso de que se acceda desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta a las pensiones de Gran invalidez o de Incapacidad permanente absoluta derivadas de enfermedad común, y también a la de Incapacidad permanente total derivada

de la misma causa, la primera operación que debe llevarse a cabo para determinar la base reguladora de dichas pensiones consiste en hallar un cociente, que va a depender de si el beneficiario ha cumplido o no los 52 años la edad en la fecha del hecho causante⁸⁶⁰. De esta forma:

Cuando el beneficiario tenga 52 años o más en la fecha del hecho causante y, por tanto, se le exija un periodo genérico de cotización equivalente a 8 años- 96 meses- o superior para acceder a las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, la primera regla para calcular la base reguladora de la pensión consistirá en dividir por 112 la suma de las bases de cotización del interesado correspondientes a los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante.

Cuando el beneficiario sea menor de 52 años en la fecha del hecho causante y, consecuentemente, deba acreditar un periodo de carencia inferior a 96 meses para poder ser beneficiario de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, la primera norma para calcular la base reguladora de la pensión consistirá en dividir la suma de las bases de cotización correspondientes a los meses exigidos al interesado como periodo de carencia genérica por el número de dichos meses multiplicados por 1,1666, que es el resultado de dividir 112 entre 96- y 14 entre 12⁸⁶¹.

En el primer caso, por más que al beneficiario se le exija un periodo de cotización superior a 96 meses, lo que ocurrirá siempre que su edad en la fecha del hecho causante sea igual o superior a 52 años y 6 meses, a efectos de calcular la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente solo se tendrán en cuenta los últimos ocho años de cotización anteriores al hecho causante. Por el contrario, cuando el beneficiario sea menor de 52

⁸⁶⁰ A partir de la entrada en vigor de la Ley 26/1985, para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente debida a enfermedad común se aplicaría una fórmula diferente en función de si el periodo de carencia genérico exigido al beneficiario para tener derecho a las mismas fuese de ocho años o más o de menos de ocho años. De esta forma, el art. 3.1 de la Ley 26/1986 estableció que: “La base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez permanente derivada de enfermedad común será el cociente que resulte dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante”. Por su parte, el apartado 2º del mismo artículo, para los beneficiarios de las pensiones de invalidez permanente derivadas de enfermedad común a quienes se exigiera un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtendría “de forma análoga a la establecida en el número anterior, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondiente a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante”.

⁸⁶¹ El art. 197.2 LGSS/2015 establece que cuando se exija al beneficiario un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga a la establecida en el apartado 1º del mismo artículo, “pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores al mes previo a aquel en que se produzca el hecho causante”.

años en la fecha del hecho causante, el número de meses que se le exija haber cotizado a lo largo de su vida laboral en función de su edad, siempre inferior a 96 y como mínimo igual a 60, va a determinar tanto el número de bases de cotización que deben sumarse en el dividendo, como el número que hay que multiplicar con 1,1666 en el divisor.

Debe tenerse en cuenta que tanto si el beneficiario tiene 52 años o más en la fecha del hecho causante como si no ha cumplido todavía esa edad, las bases de cotización correspondientes al tramo temporal determinado de acuerdo con las normas anteriormente descritas se hallan sujetas a una cantidad mínima y a otra máxima, ya que su importe debe estar comprendido entre la cuantía de la base mínima correspondiente al grupo de cotización del trabajador y la correspondiente a la base máxima establecidas en las sucesivas Ordenes que anualmente regulan la cotización⁸⁶².

Por otra parte, también con independencia de la edad del trabajador en la fecha del hecho causante, si durante parte del período que debe tenerse en cuenta para determinar la base reguladora de la pensión existiesen meses en que no se hubiese cotizado por no existir obligación de hacerlo⁸⁶³, deberá recurrirse a la integración de lagunas con bases mínimas de cotización⁸⁶⁴. Así, conforme dispone el art. 197.4 LGSS/2015, las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integrarán- se sustituirán- con el 100% de la base mínima de cotización de todas las existentes en ese momento, y el resto de las mensualidades se integrarán con el 50% de dicha base mínima⁸⁶⁵. En caso de que en alguno de los meses a

⁸⁶² Véase sobre esta cuestión OLARTE ENCABO, S. (2008): “La reforma de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social en La Reforma de la Seguridad Social”. AA. VV. Estudio *sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L), op. cit., p. 300.

⁸⁶³ La expresión del art. 197.4 LGSS/2015 “meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar”, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 5.5 de RD 1799/1985, de 2 de octubre (BOE de 5 de octubre), abarca “tanto a las situaciones asimiladas a la de alta para las que no se exija tal obligación como a aquellas otras situaciones en que no nace la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada”. Véase lo dicho al respecto en el capítulo I de este trabajo.

⁸⁶⁴ El recurso a la integración de lagunas de cotizaciones compensa de alguna forma el hecho de que el interesado, a raíz de la reforma operada por la Ley 26/1895 no pudiera ya elegir, como acontecía anteriormente, las bases de cotización que debían tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora, circunstancia que aumentaba la posibilidad de que en el periodo correspondiente a los meses que únicamente podían tenerse en cuenta a esos efectos pudieran existir meses sin cotización.

Antes de la reforma introducida por el art. 3, apartados 1 y 2 de la Ley 26/1985, de acuerdo con el art. 7 del Decreto 1.646/1972, de 23 de junio, la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivadas de contingencias comunes, incluida por tanto, la debida a enfermedad común, era el cociente resultante de dividir entre veintiocho la suma de las bases de cotización del interesado durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se hubiese originado el derecho a la pensión.

⁸⁶⁵ El art. 3. Uno. De la Ley 27/2011 modificó la redacción del apartado 4 del art. 140 de la LGSS/1994. Tras el cambio normativo, las reglas aplicables para proceder a la integración de las lagunas de cotización que pudieran existir en el periodo que debía tenerse en cuenta para calcular la base reguladora de la pensión

tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, la integración procederá por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar- siempre que la base de cotización correspondiente al primer periodo no alcanzase la cuantía de la base mínima mensual señalada- hasta alcanzar esta última cuantía⁸⁶⁶.

La jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la integración de lagunas en la base reguladora de la Incapacidad permanente derivada de enfermedad común en el caso de que tal situación haya ido precedida de un proceso de Incapacidad temporal y durante el transcurso de tal situación se hubiera extinguido el contrato de trabajo. A criterio del Tribunal Supremo, que se produzca o no la mencionada integración va a depender de si una vez finalizada la situación de Incapacidad temporal derivada de enfermedad común, el trabajador ha pasado a cobrar a continuación la prestación por desempleo por el tiempo

quedaba sujeta a tres reglas. La primera establecía que si durante los treinta y seis meses previos al período que hubiera de tomarse en consideración para el cálculo de la base reguladora existieran mensualidades con cotizaciones, cada una de las correspondientes bases de cotización daría derecho, en su cuantía actualizada, a la integración de una mensualidad con laguna de cotización y hasta un máximo de veinticuatro, a partir de la mensualidad más cercana al hecho causante de la pensión, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”, sin que en ningún caso la integración pudiera ser inferior al 100% de la base mínima de cotización vigente en la fecha a que correspondiera la mensualidad objeto de integración. De conformidad con la segunda regla, las veinticuatro mensualidades con lagunas más próximas al período al periodo que debe tomarse para calcular la base reguladora, debían integrarse con el 100% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad que fuera objeto de integración. Por último, la tercera regla establecía que el resto de las mensualidades con lagunas de cotización, se integrarían con el 50% de la base mínima vigente en la fecha correspondiente a la mensualidad objeto de integración.

La Disposición final vigésima. Uno de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio) introdujo esta previsión al modificar el apartado 1 del art. 3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La nueva norma supuso una disminución de la cuantía de la base reguladora con respecto a la regulación anterior en aquellos casos en que existan lagunas de cotización en el periodo que debe tomarse en consideración para determinar la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad, ya que con anterioridad a la reforma cuando en el período de referencia para el cálculo de la base reguladora apareciesen meses en los que no existiera obligación de cotizar, la totalidad de estas lagunas de cotización se integraban aplicando la base mínima de cotización de entre todas las existentes para los trabajadores mayores de 18 años. Con la nueva redacción, sin embargo, la integración con el 100% de la base mínima sólo se produce respecto de las primeras cuarenta y ocho mensualidades, mientras que a las restantes se les aplicará el 50 por 100 de dicha base mínima.

⁸⁶⁶ Este segundo párrafo había sido incorporado por el art. 14.1 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre (BOE de 11 de diciembre) al apartado 4 del art. 140 LGSS/1994. Posteriormente, la Disposición final vigésima de la Ley 3/2012, de 6 de julio dio nueva redacción al art. 3. Uno. de la Ley 27/2011, que había modificado la redacción del apartado 4 del art. 140 de la LGSS/1994. Así, en el último inciso se establecía que en los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar existiese sólo durante una parte del mismo, se procedería a la integración por la parte del mes en que no existiese obligación de cotizar, siempre que la base de cotización relativa al primer período no alcanzase la cuantía mensual que correspondiera según la reglas de integración que resultasen aplicable en cada caso. En tal supuesto, la integración alcanzaría hasta esta última cuantía.

restante o ha accedido a la pensión de Incapacidad permanente sin percibir prestación por desempleo por no reunir los requisitos necesarios para acceder a esta última.

Así, en distintos pronunciamientos el Alto Tribunal ha indicado que la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común se calculará integrando con las bases mínimas de cotización el periodo de Incapacidad temporal-desempleo, salvo que tras haber sido dado de alta médica el interesado, hubiera pasado a percibir las prestaciones de desempleo por el tiempo restante que le pudiera corresponder, porque en este caso sí está previsto legalmente que el Servicio Público de Empleo Estatal (anteriormente, INEM) cotice a efectos ulteriores por el periodo descontado⁸⁶⁷. Por el contrario, si en el mismo supuesto de extinción del contrato de trabajo durante la situación de Incapacidad temporal, el trabajador hubiera pasado sin solución de continuidad a percibir la prestación de Incapacidad permanente, sin haber percibido previamente la prestación por desempleo, para el cálculo de la base reguladora de la pensión se computarán las bases mínimas de cotización de conformidad con lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social. En relación con esta última cuestión se distingue la situación incapacidad que nace como temporal pero se convierte en permanente y que afecta a un trabajador que no puede solicitar las prestaciones por desempleo porque, al tratarse de una persona incapacitada para trabajar, no hubiera podido acreditar que reunía los requisitos para percibir las prestaciones por desempleo, uno de los cuales es encontrarse en condiciones de trabajar⁸⁶⁸.

El Tribunal Supremo ha mantenido, asimismo, que no cabe la integración de lagunas de cotización con bases mínimas cuando en el periodo a tener en consideración para determinar la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común haya existido una prestación de servicios a tiempo parcial, porque en este caso no se trata de una verdadera laguna de cotización y, además, la integración resultaría improcedente por ser contraria al principio de proporcionalidad entre cotización y prestación⁸⁶⁹.

⁸⁶⁷ En tal sentido, SSTS de 5 de julio de 2007 (EDJ 104802); de 4 de marzo de 2008 (EDJ 90852) y de 19 de mayo de 2008 (EDJ 111758).

⁸⁶⁸ Véase sobre esta cuestión las SSTS de 17 de noviembre de 2007 (EDJ 230124); de 20 de noviembre de 2007 (EDJ 243331); 26 de diciembre de 2007 (EDJ 260429); de 4 de marzo de 2008 (EDJ 90852); de 19 de mayo de 2008 (EDJ 111758); de 14 de octubre de 2008 (EDJ 222458) y de 25 de febrero de 2009 (EDJ 25639).

⁸⁶⁹ En este sentido, SSTS de 23 de marzo de 2006 (EDJ 43119); de 31 de octubre de 2007 (EDJ 213307); de 30 de enero de 2008 (EDJ 25826) y de 26 de enero de 2010 (EDJ 11613).

En otro orden de cosas, tanto para el sumatorio de bases de cotización a realizar en el dividendo de la fórmula matemática aplicable para calcular la primera operación de las dos que conducirán a la determinación de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente para los trabajadores con 52 años o más, como para la que se utiliza en el caso de trabajadores con menos de 52 años, solo se tomarán en su valor nominal las bases de cotización correspondientes a los 24 meses más próximos en el tiempo al mes previo al de hecho causante⁸⁷⁰, es decir, las correspondientes a los dos últimos años de cotización; el resto se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el Índice de Precios al Consumo desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquél en que se inicie el período de bases no actualizables⁸⁷¹.

La fórmula matemática se expresa en el art. 197.1, letra a) de la LGSS/2015, de la forma que sigue:

$$B_r = \frac{\sum_{i=1}^{24} B_i + \sum_{i=25}^{96} B_i \frac{I_{25}}{I_i}}{112}$$

Siendo:

B_r = Base reguladora.

1. B_i = Base de cotización del mes i -ésimo anterior al mes previo al del hecho causante.

⁸⁷⁰ Se hace, así, recaer sobre el beneficiario el coste de la inflación de los dos últimos años, como advierten VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA NINET, J.I. (2009) en “Incidencia de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre sobre la pensión de incapacidad permanente. En VV.AA. *La reforma de la Seguridad Social* (III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social), op. cit., p.101).

⁸⁷¹ Así lo dispone el art. 197.1 a) LGSS/2015. También será aplicable para el cálculo de la base reguladora de los trabajadores con menos de 52 años, en aplicación de lo establecido en el art. apartado 2º del mismo artículo. Esta norma había sido introducida por el apartado primero del art. 3 de la Ley 26/1985.

2. I_i = Índice General de Precios al Consumo del mes i -ésimo anterior al mes previo al del hecho causante.

Siendo $i = 1, 2, \dots, 96$.

2.1.1.2. Segunda regla: aplicación de los porcentajes correspondientes en función del tiempo que le falte al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación.

La segunda operación que debe realizarse para determinar la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, cuando se acceda a las mismas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, es la prevista en el art. 197.1, letra b) de la LGSS/2015⁸⁷². Allí se dispone que al resultado obtenido después de aplicar la norma anterior se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización según la escala prevista en el artículo 210.1 de la misma norma, y que a tal efecto se considerarán como cotizados los años que le falten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento. En el caso de no alcanzarse quince años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por ciento⁸⁷³.

De esta forma, la segunda regla establecida para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común tiene en cuenta no solo la vida laboral efectiva del trabajador, esto es, lo efectivamente cotizado por este a lo largo de su vida laboral⁸⁷⁴, sino también su vida laboral potencial, la que hubiera podido tener hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, y por este motivo, a efectos de la aplicación del porcentaje correspondiente a los meses cotizados, se considerarán

⁸⁷² Esta norma del art. 197.1.b) LGSS/ 2015 fue introducida en la LGSS/1994 por el art. 3. Uno de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que dio nueva redacción a la letra b) del apartado 1 del art. 140 LGSS/1994.

⁸⁷³ La Disposición final vigésima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio) modificó el apartado Uno del art. 3 de la Ley 27/2011, que había dado nueva redacción al apartado b) del art. 140.1 LGSS/1994. El cambio consistió en sustituir la expresión “los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años” por la referencia a “los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento”.

⁸⁷⁴ A efectos de la aplicación de la escala de porcentajes previstos para la jubilación para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente no se aplica la teoría de los días-cuota (Véase STS de 28 de enero de 2013, Rec. 812/2012 (RJ 2013,6691), dictada en Sala General.

cotizados los años que en la fecha del hecho causante de la pensión le falten al interesado para cumplir la referida edad⁸⁷⁵.

Así, la base reguladora vendrá constituida por el importe que resulte de aplicar el porcentaje conforme a la escala prevista en el art. 210.1 LGSS/2015 para determinar la cuantía de la pensión de jubilación al cociente obtenido en razón de la aplicación de la primera regla. Posteriormente, para calcular el importe de la pensión de Incapacidad permanente a esta cuantía habrá que aplicarle el porcentaje previsto para el grado de Incapacidad permanente reconocido⁸⁷⁶.

El art. 210.1 LGSS/2015 establece que para calcular la cuantía de la pensión de jubilación se aplicarán a la base reguladora correspondiente los porcentajes siguientes:

- a) Por los primeros quince años cotizados, el 50 por ciento.
- b) A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses uno y doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,19 por ciento, y por cada uno de los que rebasen el mes doscientos cuarenta y ocho, se añadirá el 0,18 por ciento, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por cien, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.

No obstante, esta no será la forma de calcular el porcentaje a aplicar ni a la base reguladora de la pensión de jubilación para calcular su cuantía, ni al cociente obtenido después de aplicar la primera norma para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente total, absoluta o Gran invalidez derivadas de enfermedad común hasta el año 2027⁸⁷⁷. Esto se debe a que la Disposición transitoria novena de la LGSS/2015 establece

⁸⁷⁵ Véase ALZAGA RUIZ, I. (2008): “La reforma de la pensión de Incapacidad permanente” en. VV. AA. *La Reforma de la Seguridad Social de 2007-2008* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.V.; Coord. ARETA MARTÍNEZ, M.), op. cit., p.70. MELÉNDEZ MORILLO- VELARDE resume así las reglas que deben tenerse en cuenta para determinar el porcentaje a aplicar para calcular la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común: a) se computan los años de cotización acreditados por el sujeto causante; b) se consideran cotizados los años que le falten al beneficiario en la fecha del hecho causante para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento y c) si no se alcanzase la cotización mínima de quince años, el porcentaje aplicable será del 50% (MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2012): “Incapacidad permanente” en VV. AA. *Reforma y Modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto* (directores: SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.), op.cit., p. 134). Como resalta GOERLICH PESET de no recoger la norma esa previsión que atribuye la condición de cotizados a los años que medien entre la fecha del hecho causante y aquella en que cumpliría la edad de jubilación a efectos de la aplicación del porcentaje a la base reguladora de la pensión, “la aplicación directa de la escala de porcentajes prevista para la jubilación produciría un fortísimo impacto (...) sobre todo en los casos en los que la incapacidad sobreviniera a edades tempranas” (GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A, R.), op.cit., p.951).

⁸⁷⁶ Último inciso del art. 197.1 LGSS/2015.

⁸⁷⁷ A partir del año 2027, también se aplicará el porcentaje del 50% por los quince primeros años de cotización o número inferior. Sin embargo, por cada mes adicional de cotización a partir del 181 hasta el

que los porcentajes a que se refiere el artículo 210.1.b) de la misma norma sean sustituidos por los siguientes:

Durante los años 2013 a 2019	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 por ciento y por cada uno de los 83 meses siguientes, el 0,19 por ciento.
Durante los años 2020 a 2022	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por ciento y por cada uno de los 146 meses siguientes, el 0,19 por ciento.
Durante los años 2023 a 2026	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por ciento y por cada uno de los 209 meses siguientes, el 0,19 por ciento.
A partir del año 2027	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por ciento y por cada uno de los 16 meses siguientes, el 0,18 por ciento.

De esta forma, durante los tres próximos años – de 2020 a 2022- el porcentaje a aplicar al cociente obtenido en razón de la primera norma será del 50% cuando el interesado acceda a la pensión con un periodo de cotización igual o inferior a 15 años. En caso de que su cotización supere los 180 meses, por cada mes adicional de cotización a partir del 181- primer mes del decimosexto año de cotización- hasta el 286, ambos inclusive, se añadirá el 0,21; y si existen meses adicionales de cotización, el primero de los cuales sería el mes 287 y el último el 432, por cada uno de ellos se añadirá el 0,19.

El resultado de añadir por los meses adicionales de cotización el 0,21 y el 0,19, como máximo el 0,21 por 106 meses y el 0,19 por 146 meses, se sumará al porcentaje del 50% que corresponde a los primeros 180 meses de cotización o número inferior⁸⁷⁸. El

mes 428, ambos inclusive, se añadirá el 0,19; y si existen meses adicionales de cotización, el primero de los cuales sería el mes 429 y el último el 444, por cada uno de ellos se añadirá el 0,18. De esta forma, el 0,19 se añadirá como máximo por 248 meses y el 0,18 por 16 meses, alcanzándose el 100% de base reguladora con un total de 444 meses cotizados (lo que equivale a 37 años de cotización).

⁸⁷⁸ Un ejemplo numérico sería el siguiente: si en enero de 2020 se hubiese accedido a la pensión de Gran invalidez derivada de enfermedad común desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta y después de aplicar la primera regla para determinar la base reguladora de la pensión la cuantía obtenida como cociente fuera de 1.850 euros y el interesado acreditara haber cotizado en total 430 meses, incluyendo los años que le faltasen en la fecha del hecho causante para cumplir la edad ordinaria de jubilación vigente en cada momento, aplicaríamos la segunda regla de la siguiente manera:

Por los 180 primeros meses: 50%.

Por los 106 meses siguientes: $106 \times 0,21 = 22,26\%$.

Por los 144 meses restantes: $144 \times 0,19 = 27,36\%$.

De esta forma, el porcentaje resultante sería de 99,62% ($50 + 22,26 + 27,36 = 99,62$).

Si aplicamos este porcentaje al cociente obtenido después de aplicar la primera regla resultaría que la cuantía de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez sería de 1.842,97 euros/ mes ($1.850 \times 99,62\% = 1.842,97$ euros/mes).

porcentaje total, una vez aplicado al cociente que se haya obtenido en aplicación de la primera norma, constituirá la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común cuando se acceda a las mismas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta. El 100% de la base reguladora se alcanzará cuando la cotización del interesado sea igual o superior a 432 meses (36 años), incluida la que se tiene como efectuada a estos efectos en atención al tiempo que le falte al trabajador en la fecha del hecho causante para alcanzar la edad de jubilación que corresponda⁸⁷⁹.

La introducción de la segunda operación para el cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de enfermedad común obviamente aproxima su cuantía a la de la pensión de jubilación. Pese a ello, las prestaciones correspondientes a los grados de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez debidas a esta contingencia siguen gozando de un mejor tratamiento, que incluye el de tipo fiscal, ya que no tributan por IRPF, a diferencia de la pensión de jubilación, que sí está gravada.

2.1.2. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran Invalidez derivada de accidente no laboral cuando se acceda desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

El beneficiario puede acceder a las pensiones de Gran invalidez y de Incapacidad permanente absoluta derivadas de accidente no laboral no solo desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, sino también cuando se encuentre en una situación de no alta. En el primer caso, no se le pide acreditar ningún periodo previo de cotización, en el segundo sí, en concreto, uno genérico de 15 años y uno específico consistente en haber cotizado como mínimo la quinta parte de este tiempo- es decir, un

⁸⁷⁹ En el periodo anterior, que comprendía siete años- de 2013 a 2019- por cada mes adicional de cotización a partir del mes nº 181, igual que en los restantes tramos temporales, también se aplicaba el porcentaje del 50% por los quince primeros años de cotización o número inferior. No obstante, por cada mes adicional de cotización a partir del 181- primer mes del decimosexto año de cotización- hasta el mes nº 343, ambos inclusive, se añadía el 0,21; y si existían meses adicionales de cotización, el primero de los cuales sería el mes 344 y el último el 426, por cada uno de ellos se añadía el 0,19. De esta forma, el 0,21 se añadía como máximo por 163 meses y el 0,19 a 83 meses, alcanzándose el 100% de base reguladora con un total de 426 meses cotizados (35 años y 6 meses).

En el periodo posterior, que comprenderá cuatro años- de 2023 a 2026- por cada mes adicional de cotización a partir del mes nº 181 también se aplicará el porcentaje del 50% por los quince primeros años de cotización o número inferior. Sin embargo, por cada mes adicional de cotización a partir del 181 hasta el mes 229, ambos inclusive, se añadirá el 0,21; y si existen meses adicionales de cotización, el primero de los cuales sería el mes 230 y el último el 438, por cada uno de ellos se añadirá el 0,19. De esta forma, el 0,21 se añadirá como máximo por 49 meses y el 0,19 por 209 meses, alcanzándose el 100% de base reguladora con un total de 438 meses cotizados (36 años y 6 meses).

mínimo de 3 años- dentro de los 10 años anteriores al momento en que cesó la obligación de cotizar.

Pese a que la rúbrica del art. 197 de la LGSS/2015 se refiere a la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de “contingencias comunes”, las reglas que allí se establecen se aplican a la que derive de una enfermedad común y solo excepcionalmente a la que sea debida a un accidente no laboral, en concreto, cuando se acceda a la Incapacidad permanente absoluta o a la Gran invalidez desde una situación de no alta.

De este modo, la forma de calcular la base reguladora de las pensiones de Gran invalidez y de Incapacidad permanente absoluta es diferente en función de si el trabajador se encuentra en alta o en situación asimilada a la de alta o no se encuentra en ninguna de tales situaciones. En el primer supuesto la base reguladora de la pensión se calculará teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 5 del RD 1799/1985, de 2 de octubre⁸⁸⁰ y 7 del Decreto 1646/1972, de 21 de junio; mientras que en el caso de que se acceda a las pensiones desde una situación de no alta se calculará de conformidad con lo establecido en el art. 197.1, a) de la LGSS/2015, porque así lo prevé expresamente el apartado tercero del mismo artículo. Estas últimas normas son las mismas que deben tomarse en consideración para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez debidas a enfermedad común cuando el beneficiario se encuentre, igualmente, en una situación de no alta. A ello se hará referencia en el epígrafe siguiente.

En relación con lo que ahora interesa, el segundo párrafo del art. 5.4 del RD 1799/1985 dispone que: “El cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente total, invalidez permanente absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente no laboral, en que los beneficiarios se encontrasen en situación de alta o asimilada a la de alta, continuarán rigiéndose por las normas ya en vigor con anterioridad a la Ley 26/1985”.

Y esta norma sigue siendo el Decreto 1646/1972, de 21 de junio⁸⁸¹, que en su art. 7.1 establece que la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas

⁸⁸⁰ RD 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 31 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente (BOE de 5 de octubre).

⁸⁸¹ Decreto 1646/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 28 de junio).

Como recuerdan las SSTS de 4 de abril de 2007 (EDJ 33267) y de 1 de febrero de 2010 (EDJ 14345), con cita de otras que ya habían resuelto la cuestión en unificación de doctrina, como las de 10 de abril de 2001 (EDJ 10222); de 15 de octubre de 2002 (EDJ 126108); de 4 de octubre de 2004 (EDJ 219451); de 21 de marzo de 2005 (EDJ 76862) y de 27 de febrero de 2006 (EDJ 29354), para calcular la base reguladora de la Incapacidad permanente absoluta derivada de accidente no laboral (entiéndase, también la de Gran

de accidente no laboral será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión⁸⁸².

De esta forma, la base reguladora siempre se determinará tomando como referencia un periodo de cotización de dos años, con independencia de la edad del beneficiario. Será el propio sujeto causante quien elija libremente los 24 meses cuyas correspondientes bases de cotización por contingencias comunes se sumarán para dividir después entre 28 y así obtener el cociente que constituirá la base reguladora de la pensión. Su elección solo está sujeta a dos condiciones: que los 24 meses sean consecutivos y que estén dentro del periodo de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

No procederá la integración de las posibles lagunas de cotización por las bases mínimas establecidas en el art. 197.4 LGSS/2015 al periodo de cotización elegido por el beneficiario, ni tampoco la actualización de las bases de cotización⁸⁸³.

La fórmula de cálculo antes descrita se aplicará en todo caso para calcular la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente total derivada de accidente no laboral, dado que solo se puede acceder a la misma desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta. También se utilizará para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y de Gran invalidez debidas a la misma causa, pero, se insiste, solo si el acceso a las mismas se produce desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta.

La determinación del hecho causante cuando la Incapacidad permanente deriva de accidente no laboral reviste particular importancia no solo a efectos jurídicos, sino

invalidez)- cuando se accede a la pensión desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta- no resulta de aplicación el art. 140 LGSS/1994 (actualmente, art. 197 LGSS/2015), sino el art. 7 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

En las Sentencias antes citadas se sostiene que “la norma del art. 140 de la LGSS-94, de acuerdo con su tenor literal, limita el alcance de las reglas de cálculo de la base reguladora a la invalidez permanente derivada de enfermedad común (Art. 140.1 LGSS-94; art. 3.1 Ley 26/1985) y a determinadas pensiones de invalidez absoluta y gran invalidez derivadas de accidente no laboral- las causadas por quienes no se encuentran en alta o situación asimilada- (art. 140.3 en relación con el art. 138.3 LGSS-94; art. 3.3 Ley 26/1985 (...))”.

⁸⁸²Art. 2 del RD 1795/2003, de 26 de diciembre, de mejora de las pensiones de viudedad (BOE de 27 de diciembre) modificó el art. 7 del Decreto 1646/1972, dándole la redacción recogida en el texto.

⁸⁸³ En esta línea, la STS de 1 de febrero de 2010 (RJ 2010,3383) sostiene que la integración de lagunas por bases mínimas prevista en el art. 197.4 LGSS/2015 solo se aplica cuando la Incapacidad permanente derive de enfermedad común, en congruencia con lo establecido en el art. 15.2.a) de la Orden de 15 de abril de 1969. Pese a ello, en los supuestos en que existen lagunas de cotización, el INSS aplica la base reguladora que resulte más favorable: a) la resultante de la elección del trabajador o b) el resultado de sumar las bases mínimas de cotización vigentes durante los 24 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se haya causado la pensión de Incapacidad permanente (Circular 3/1998, de 10 de marzo).

también económicos, pues puede afectar sobremanera a la cuantía de la pensión dependiendo de si se tiene en cuenta como tal la fecha del informe-propuesta del EVI o la del día en que ocurrió el accidente⁸⁸⁴.

Un ejemplo que evidencia con claridad lo antedicho fue el analizado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en su sentencia de 30 de septiembre de 2011, fijó como fecha del hecho causante la del accidente no laboral sufrido por el trabajador y no la del informe del equipo evaluador, argumentando que al tratarse de un accidente no laboral era posible determinar la fecha exacta en que se produjeron las secuelas padecidas por el actor, debiendo ser esta también la fecha de efectos económicos⁸⁸⁵.

2.1.3. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran Invalidez derivada de enfermedad común o de accidente no laboral cuando se acceda desde una situación de no alta.

Para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Gran invalidez y de Incapacidad permanente absoluta derivadas de enfermedad común o de accidente no laboral a que se

⁸⁸⁴ Conforme a la regla general establecida en las normas reglamentarias aplicables, las incapacidades derivadas de contingencias comunes se entienden causadas en la fecha de emisión del informe – propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (SSTS de 27 de diciembre de 2001 (rec. 4591/2000 y de 18 de marzo de 2002, EDJ 27051). No obstante, en determinados casos se ha entendido que, si se acreditaba que el menoscabo o disminución irreversible de la capacidad de trabajo existía con anterioridad a las fechas establecidas en las citadas normas, “la eficacia temporal de la declaración de incapacidad podía retrotraerse a un momento precedente” (Véase por todas, la STS 14 de noviembre de 2006, EDJ 325781). Ahora bien, la excepción solo será posible si se puede determinar el momento concreto, anterior al del Informe del EVI, en el que las dolencias eran definitivas e invalidantes (véase SSTS de 22 de junio de 1999 (EDJ 25797); de 28 de junio de 2006, EDJ 109962, y de 14 de noviembre de 2006, EDJ 325781).

⁸⁸⁵ Sobre la importante repercusión económica de esta cuestión en el caso analizado por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de septiembre de 2011 (rec. 3030/2011), véase BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, op. cit., pp. 142-143. Debe tenerse en cuenta que el recurso de casación interpuesto por el INSS frente a la sentencia fue desestimado por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012 (rec. 4122/2011) argumentando que no se daba el requisito de existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada como sentencia de contraste, que era la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de octubre de 2002 (rec. 828/2002), puesto que en la primera la Incapacidad permanente derivaba de un accidente no laboral, mientras que en la que se cita como término de comparación es debida a una enfermedad común. Pero además, en la sentencia recurrida se discute si debe tomarse como fecha de efectos la del día en que tuvo lugar el accidente o la del día en que el EVI declaró al interesado afecto de Incapacidad permanente, entendiéndose la Sala que las “lesiones se objetivaron en la fecha del accidente, por lo que se toma está y no la del informe”. Por el contrario, en la sentencia de contraste, la cuestión debatida es si la fecha de efectos debe ser la del informe-propuesta del EVI o la de solicitud de la prestación, resolviendo la Sala que procede acoger la primera.

refiere el artículo 195.4 de la LGSS/2015, se aplicarán las reglas previstas en el apartado 1.a) del artículo 197 LGSS/2015⁸⁸⁶.

Así, para determinar la base reguladora de las pensiones correspondientes a los dos últimos grados de la Incapacidad permanente cuando sean debidos a contingencias comunes y se acceda desde una situación de no alta, se procederá de conformidad con las normas previstas en el art. 197.1 a) LGSS/2015. Aunque estas reglas ya han sido analizadas, conviene recordarlas si quiera sea brevemente.

Se aplicará en todo caso la fórmula de cálculo prevista para calcular las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común, cuando se acceda a las mismas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, de los beneficiarios con 52 años o más, es decir, la que resulta aplicable cuando el periodo de cotización genérico exigido al interesado sea igual o superior a 8 años.

De esta forma, se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses anteriores al mes previo al del hecho causante. Por lo que respecta al cómputo de tales bases también se utilizarán las reglas establecidas en el art. 197.1, letra b) de la LGSS/2015, por lo que las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al mes previo al del hecho causante se computarán en su valor nominal y las restantes se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el Índice de Precios de Consumo desde los meses a que aquellas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables.

También resultará aplicable el mecanismo de integración de lagunas, ya que de conformidad con el segundo párrafo del apartado 5 del art. 5 del RD 1799/1985, la no existencia de la obligación de cotizar a que se refiere el primer párrafo abarcará tanto a las situaciones asimiladas a la de alta para las que no se exija tal obligación como a

⁸⁸⁶ Así lo dispone expresamente para las pensiones derivadas de accidente no laboral el art. 197.3 LGSS/2015. Esta norma fue introducida por el art. 3.3 de la Ley 26/1985, que establecía lo siguiente: “Respecto de las pensiones de invalidez absoluta o gran invalidez derivadas de accidente no laboral, a que se refiere el número 3 del artículo segundo, para el cómputo de su base reguladora, se aplicarán las reglas previstas en el número 1 del presente artículo”. A su vez, el art. 3.1 de la Ley 26/1986 determinaba la base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez permanente derivada de enfermedad común, fijando que sería el cociente que resultase de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produjese el hecho causante.

aquellas otras situaciones en que no nace la obligación de cotizar por no encontrarse el trabajador en alta o situación asimilada.

Otras dos puntualizaciones a tener en cuenta para determinar la base reguladora de las pensiones de Gran invalidez y de Incapacidad permanente absoluta derivadas de contingencias comunes cuando el acceso a ellas se produzca sin encontrarse el beneficiario en situación de alta ni en situación asimilada a la de alta, serían las siguientes:

En primer lugar, solo será necesario realizar una operación matemática: la división que se ha indicado anteriormente. La cuantía obtenida como cociente constituirá la base reguladora de la pensión de Gran invalidez o de Incapacidad permanente absoluta⁸⁸⁷.

La fórmula de cálculo que debe aplicarse siempre será la establecida para calcular las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común a las que accedan, desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, los trabajadores cuya edad sea igual o superior a 52 años.

No se aplicará en ningún caso la fórmula matemática prevista en el art. 197.2 de LGSS/2015 para calcular la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de enfermedad común de los beneficiarios menores de 52 años. Y, obviamente, no cabe emplearla porque sólo se utiliza en el caso de que a los beneficiarios se les exija un periodo de carencia genérica inferior a 8 años, y a quienes accedan a las pensiones de Gran invalidez y de Incapacidad permanente absoluta derivadas de contingencias comunes desde una situación de no alta siempre se les pide acreditar un periodo genérico de cotización de 15 años.

No deberá aplicarse ninguna norma adicional para hallar la cuantía de la base reguladora de las pensiones de Gran invalidez y de Incapacidad permanente absoluta derivadas de contingencias comunes a las que se acceda desde una situación de no alta, dado que no resulta de aplicación lo dispuesto en el apartado b) del art. 197.1 de la LGSS/2015 sobre el porcentaje en función de los años cotizados. Por tanto, en estos casos, como se ha dicho, la cuantía de la base reguladora será el cociente que resulte de la aplicación de la norma prevista en el apartado a) del mismo artículo y apartado.

⁸⁸⁷ Como dice LIMÓN LUQUE no se aplicará “el mecanismo corrector relativo a los años de cotización efectuados y futuros” (LIMÓN LUQUE, M.A. en Ley General de Seguridad Social comentada (comentada y con jurisprudencia). VV.AA. (directores MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J. coordinadora: CASTRO ARGÜELLES, M.A), op. cit., p. 1104).

En segundo lugar, conviene reparar en que en el caso de que el trabajador acceda a una pensión de Incapacidad permanente derivada de enfermedad común desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, el periodo de cotización genérico exigido como requisito para poder ser beneficiario de la pensión puede guardar una cierta conexión con el importe de la prestación. Siempre es así en el caso de que el trabajador sea menor de 52 años o su franja de edad esté comprendida entre los 52 años y los 52 años y 6 meses, puesto que en estos supuestos el número de bases de cotización que se toman en consideración para determinar la base reguladora coincide con el número de meses que se exigen como periodo de carencia genérica; pero no ocurriría lo mismo en el caso de que el trabajador tenga 52 años y 6 meses o más porque en tal caso para determinar la base reguladora de la pensión siempre se tienen en cuenta 8 años de cotización, es decir, los que se corresponden con el periodo de carencia que se pide a un trabajador que tenga 52 años en la fecha del hecho causante y no los superiores que se exigen a los que superen como mínimo en 6 meses dicha edad. Sin embargo, cuando el trabajador accede a la pensión de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez derivada de contingencias comunes desde una situación de no alta, el periodo de carencia no guarda ninguna relación con la cuantía de la prestación, pues para calcular la base reguladora solo se tienen en cuenta 96 bases de cotización, es decir, el equivalente a ocho años de cotización, mientras que el periodo de carencia genérico exigido para acceder a la prestación es siempre de 15 años⁸⁸⁸.

2.2. Cálculo de la base reguladora de la pensión de Gran invalidez derivada de contingencias profesionales.

La LGSS/2015 no solo no regula la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de accidente no laboral cuando se acceda a las mismas desde una situación de alta o desde una situación asimilada a la de alta, como se ha visto anteriormente, sino que tampoco establece cómo debe calcularse la que servirá para determinar la cuantía de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional.

Para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivadas de riesgos profesionales, incluida la correspondiente al grado de Gran

⁸⁸⁸ Véase VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA NINET, J.I. (2009) en “Incidencia de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre sobre la pensión de incapacidad permanente. En VV.AA. *La reforma de la Seguridad Social* (III Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social, op. cit., pp. 92 a 94).

invalidez, continúan aplicándose las normas contenidas en el capítulo V del Reglamento aprobado por el Decreto de 22 de junio de 1956⁸⁸⁹.

Así resulta por aplicación de lo dispuesto en el art. 50 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre⁸⁹⁰. El apartado 1 de este artículo establece que la base reguladora de la pensión- “para los declarados inválidos en el grado de Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo”- se calculará sobre salarios reales. También se aplicará esta regla al cálculo de la base reguladora de la pensión vitalicia derivada de riesgos profesionales de los grandes inválidos que, además, tendrán derecho a un complemento destinado a remunerar a la persona que les atienda⁸⁹¹.

A tal efecto, cuando la Incapacidad proceda de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, y en tanto que la cotización correspondiente a dichas contingencias continúe efectuándose sobre las remuneraciones efectivamente percibidas, para determinar la base reguladora de las pensiones serán de aplicación las normas que para la Incapacidad temporal se establecieron en el capítulo V del Reglamento aprobado por el Decreto de 22 de junio de 1956 ⁸⁹².

De este modo, la base reguladora de la pensión por Gran invalidez derivada de riesgos profesionales estará constituida por el promedio mensual del “salario real” percibido por el trabajador en el momento en que aconteció el accidente o, en su caso, en la fecha de la baja en el trabajo.

Así, la base reguladora mensual de la pensión de Gran invalidez será el resultado de dividir entre doce el salario base anual del trabajador, que estará integrado por la suma de los tres conceptos que se detallan a continuación:

- a) Las retribuciones básicas diarias percibidas por el trabajador en la fecha del accidente o de la baja en el trabajo multiplicado por 365⁸⁹³.

⁸⁸⁹ BOE de 15 de julio.

⁸⁹⁰ D. 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 de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE de 30 de diciembre de 1996).

⁸⁹¹ El art. 50.1 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, remite sobre este punto al art. 12, apartado 4 de la misma norma, para los incapacitados permanentes absolutos, y, a su vez el apartado 5, sobre pensionistas de Gran invalidez, del mismo art. 12, reenvía al apartado anterior, es decir, al 4.

⁸⁹² De conformidad con el segundo párrafo del art. 2.1 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, al que remite el segundo párrafo del art. 50.1 de la misma norma.

⁸⁹³ Las SSTs de 31 de enero de 1992 (EDJ 847) y de 2 de noviembre de 1993(EDJ 9798) aclaran que el cálculo de la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente debida a enfermedad profesional cuando ésta sea diagnosticada con posterioridad al cese en la actividad laboral, se realizará tomando como referencia el salario normalizado que se “determina con arreglo a las bases de cotización por accidente de trabajo y enfermedades profesionales del año precedente, por lo que (...) es un salario próximo al real, (...)

- b) El importe total de las pagas extraordinarias y, en su caso, de la participación en beneficios en el año anterior al accidente o a la baja⁸⁹⁴.
- c) El importe de las prestaciones en especie en el año anterior al accidente o a la baja, en caso de que hayan existido.
- d) El cociente resultante de dividir los pluses, retribuciones complementarias y horas extraordinarias⁸⁹⁵ percibidos por el trabajador en el año anterior al accidente por el número de días efectivamente trabajados en el año anterior al accidente o a la baja en el trabajo, entre el número de días realmente trabajados por aquel en ese periodo. El resultado se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea inferior, en cuyo caso se aplicará el multiplicador que corresponda⁸⁹⁶.

y que a su vez consta de manera indubitada y con carácter de promedio, (y que) de ser superior al fijado en el Convenio aplicable ha de prevalecer a éste por acercarse más al real”.

Sobre el cálculo de la base reguladora de Incapacidad permanente debida a enfermedad profesional que sea declarada tras la jubilación, la STS de 24 de febrero de 2009 (EDJ 25635) recuerda que la doctrina contenida en la Sentencia de 20 de diciembre de 1972, dictada en interés de Ley, estableció que la fecha del diagnóstico de la enfermedad profesional, aunque el enfermo se encontrase ya en situación de inactividad laboral por jubilación o por otra causa,- en ese caso se trataba de un caso de silicosis,- es la fecha que debe tenerse en cuenta para determinar el cálculo de la cuantía de su pensión. Esta deberá calcularse de acuerdo con los salarios que en ese momento perciben los trabajadores que se encuentren en activo con la categoría y condiciones del declarado inválido. Dicho de otra forma, el salario regulador deberá fijarse en atención “al que realmente cobraría el interesado de haber continuado en activo en la misma profesión hasta el día en que la enfermedad se diagnostica”.

Sin embargo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1992 (EDJ 847) y de 2 de noviembre de 1993(EDJ 9798), antes citadas, advierten que se trata de un cálculo hipotético y que al existir complementos salariales variables se plantea el problema de precisar el salario real que se habría cobrado el inválido de haber continuado trabajando. Al respecto indican lo siguiente: “Nuestra sentencia de 31 de enero de 1992 (Rec. 441/91) EDJ 847 y las demás que hemos citado antes establecieron el criterio del salario normalizado, o medio en el sector, para los casos en que la empresa ha desaparecido o no se ha probado cual sería el salario a percibir. Pero esta solución no es aplicable cuando la empresa subsiste, continúa con su actividad y tiene su propio convenio colectivo. En estos casos habrá que estar a las retribuciones que establece el Convenio Colectivo para la categoría profesional del inválido, pero, como existen complementos salariales variables, ligados a la mayor o menor productividad y a la mayor o menor asistencia al trabajo, resultará difícil acreditar en cada caso cual habría correspondido al interesado, pues, solamente de manera hipotética se podría calcular cuantos días habría ido al trabajo (...) Por ello, debe acudir a las normas del convenio colectivo cuando las mismas dejan clara la retribución, pero cuando la misma es hipotética por depender del mayor rendimiento o de otras circunstancias, lo mejor es acudir al promedio de lo cobrado el año anterior por los trabajadores de la misma categoría en la misma empresa, ya que el resultado de esa media será el que se aproxime más al salario real que habría cobrado el inválido de continuar en activo, que es el objetivo perseguido por la norma y por nuestra doctrina”. Esta solución de acudir al promedio de lo cobrado por los trabajadores de igual categoría en la misma empresa ha sido seguida por esta Sala en sentencias de 28 de diciembre de 1989, EDJ 11870 y 3 de julio de 1993 (Rec. 379/1992) EDJ 6640” (STS de 24 de febrero de 2009 (EDJ 25635))”.

⁸⁹⁴ La STS de 5 de mayo de 2009 (EDJ 112240) aclara que se computará el importe anual de las gratificaciones extraordinarias y no la parte proporcional devengada hasta el momento de la baja.

⁸⁹⁵ Por lo que respecta a las horas extraordinarias, deberán tenerse en cuenta todas las realizadas, incluso si se ha superado el tope máximo establecido anual establecido legalmente (SSTS de 22 de febrero de 1998 (RJ 1998,1247) y de 25 de septiembre de 1998 (RJ 1998,7304).

⁸⁹⁶ En relación con el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente derivada de contingencia profesional, la Disposición adicional 11ª del RD 4/1998, de 9 de enero, modificó en este

Esta forma de calcular la base reguladora pretende aproximar su cuantía al promedio mensual del salario percibido durante el año inmediatamente anterior al accidente, aunque cuando la causa de la Incapacidad permanente fuera una enfermedad profesional y el trabajador hubiera sido trasladado a un puesto de trabajo compatible con su estado en el que percibiera una menor retribución o bien hubiera cesado en el trabajo, la base reguladora se fijará en atención a lo devengado en los doce meses anteriores a su traslado o a su cese en el trabajo, tal como se desprende del artículo 63 del Reglamento de enfermedades profesionales, aprobado por la Orden de 9 de mayo de 1962⁸⁹⁷.

2.3. Cálculo de la pensión y del complemento por Gran Invalidez.

El artículo 196.4 de la LGSS/2015 establece en qué deben consistir las prestaciones económicas a los que tiene derecho el trabajador que fuese calificado como como gran inválido: la pensión vitalicia y el complemento que la incrementa con la finalidad de retribuir a la persona que le atienda.

Por lo que hace referencia a la pensión vitalicia, el art. 196.4 LGSS/2015 remite a lo establecido en los apartados anteriores del mismo artículo, sin especificar si se refiere al 1 al 2 y al 3 o solo al 2 y al 3, por lo que en principio, parece que la remisión se hace a todos ellos. Sin embargo, teniendo en cuenta que el apartado 4 del art. 196 LGSS/2015 contempla una pensión vitalicia y que el apartado 1 del mismo art. dispone que la prestación económica correspondiente a la Incapacidad permanente parcial consistirá en una cantidad a tanto alzado, y no en una pensión, puede deducirse que cuando el apartado 4 dice “según lo establecido en los apartados anteriores”, el envío debe entenderse exclusivamente hecho a los apartados 2 y 3, que regulan las prestaciones económicas

punto el Reglamento de Accidentes de Trabajo, pasando a ser la cifra teórica del multiplicador la de 273, salvo que el número de “días laborables efectivos” fuese menor (véase STS de 17 de mayo de 2005 (EDJ 90325). El multiplicador 273 corresponde a los días laborales, que con carácter general establece el TRET, y que resultan de deducir de los 365 días del año, 48 domingos, 14 festivos y 30 días de vacaciones (ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 604). Sobre esta cuestión véase también BLASCO LAHOZ, JF. (2019): *Las contingencias profesionales de la Seguridad Social. Un estudio sistemático del accidente de trabajo y la enfermedad profesional (trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos)*, Valencia (Tirant lo Blanch), p. 394.

Anteriormente, el número multiplicador fue 290, tal como se recogía en el art. 60 del Reglamento de Accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956. Este número coincidía con el número de días del calendario, según la normativa que estaba vigente cuando se aprobó esta norma (ROQUETA BUJ en ROQUETA BUJ R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. La incapacidad para trabajar, op. cit., p. 604). Véase también, TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (2019): *La ordenación jurídica de la incapacidad permanente en el trabajo por cuenta ajena*, Barcelona (Ed. Atelier), p. 59.

⁸⁹⁷ BOE de 29 de mayo. Véase GOERLICH PESET, J.M. (2016) en *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A, R.), op.cit., pp. 947 y 948.

correspondientes a la incapacidad permanente en los grados de total y absoluta, respectivamente, y que sí son pensiones vitalicias⁸⁹⁸.

De este modo, de la remisión que el apartado 4 del art. 196 de la LGSS/2015 hace a los apartados 2 y 3 del mismo artículo, se deduce lo siguiente:

- a) Que cuando el declarado Gran inválido quede incapacitado de forma permanente para llevar a cabo su profesión habitual, pero pueda dedicarse a otra distinta de aquella, tendrá derecho a una pensión que resultará de aplicar a la base reguladora un porcentaje del 55%. Debe tenerse en cuenta además que cuando se trate de una Gran invalidez derivada de enfermedad común, la cuantía de la pensión así calculada no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo⁸⁹⁹.
- b) Que cuando el declarado Gran inválido quede incapacitado de forma permanente para llevar a cabo su profesión habitual y pese a conservar una capacidad de trabajo suficiente como para dedicarse a una actividad distinta de aquella, se presuma la dificultad de obtener empleo por “su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia”, percibirá la pensión prevista en el apartado anterior, consistente en el 55% de la base reguladora, incrementada en un 20%⁹⁰⁰. Si el gran inválido encontrara finalmente un trabajo compatible con su estado, durante el tiempo en que trabajara dejaría de percibir el complemento del 20%, pero continuaría percibiendo la pensión vitalicia en la cuantía que corresponde a la Incapacidad permanente total. En este último caso, si la Gran invalidez es debida a enfermedad común, tal como se ha dicho anteriormente, la cuantía de la pensión de Gran invalidez tampoco podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo.

⁸⁹⁸ Aunque excepcionalmente, y solo para menores de 60 años, la pensión correspondiente a la Incapacidad permanente total podrá ser sustituida por una indemnización (primer párrafo del art. 196.2 LGSS).

⁸⁹⁹ Tercer párrafo del art. 196.2 LGSS/2015.

⁹⁰⁰ Segundo párrafo del art. 196.2 LGSS/2015 y art. 6. Tres del D. 1646/1972, de 23 de junio (BOE de 28 de junio).

- c) Que cuando el declarado Gran inválido quede incapacitado permanentemente no solo para la que fuese su actividad laboral habitual sino también para cualquier otra, tendrá derecho a la pensión vitalicia que corresponda al Incapacitado permanente absoluto, que consiste en el 100% de la base reguladora correspondiente⁹⁰¹.

Por último, de conformidad con el art. 196.5 LGSS/2015, en los casos en que excepcionalmente el trabajador que haya cumplido la edad ordinaria de jubilación que corresponda a cada año en función de la cotización acreditada hasta la implantación de la regulación definitiva en el año 2027⁹⁰², pero no reúna el resto de los requisitos para el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación y acceda, por tal motivo, a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente, incluida la correspondiente al grado de Gran invalidez, será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación y que actualmente es el 50%⁹⁰³. Además en este caso, cuando la Incapacidad permanente derive de enfermedad común, se considerará como base reguladora el resultado de aplicar únicamente lo establecido en la norma a) del apartado 1 del artículo 197 LGSS/2015, lo que significa que será el resultado de dividir por 112 la suma de las bases de cotización correspondientes a los 96 meses anteriores al mes previo a aquél en que tuvo lugar el hecho causante.

A las mujeres que hayan tenido dos o más hijos, biológicos o adoptados, se les reconocerá un complemento por maternidad cuyo importe será el resultado de aplicar a la cuantía inicial de la pensión que se cause a partir de 1 de enero de 2016 un porcentaje. Este porcentaje será del 5% en el caso de dos hijos; del 10% con tres hijos y del 15% en el caso de cuatro o más hijos. Se computan los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ Art. 196.3 de la LGSS/2015.

⁹⁰² Disposición Transitoria séptima LGSS/2015. En 2020, dicha edad es de 65 años para quienes acrediten una cotización de como mínimo 37 años y de 65 años y 10 meses para quienes hayan cotizado menos de 37 años. En 2027 será de 65 años para quienes acrediten una cotización de 38 años y 6 meses o más y de 67 años para quienes hayan cotizado menos de 38 años y 6 meses.

⁹⁰³ Art. 210.1, a) de la LGSS/2015.

⁹⁰⁴ Este complemento, que tendrá naturaleza jurídica de pensión pública contributiva a todos los efectos, se reconocerá en cualquier régimen de la Seguridad Social y se aplicará a las pensiones contributivas de viudedad, jubilación e Incapacidad permanente (art. 60.1 LGSS/2015). El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización (art. 60.6 LGSS/2015). En el supuesto de que la cuantía inicial de la pensión supere

Además de a la pensión vitalicia, el gran inválido tendrá derecho a un complemento destinado a cubrir la remuneración de la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante⁹⁰⁵ 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. 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.

Conviene recordar que la forma de calcular el importe del complemento por Gran invalidez se modificó por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Antes de la reforma operada por esta norma, la prestación correspondiente por Gran invalidez era del 150 por ciento de la base reguladora de la Incapacidad Permanente Absoluta del inválido, correspondiendo un 50% del total del referido porcentaje al importe del complemento por asistencia de tercera persona⁹⁰⁶.

el límite establecido en el artículo 57 de la LGSS/2015- cuantía íntegra mensual establecida anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado- sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida inicialmente alcanza el límite establecido en el artículo 57 de la LGSS/2015 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento (art. 60.2 LGSS/2015).

Por último, en aquellos supuestos en que la pensión inicialmente causada no alcance la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se reconocerá dicha cuantía, teniendo en cuenta las previsiones establecidas en el artículo 59 de la LGSS/2015. A este importe se sumará el complemento por hijo, que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada (art. 60.3 LGSS/2015). Cabe recordar que, según establece el último inciso del apartado 2 del art. 59 de la LGSS/2015, los límites previstos en dicho apartado no se aplicarán a los pensionistas de Gran invalidez.

⁹⁰⁵ El 45% no se aplica a la base mínima establecida en atención al grupo de cotización del trabajador, que es distinta cuando se trata de los grupos 1, 2 y 3, sino a la base mínima de cotización prevista para los grupos 4 a 7 de cotización, cuya cuantía es inferior a la correspondiente a aquéllos.

⁹⁰⁶ Para ilustrar estas consecuencias que el cambio en la forma de calcular el complemento de Gran invalidez podía tener para los beneficiarios de la pensión, FERNÁNDEZ ORRICO pone los siguientes ejemplos: Partiendo de que el importe de la base reguladora de la pensión fuera de 1900 euros y esta fuera la correspondiente a una Incapacidad permanente absoluta, cuyo importe, como se sabe, consiste en el 100% de la base reguladora, con anterioridad a 2008, dado que el complemento por Gran invalidez se calculaba aplicando un porcentaje del 50% sobre la cuantía de la pensión de Incapacidad permanente previamente calculada, la cuantía del complemento resultante hubiera ascendido a 950 euros. Con la nueva normativa, si la base reguladora de la pensión de Incapacidad permanente absoluta fuera también de 1900 euros y la cuantía de la última base de cotización del trabajador fuese de esa misma cuantía, el complemento de Gran invalidez sería equivalente a la cantidad resultante de sumar al 45% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, que era en ese momento de 699,40 euros, el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la causa de la que deriva la Incapacidad permanente. Así si sumamos 314,

Esta forma de calcular la prestación de Gran invalidez simplemente incrementando en un 50% la cuantía de la pensión de Incapacidad permanente absoluta fue criticada por la doctrina⁹⁰⁷, argumentando que no parecía coherente con la finalidad del complemento, ni con su naturaleza asistencial, calcular este sobre la pensión que el trabajador recibía como renta sustitutiva de salario, lo que daba como resultado que a mayor pensión mayor complemento por asistencia de tercero, cuando de lo que realmente se trataba era de compensar económicamente a la persona encargada de asistir al pensionista, destinataria última del incremento del 50%, pese a que esta cantidad no ingresase en su patrimonio sino en el de la persona a quien prestaba la ayuda⁹⁰⁸.

Por lo tanto, antes del cambio normativo, el importe del complemento por Gran invalidez estaba en función de las bases de cotización que habían servido para calcular la pensión de Incapacidad permanente absoluta. Tras la reforma, la cuantía de esta prestación adicional se desvinculó de la pensión correspondiente al grado de Incapacidad

95 (699,90 x 45%) y 570 (1900 x 30%), la cuantía del complemento resultante será de 884,95 euros, lo que supone un importe inferior en 65,05 euros con respecto al que le hubiera correspondido al trabajador de acuerdo con la normativa anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, siendo la cantidad mínima garantizada en este caso de 855 euros (45% de la base reguladora, que en el ejemplo era de 1900 euros). Por el contrario, si en el mismo supuesto la base reguladora fuera de 800 euros, el complemento por Gran invalidez antes de la reforma hubiera sido de 400 euros, mientras que con arreglo a la nueva normativa, si fuese también de 800 euros el importe de la última base de cotización del trabajador, el importe del complemento sería de 554,95 euros (314,95 + 240 (800 x 30%)), cantidad superior en 154,95 a la que hubiera tenido derecho de conformidad con la forma de cálculo anterior, siendo la cantidad garantizada en este caso equivalente a 360 euros (800 x 45%) (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), op.cit., pp.149 y 150).

ALZAGA RUIZ concreta que en la práctica, con la reforma, la cuantía del complemento de Gran invalidez se reduciría en aquellos casos de pensiones bases superiores a los 1.260 euros, mientras que aumentaría cuando se trate de pensiones inferiores a ese importe (ALZAGA RUIZ, I. (2008): “La reforma de la pensión de Incapacidad permanente” en. VV. AA. *La Reforma de la Seguridad Social de 2007-2008* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.V.; Coord. ARETA MARTÍNEZ, M.), op. cit., p. 76).

⁹⁰⁷ Incluso, para ROQUETA BUJ, en el peor de los casos, el complemento por Gran invalidez tendría que calcularse sobre la pensión de Incapacidad permanente total y no sobre la base reguladora de esta prestación (ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 613). En contra de este criterio, la autora cita a RODRÍGUEZ DURANTEZ, para quien, a fin de evitar discriminaciones, el complemento por Gran invalidez debía ser siempre el mismo, por lo que el incapacitado permanente total tendría que percibir el incremento que consistiera en el 50% que le correspondería si fuera un incapacitado permanente absoluta, incluso cuando no se declarase esta (RODRÍGUEZ DURANTEZ, M. “Problemática actual sobre la gran invalidez”, *Actualidad laboral*, nº 30, 1988, p. 1718).

⁹⁰⁸ Así lo advierte MALDONADO MOLINA J.A., quien también insiste en la conveniencia de baremar objetivamente para todos los cuidadores informales la compensación por la asistencia a tercera persona (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.), p.124). El mismo autor, en p. 126, indica que la finalidad específica de este complemento hace que no tenga naturaleza de pensión, ni tampoco carácter salarial, pese a ser contraprestación de servicios, sino de prestación asistencial.

permanente absoluta, tal como, en atención a la finalidad del complemento, se había convenido en el Acuerdo de Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, haciéndose depender su cuantía de dos cantidades: una fija y otra variable⁹⁰⁹. El cambio de regulación se concretó en la nueva redacción dada al art. 139.4 LGSS/1994 (actualmente, art. 196.4 LGSS/2015)⁹¹⁰.

Tras la modificación del artículo 139.4 de la LGSS/1994, el importe del complemento por Gran Invalidez se desvinculó de la cuantía de la prestación de base, pasando a ser su cuantía la resultante de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante⁹¹¹ y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derivase la situación de incapacidad permanente⁹¹².

⁹⁰⁹ Aunque debe tenerse en cuenta que el Acuerdo de Medidas en materia de Seguridad Social establecía que la cuantía 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 origine la prestación (http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/41df1495-bad0-4124-abe80db454d0c999/Acuerdo_medidas_Seguridad_Social%28Castellano%29.pdf?MOD=AJPERES&:CVID=:)

Sobre el alcance del Acuerdo de Medidas en materia de Seguridad, véase GARCÍA NINET, J.I. (2006): “Acerca de lo que pretende el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, nº 188-189, y (2006): “Comentarios breves al “Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social”, *Iustel, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 12; GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2006): “El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, nº 86; LÓPEZ GANDÍA, J. (2006): “El Acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social (luces y sombras)”, *Revista de Derecho Social*, nº 35, y PANIZO ROBLES, J.A. (2006): “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia) (I)”, *Tribuna Social*, nº 190; Ídem, Comentario de Urgencia (II), *Tribuna Social*, nº 191 (2006), y “Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006”, *CEF Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 281(2006).

⁹¹⁰ 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 considere beneficioso (por la Entidad Gestora) para el gran inválido. Sin embargo, tal posibilidad fue suprimida tras la derogación del párrafo segundo del art. 139.4 LGSS/2015.

⁹¹¹ En contra de la opinión mayoritaria de la doctrina científica y judicial, que considera que debe estarse siempre a la base mínima de cotización para mayores de 18 años vigente para el Régimen General de la Seguridad Social, ROQUETA BUJ sostiene que debería considerarse como tal la correspondiente al grupo de cotización del trabajador ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 614).

⁹¹² Como indica OLARTE ENCABO, con la modificación en la forma de calcular el complemento de Gran invalidez no se elimina de forma total la vinculación entre la cuantía y el esfuerzo contributivo (OLARTE ENCABO, S. (2008): “La reforma de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social en La Reforma de la Seguridad Social”. AA. VV. *Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), op.cit., p. 258). Muy acertadamente, ROQUETA BUJ considera que “la solución legal puede resultar excesivamente aleatoria y propiciatoria de actuaciones fraudulentas”, porque al estar sujeto el salario del trabajador a “importantes vaivenes, (...) supone dejar en manos del azar o de la casualidad la determinación de una parte significativa de la prestación”. Y esto puede hacer que “a un

No obstante, la desvinculación no fue completa, porque el inciso final del art. 139.4 de la LGSS/1994 establecía que en ningún caso el complemento señalado podría tener un importe inferior al 45% de la pensión de Incapacidad permanente percibida, sin el complemento, por el trabajador. Esto significa que si la cuantía del complemento por Gran invalidez, calculado de acuerdo con las reglas mencionadas anteriormente, resultase inferior al 45% de la pensión básica, su importe debería calcularse sobre el de la pensión de Incapacidad absoluta o total, según fuera el caso, teniendo en cuenta, por supuesto, que las normas que se aplican para calcular las pensiones de Incapacidad permanente no solo son distintas en función del riesgo del que deriven, sino también que cuando sean debidas a enfermedad común o a accidente no laboral también difieren en razón de la situación en que se encuentre el trabajador cuando acceda a ellas ⁹¹³.

Esta nueva regulación, que es la vigente para todas las pensiones de Gran invalidez cuyo hecho causante sea posterior al 1 de enero de 2018, parece aportar una solución algo más equitativa que la precedente⁹¹⁴, ya que introduce una medida de solidaridad consistente en tratar de aproximar las cuantías de los complementos por Gran invalidez, incrementando el correspondiente a los beneficiarios de las pensiones más bajas, y reduciendo, previsiblemente, el de las más altas, pero tampoco está libre de objeciones. Dos de ellas, a priori, serían las siguientes: una, que la base reguladora a la que habrá que aplicar el complemento ha sido objeto de reducción; y otra, consecuencia de la desvinculación relativa a la que se hacía antes referencia, que en el peor de los casos, podría implicar una disminución del 5% del importe del complemento con respecto al garantizado en la normativa anterior.

En cualquier caso, la reforma del cálculo del complemento de Gran invalidez intentó resolver la contradicción que existía entre la finalidad asistencial del complemento y la configuración de carácter claramente profesional de la protección de la Incapacidad permanente, y dentro de ella, por supuesto, la del cuarto de sus grados. Así, el nuevo

esfuerzo contributivo mayor le puede corresponder una menor protección, y viceversa, en función de la situación laboral del trabajador en el último mes trabajado, lo que es contrario a los principios de igualdad y de equidad”. (ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, op. cit., p. 615).

⁹¹³ El hecho de que el porcentaje se aplique a la pensión básica hará que el mínimo garantizado difiera en cada caso y que en la mayoría de las ocasiones resulte insuficiente, por lo que “el efecto igualitario que el nuevo método de cálculo del complemento de Gran invalidez diseñado por la Ley 40/2007 no responde a la finalidad que la misma pretende perseguir” (Ibídem, p. 616).

⁹¹⁴ ROMERO RÓDENAS, M.ª J. (2017) “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. 801.

sistema de cálculo combina una variable generalizable y uniforme – un porcentaje de la base mínima de cotización para mayores de 18 años- y una variable personal o subjetiva- un porcentaje de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que deriva la Incapacidad permanente-. El hecho de que el porcentaje correspondiente a la variable general (45%) sea superior al de la variable individual (30%) evidencia el mayor peso que quiere darse al aspecto asistencial, sobre todo si se tiene en cuenta que el Proyecto de Ley preveía unos porcentajes del 50% y el 25%, respectivamente, pero no evita que la cuantía del complemento siga vinculada al nivel contributivo. Eso sí, se tratará ahora de un complemento cuya cuantía como regla general no dependerá del importe de la pensión de Incapacidad permanente, como ocurría anteriormente⁹¹⁵.

Una cuestión relevante que se suscitó sobre la forma en que debía procederse al cálculo del complemento por Gran invalidez tras el cambio normativo surgió a raíz de un criterio del INSS que sostenía que el complemento debía entenderse referido a un periodo anual y que dado que la base mínima de cotización y la última base de cotización del trabajador incluyen la prorrata de pagas extraordinarias, el complemento debía calcularse de forma que su importe anual tuviera en cuenta aquellas. Por tal motivo, antes de aplicar los porcentajes del 45% y del 30%, tanto la base mínima de cotización como la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la Incapacidad permanente, debían multiplicarse por 12 y después dividirse por 14.

Sin embargo, la jurisprudencia entendió que de la dicción literal del art. 139.4 LGSS/1994 (actual art. 196.4 LGSS/2015) ni se desprendía que el importe del complemento tuviera que entenderse referido a un año ni que tuviera que calcularse teniendo en cuenta las pagas extraordinarias. Sostuvo así que la redacción del precepto era clara y no suscitaba duda alguna acerca de que el porcentaje debía calcularse sumando el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última

⁹¹⁵ Véase 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., pp.188 y 189).

LIMÓN LUQUE subraya que la asistencialización de esta situación de necesidad se produce “más en un plano formal que real”, ya que debería tender a igualarse en el plano contributivo y no contributivo y, por el contrario, “sigue teniendo importancia la base reguladora del beneficiario y, por su tanto, su carrera de seguro, aunque se tenga en cuenta, asimismo la base mínima de cotización vigente” (LIMÓN LUQUE, M.A. (2009): *Ley General de Seguridad Social comentada (comentada y con jurisprudencia)*. VV.AA. (directores MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J. coordinadora: CASTRO ARGÜELLES, M.A), op. cit., p. 1101).

base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derivase la situación de incapacidad permanente, “sin ningún otro añadido ni consideración”⁹¹⁶.

Prueba de que el legislador no quiso hacer ningún tipo de añadido o matización con respecto a que el complemento de Gran invalidez hubiera de entenderse referido a un año, y que por tanto “ha de estarse a la literalidad del precepto” es que el art. 2.2 de la Ley 40/2007, que añadió un último párrafo en el apartado 2 del artículo 139 LGSS/1994, sí lo hizo al establecer una cuantía mínima anual para la pensión de Incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. Su redacción, en este caso, tampoco dejaba lugar a dudas: “La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al 55 por ciento de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento”⁹¹⁷.

Por el contrario, el apartado 2.3 de la misma norma redactó el apartado 4 del art. 139 de la LGSS/1994 sin indicar que el importe del complemento de Gran invalidez debería entenderse referido al periodo de un año.

En el mismo sentido, la STS de 6 de abril de 2015⁹¹⁸, dictada en unificación de doctrina, sostuvo en su Fundamento de Derecho tercero que de la lectura del art. 139.4 de la LGSS/1994, en redacción dada por la Ley 40/2007, no se desprendía que la cuantía del complemento haya de entenderse referida al importe de un año ni menciona que deba “recalcularse” teniendo en cuenta las pagas extraordinarias. Por el contrario, recalca que “el precepto es claro y terminante, por lo que no suscita duda alguna”. Y subraya que mientras que el legislador introdujo, “expresamente, el elemento anual al referirse a la base mínima de cotización para el cálculo de la pensión mínima, (...) cabe entender que si para el cálculo del complemento para la Gran invalidez no lo ha utilizado, cuando es la misma norma y precepto- art. 2 de la Ley 40/2007- la que ha llevado a cabo las modificaciones, es que para dos supuestos diferentes ha establecido también dos regulaciones distintas”.

⁹¹⁶ SSTS de 16 de junio de 2010 (EDJ 140229); de 29 de septiembre de 2011 (EDJ 282281) y de 17 de enero de 2012 (EDJ 15962). STS de 6 de abril de 2015 (rec. 175/2014).

⁹¹⁷ Debe tenerse presente que actualmente esta previsión no se aplica, ya que del RD- Ley 28/2018 dio nueva redacción al apartado 2 del art. 196 de la LGSS/2015, quedando redactado como sigue: “La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de sesenta años con cónyuge no a cargo” (Disposición final segunda del RD- Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revaloración de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo. BOE de 29 de diciembre).

⁹¹⁸ STS 2821/2015. Id. Cendoj: 28079140012015100332. Ponente: SOUTO PRIETO, J.

También la STS de 28 de junio de 2018⁹¹⁹ aclara que la forma correcta de calcular el complemento de Gran invalidez “consiste en sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador por la contingencia de la que derive la incapacidad permanente, sin que deba realizarse posteriormente la operación adicional de multiplicar por 12 y dividir por 14 ese resultado”. También apunta que deberá procederse del mismo modo cuando la Gran invalidez “derive de la contingencia de accidente de trabajo, por cuanto el precepto legal ya tiene en cuenta esa circunstancia al indicar que el 30% de la última base de cotización será el correspondiente a la contingencia de la incapacidad permanente, fijando de esta forma la repercusión que ha querido atribuir a ese factor sobre el importe del complemento y siendo que esas bases de cotización ya incluyen la prorrata de las pagas extraordinarias”⁹²⁰.

Por otra parte, a efectos del cálculo del recargo por falta de medidas de seguridad y salud laborales aplicable a las prestaciones de Incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo o de enfermedad profesional se tendrá en cuenta tanto la pensión como el complemento de Gran invalidez destinado a remunerar a la persona que atiende al gran inválido⁹²¹. Este recargo, del que es responsable directo el empresario infractor, supone un incremento de entre un 30% y un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador⁹²².

2.4. Tope mínimo y máximo de la pensión por Gran invalidez. La revalorización de las pensiones y la exención tributaria.

En aplicación de lo dispuesto en el art. 59.1 de la LGSS/2015, los beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, que no perciban durante 2020

⁹¹⁹ Núm. 692/2018 (Rec.174/2017). Ponente MORALO GALLEGO.

⁹²⁰ Haciéndose eco de esta doctrina jurisprudencial sobre el cálculo del complemento de Gran invalidez, véase la STSJ de Murcia de 30 de octubre de 2019 (Núm. 1232/2019. JUR 2020/16554).

⁹²¹ <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10960/28750/28680/31908/32066/32071>

⁹²² Este recargo por falta de medidas de prevención por riesgos laborales no se aplicará a los empleados del hogar.

rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, siempre que residan en territorio español, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen⁹²³.

Los complementos por mínimos serán incompatibles con la percepción por el pensionista de los rendimientos indicados en el párrafo anterior, cuando la suma de todas las percepciones mencionadas, excluida la pensión que se vaya a complementar, exceda el límite fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio⁹²⁴.

A efectos del reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, de los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, de actividades económicas y de bienes inmuebles, percibidos por el pensionista y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, se excluirán los gastos deducibles de acuerdo con la legislación fiscal.

Con carácter general, el art. 59.2 de la LGSS/2015 dispone que el importe de los complementos por mínimos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez⁹²⁵. Cuando exista cónyuge a cargo del pensionista, el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que correspondería a la pensión no contributiva por aplicación de lo establecido en el artículo 364.1.a) de la misma norma para las unidades económicas en las que concurren dos beneficiarios con derecho a pensión. Sin embargo, estos límites no

⁹²³ Este requisito afecta a las pensiones causadas a partir de 1 de enero de 2013. Se entenderá que el beneficiario tiene su residencia habitual en España incluso cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que la duración de estas no supere los 90 días a lo largo de cada año natural.

⁹²⁴ El art. 1.1 del RD- Ley 1/2020, de 14 de enero, por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social (BOE de 15 de enero), prevé que en tanto se apruebe la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2020, el contenido del título IV y de las disposiciones adicionales concordantes de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, así como de sus disposiciones de desarrollo, mantengan su vigencia en 2020, con las modificaciones y excepciones que se establecen en este artículo.

⁹²⁵ Para las pensiones causadas a partir de 1 de enero de 2013.

afectarán a los pensionistas de Gran invalidez que tengan reconocido el complemento destinado a remunerar a la persona que les atiende.

Cuando la cuantía de la pensión reconocida o revalorizada fuera inferior al importe mínimo establecido para dichas pensiones, la entidad gestora procederá, en su caso, a la concesión de un complemento económico en igual cuantía al necesario para alcanzar dicho importe, teniendo en cuenta los ingresos del solicitante, pensiones que perciba y su situación familiar y otras circunstancias específicas.

En el año 2020, los complementos por mínimos serán incompatibles con la percepción por el pensionista de rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, de acuerdo con el concepto establecido para dichas rentas en el IRPF y computados conforme a lo establecido en el artículo 59 de la LGSS, cuando los mismos excedan de 7.638,00 euros al año. En el supuesto de pensiones con complemento por cónyuge a cargo, el referente para los ingresos computables del pensionista y de su cónyuge será 8.909,00 euros anuales.

Cuando el total anual de los rendimientos del solicitante y los correspondientes a la pensión resulte inferior a la suma de 7.638,00 euros (o 8.909,00 euros, en caso de pensiones con complemento por cónyuge a cargo) más el importe, en cómputo anual, de la cuantía mínima fijada para la clase de pensión de que sea titular el pensionista, se reconocerá un complemento igual a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades en que se devenga la pensión.

En el complemento por mínimos asignado a las pensiones de Gran invalidez se comprende la pensión que corresponda por Incapacidad permanente (total o absoluta) y el complemento destinado a remunerar a la persona que atiende al gran inválido. Estos complementos se establecen en atención a las circunstancias familiares del gran inválido, a si tiene o no cónyuge y a si este está o no a su cargo. El complemento por mínimo será de mayor cuantía cuando el pensionista tenga cónyuge que conviva y dependa económicamente de él.

A efectos del complemento por mínimos, cuando el pensionista tenga cónyuge a cargo⁹²⁶, debe tenerse en cuenta lo siguiente: a) los rendimientos por cualquier naturaleza del

⁹²⁶ Se entiende que el cónyuge está a cargo del titular de una pensión cuando conviva con el pensionista y dependa económicamente de él. También existirá dependencia económica cuando el cónyuge del pensionista no sea, a su vez, titular de una pensión a cargo de un régimen básico público de previsión social, entendiéndose comprendidos en dicho concepto las pensiones reconocidas por otro Estado, así como los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, a los que se refiere el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado

pensionista y de su cónyuge deben ser inferiores a 8.909,00 euros anuales y b) cuando la suma, en cómputo anual, de los rendimientos y del importe, también en cómputo anual, de la pensión que se vaya a complementar resulte inferior a la suma de 8.909,00 euros anuales y de la cuantía anual de la pensión mínima con cónyuge a cargo de que se trate, se reconocerá un complemento igual a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades que corresponda.

Por el contrario, si el pensionista no tiene cónyuge- unidad económica unipersonal- o lo tiene, y convive con él, pero no está a su cargo, los ingresos del titular de la pensión deben ser inferiores a 7.638,00 euros euros/año⁹²⁷.

Las cuantías mínimas establecidas para la pensión de Gran invalidez, para el año 2020, son las siguientes⁹²⁸:

	Cuantía mensual	Cuantía anual
Con cónyuge a cargo	1.265,10 euros	17.711,40 euros
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	1.025,30 euros	14.354,20 euros
Con cónyuge no a cargo	973,10 euros	13.623,40 euros

Estas mismas cantidades se aplicarán a las cuantías mínimas correspondientes a la jubilación de los pensionistas de jubilación con 65 años procedentes de Gran invalidez.

Además, con efectos de 1 de enero de 2020, el Real Decreto-ley 1/2020 establece la suspensión de la aplicación de lo dispuesto sobre revalorización de pensiones en el artículo 58 de la LGSS/2015, y en el artículo 27 del texto refundido de la Ley de Clases

por el Real Decreto Legislativo 1/2013, y las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio.

⁹²⁷ Los complementos por mínimos no tienen carácter consolidable, siendo absorbibles con cualquier incremento futuro que puedan experimentar las percepciones del interesado, ya sea en concepto de revalorizaciones o por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico que den lugar a la concurrencia de pensiones.

Los pensionistas que a lo largo de 2020 perciban rentas acumuladas superiores a 7.638,00 euros, estarán obligados a comunicar tal circunstancia a las entidades gestoras en el plazo de un mes desde que se produzca. Los perceptores de complementos por cónyuge a cargo vendrán obligados a declarar, dentro del mes siguiente al momento en que se produzca, cualquier variación de su estado civil que afecte a dicha situación, así como cualquier cambio en la situación de dependencia económica de su cónyuge.

Sin perjuicio de la obligación establecida en los párrafos anteriores las entidades gestoras de la Seguridad Social podrán, en todo momento, requerir a los perceptores de complementos por mínimos una declaración de los ingresos percibidos durante el año anterior.

Cuando el complemento de mínimo de pensión se solicite con posterioridad al reconocimiento de aquella, el mismo surtirá efectos a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud, siempre que en aquel momento se reunieran todos los requisitos para tener derecho al mencionado complemento (http://www.mitramiss.gob.es/es/Guia/texto/guia_14/contenidos/guia_14_33_4.htm. Consultado el día 10/11/2019. Datos actualizados a 2020).

⁹²⁸ Estas cuantías mínimas, en su importe anual, están recogidas en el Anexo del RD- ley 1/2020, de 14 de enero.

Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril⁹²⁹. Su Disposición adicional única determina que la revalorización de las pensiones se realizará de acuerdo con lo establecido en el art. 1 de la misma norma. A fin de complementar dicha previsión, el Real Decreto-ley 1/2020 incorpora un anexo en el que se recogen las cuantías de las pensiones mínimas de otras pensiones y prestaciones públicas, así como los haberes reguladores de las pensiones de Clases Pasivas y las cuantías aplicables a las pensiones especiales de guerra para el año 2020.

Por otro lado, se contempla igualmente la garantía de mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones en caso de que la inflación en 2020 sea superior al incremento previsto del 0,9 por ciento. Así, el artículo segundo consagra una garantía de mantenimiento del poder adquisitivo durante el año 2020 en caso de que el valor medio de los incrementos porcentuales interanuales del IPC de los meses de diciembre de 2019 a noviembre de 2020 sea superior al 0,9 por ciento.

Con carácter general, de acuerdo con el RD- Ley 1/2020, de 14 de enero,⁹³⁰ la revalorización de las pensiones para el ejercicio 2020, incluido el límite máximo de percepción de pensiones públicas, se ajustará a las siguientes reglas⁹³¹:

1) Las pensiones de Incapacidad permanente, jubilación, viudedad, orfandad y en favor de familiares del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, causadas con anterioridad al 1 de enero de 2020 y no concurrentes con otras, se revalorizarán el 0,9 por ciento⁹³².

⁹²⁹ La Disposición adicional única del RD-ley 1/2020, de 14 de enero establece que la revalorización de las pensiones se realizará de acuerdo con lo establecido en su art. 1, no siendo de aplicación lo dispuesto en el artículos 58 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que dispone que las “pensiones contributivas de la Seguridad Social, incluido el importe de la pensión mínima, serán incrementadas al comienzo de cada año en función del índice de revalorización previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”. A fin de evitar la pérdida de poder adquisitivo que podría suponer para el colectivo pensionista esperar a que la revalorización no se hiciera efectiva hasta la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2020, se procedió a dictar el citado RD- Ley 1/2020, de 14 de enero. Dos son las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que justificaban su aprobación: la actual situación de prórroga presupuestaria (hasta que se apruebe la LPGE para 2020 se aplica la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para 2018) y la decisión de posponer la revalorización de las pensiones recogida en el Real Decreto-ley 18/2019, de 27 de diciembre, por el que se adoptan determinadas medidas en materia tributaria, catastral y de Seguridad social.

⁹³⁰ RD- Ley 1/2020, de 14 de enero, por el que se establece la revalorización y mantenimiento de las pensiones y prestaciones públicas del sistema de la Seguridad Social.

⁹³¹ <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Revalorizacion/30434#30437> (consultado el 29/1/2020).

⁹³² Con anterioridad al año 2008, una vez revalorizada la pensión sin el incremento del 50%, a la cuantía resultante se le aplicaba el porcentaje del 50%.

En 2019, el complemento de Gran invalidez debía revalorizarse directamente, de conformidad con las previsiones contenidas en el Real Decreto- Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las

2) El importe de la pensión, una vez revalorizada, estará limitada a la cantidad de 2.683,34 euros, entendiendo esta cantidad referida al importe de una mensualidad ordinaria, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder. Dicho límite mensual será objeto de adecuación en aquellos supuestos en que el pensionista tenga derecho o no a percibir 14 pagas al año, comprendidas en uno u otro caso, las pagas extraordinarias, a los efectos de que la cuantía no supere o pueda alcanzar, respectivamente, 37.566,76 euros, en cómputo anual.

3) Las pensiones que excedan de 2683,34 euros mensuales no se revalorizarán.

No obstante, la revalorización de las pensiones de Gran invalidez se efectuará aplicando las reglas previstas en el apartado 1, de manera separada a la pensión y al complemento y, a los efectos del límite máximo señalado en el apartado 2, se computará únicamente la pensión sin complemento. Así, a diferencia de las pensiones de Incapacidad permanente,

pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, que establecía una revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2019 del 1,6%, incluido el límite máximo de percepción de pensiones públicas.

De esta forma: 1) las pensiones de Incapacidad permanente, jubilación, viudedad, orfandad, y en favor de familiares del sistema de la Seguridad en su modalidad contributiva, causadas con anterioridad al 1 de enero de 2019 y no concurrentes con otras, se revalorizaban el 1,6%; 2) El importe de la pensión, una vez revalorizada, no podía ser superior a 2.659,41 euros mensuales, entendiendo referido este importe al importe de una mensualidad ordinaria, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder. Este límite mensual deberá ser objeto de adecuación en aquellos supuestos en que el pensionista tenía derecho o no a percibir 14 pagas al año, comprendidas en uno u otro caso, las pagas extraordinarias, a los efectos de que la cuantía no superase o pudiera alcanzar respectivamente, 37.231,74 euros, en cómputo anual; 3) Las pensiones que excedieran de 2.659,41 euros mensuales no se revalorizarán, salvo en el caso indicado en el número anterior y 4) La revalorización de las pensiones de Gran invalidez se llevará a cabo aplicando las reglas previstas en el apartado 1 de manera separada a la pensión y al complemento. A los efectos señalados en el apartado 2, se computará únicamente la pensión sin complemento. (<http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Revalorizacion/30431>. Consultado el 8/11/2019).

En lo que respecta al año 2020, los importes de las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas, de las pensiones no contributivas y del extinguido Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) no concurrentes, así como las pensiones del SOVI concurrentes con pensiones de viudedad de alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social, de las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo con dieciocho o más años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento y del subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte se incrementarán en un 0,9 por ciento sobre las cuantías mínimas de pensión correspondientes al año 2019 (art. 1.3 RD- Ley 1/2020). El importe de las prestaciones económicas de Gran invalidez del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y de las reconocidas al amparo de la Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional, así como los importes mensuales de las ayudas sociales reconocidas en favor de las personas contaminadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), establecidas en los párrafos b), c) y d) del artículo 2.1 del Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público, se incrementará en un 0,9 por ciento sobre la cuantía fijada en 2019 (art. 1.5 RD- Ley 1/2020).

En los supuestos de revalorización de pensiones concurrentes del sistema de la Seguridad Social o con otras pensiones públicas, se estará también a lo dispuesto en el RD- Ley 1/2020, de 14 de enero (BOE de 15 de enero. Fecha de entrada en vigor: 16 de enero).

que sí quedan afectadas por los topes máximos establecidos por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, el importe del complemento por Gran invalidez, no se tiene en cuenta a efectos del límite máximo de las pensiones públicas, ni cuando la de Gran invalidez es la única pensión que perciba el titular ni cuando sea beneficiario de más de una⁹³³.

Por otra parte, conforme establece el art. 7. f) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio⁹³⁴, se consideran rentas exentas:

“Las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Asimismo, las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas para la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de la Seguridad Social. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo, entendiéndose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades antes citadas, en las prestaciones de estas últimas”⁹³⁵.

⁹³³ Véase sobre esta cuestión, 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., pp.188 y 189.

Sobre el hecho de que el complemento por Gran invalidez no pueda resultar afectado por los topes máximos establecidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para las pensiones públicas, la STS de 15 de diciembre de 1993 (RJ 1993,9960) sostiene que ello se debe a que se trata de una prestación de carácter asistencial, a la que la Ley atribuye una finalidad propia y específica. También parece avalar dicho carácter lo previsto en el art. 3.4 del RD 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008 (BOE de 29 de diciembre), cuando dispone que, a efectos del límite máximo de la pensión para dicho ejercicio, en las pensiones de Gran invalidez, se computará únicamente la pensión sin incremento.

⁹³⁴ BOE 29 de noviembre de 2006. Entrada en vigor: 1 de enero de 2007.

⁹³⁵ También se consideran rentas exentas las previstas en los apartados i) y x del mismo art. 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre. Así, el art. 7. i) declara exentas: “Las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores, sea en la modalidad simple, permanente o preadoptivo o las equivalentes previstas en los

3. Compatibilidad entre la percepción de la pensión por Gran Invalidez y el trabajo por cuenta ajena antes y después de que el beneficiario cumpla la edad ordinaria de jubilación.

El régimen jurídico aplicable a la compatibilidad entre la realización de trabajos o actividades y el percibo de las pensiones es el mismo para la Gran invalidez que para la Incapacidad permanente absoluta. Esta opción del legislador de regular conjuntamente esta materia para ambas situaciones resulta congruente con la consideración de la Gran invalidez como el grado más grave de la Incapacidad permanente, no solo desde la perspectiva de la afectación de la autonomía personal, sino también por conllevar la máxima limitación o incluso la anulación de la capacidad laboral. Y así es en el caso de que se acceda a ella directamente, o por revisión debida a error de diagnóstico o a la agravación de la situación del pensionista de Incapacidad permanente absoluta, pero no cuando el reconocimiento de la Gran invalidez sea posterior al reconocimiento de una Incapacidad permanente total que se ha agravado⁹³⁶. Sobre esta cuestión se volverá más adelante.

En cualquier caso, resolver la clara contradicción que se advierte entre lo dispuesto en el art. 194.5 LGSS/2015, en redacción dada por la Disposición transitoria vigésima sexta, y lo establecido en el 198.2 de la misma norma pasa por aceptar que las personas declaradas en situación de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez, cuando esta conlleve además una Incapacidad permanente absoluta para el trabajo, conservan una capacidad residual de trabajo que les permite realizar ciertas actividades⁹³⁷. La cuestión

ordenamientos de las Comunidades Autónomas, incluido el acogimiento en la ejecución de la medida judicial de convivencia del menor con persona o familia previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Igualmente estarán exentas las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento o mayores de 65 años para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan del doble del indicador público de renta de efectos múltiples”. Por su parte, el art. 7. x) de la misma norma prevé la exención tributaria de: “Las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”.

⁹³⁶ 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), op. cit., p. 712).

⁹³⁷ Como indica BRUNA REVERTER, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial actualmente vigente sobre compatibilidad, “(...) la experiencia muestra que, por grave que pueda ser el estado del incapacitado, siempre resta una capacidad de trabajo residual que puede ser utilizada, incluso de forma regular, en

será determinar si debe hacerse una interpretación estricta de la compatibilidad con el trabajo, de forma que solo se admita la ejecución de trabajos marginales o esporádicos o, por el contrario, se puede entender que el art. 198.2 de la LGSS/2015 permite la compatibilidad plena entre trabajo y pensión de Incapacidad permanente absoluta/ Gran invalidez, siempre que las actividades realizadas no afecten negativamente al estado de salud del trabajador ni exista un cambio en su capacidad de trabajo que justifique la revisión por mejoría y, como resultado de esta, la modificación del grado de Incapacidad permanente anteriormente reconocido.

En síntesis, podría decirse que la interpretación estricta de la compatibilidad estaría más en consonancia con la lógica del sistema prestacional público de Seguridad Social, pues una de sus finalidades es sustituir la pérdida de rentas salariales y esta no podría cumplirse si se permite al Incapacitado permanente absoluto y al gran inválido el desarrollo de cualquier tipo de trabajo remunerado, ni siquiera si implicase el alta en cualquiera de los regímenes del sistema; mientras que la postura flexible resultaría coherente con el derecho al trabajo y el principio de integración social de los discapacitados, reconocidos en los arts. 35 y 49, respectivamente, de la Constitución Española⁹³⁸.

La regulación legal sobre la posibilidad de que los beneficiarios de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez puedan trabajar mientras perciben las prestaciones económicas correspondientes a tales grados no ha variado sustancialmente desde la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966. Sí lo ha hecho, por el contrario, la interpretación que la jurisprudencia ha dado acerca de lo que debe entenderse por trabajo “compatible”⁹³⁹.

Los artículos 138.2 y 141.2 de las Leyes Generales de la Seguridad Social de 1974 y 1994, respectivamente, establecieron la regla de compatibilidad aplicable a esta cuestión en

determinados empleos” (BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, op. cit., p. 173).

⁹³⁸ Véase GOERLICH PESET, J.M. (2016) en *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), op.cit., pp. 956 y 957).

⁹³⁹ SEMPERE NAVARRO, A. analiza las dos corrientes jurisprudenciales en “Compatibilidad de la pensión de gran invalidez. Comentario a la STS- SOC 30 enero, rec. 480/2008 (RJ 2008/1984)”, *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, nº 12, 2008 (BIB 2008/1376). Sobre la evolución de la postura jurisprudencial en torno a la compatibilidad entre pensiones de Incapacidad permanente y trabajo, véase FERNÁNDEZ – LOMANA GARCÍA, M. (2013): “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Laboral*, nº 2, y MORENO DE VEGA Y LOMO, F. (2013): “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 4, pp. 25-38.

términos idénticos a los del art. 138.2 de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, que la expresaba de la siguiente manera: “Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”⁹⁴⁰.

Sin embargo, debe advertirse que aunque la redacción del art. 141.2 LGSS/1994 continuó siendo literalmente la del art. 138.2 de la LSS/1966 y de la LGSS/1974, el art. 3.3 de la Ley la Ley 27/2011, de 1 de agosto añadió un tercer párrafo al art. 141⁹⁴¹, que entraría en vigor el 1 de abril de 2014, por lo que a partir de ese momento la regla de compatibilidad entre trabajo y pensiones de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez prevista en el art. 141.2 de la LGSS/1994 solo sería aplicable mientras el trabajador no hubiera cumplido la edad ordinaria de acceso a la pensión de jubilación. Y ello porque el nuevo párrafo 3 del art. 141 establecía que: “El disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley”.

Para justificar la introducción de la nueva regla de incompatibilidad de la pensión de Incapacidad permanente absoluta y de Gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación, la Exposición de Motivos de la Ley 27/2011 explicaba que “la compatibilidad es una buena medida para favorecer la reinserción de los beneficiarios en el mundo laboral, pero pierde su sentido después del cumplimiento de la edad de

⁹⁴⁰ Sí se aprecian algunas diferencias en la redacción del apartado 1 del art. 138 de la LSS/1966 y LGSS/1974, que regulaban, respectivamente la compatibilidad entre las prestaciones correspondientes a la Incapacidad permanente parcial/ Incapacidad permanente total y el trabajo. Pero el principal cambio vino dado por la introducción en el referido artículo y apartado de la LGSS/1974 de una regla de incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia o ajena y el incremento de la pensión de Incapacidad permanente total, que se había introducido por la Ley 24/1972, de 23 de junio, y estaba previsto en art. 136.2, segundo párrafo de la LGSS/1974.

⁹⁴¹ También se modificó la redacción del apartado 1º del art. 141 por el art. 3.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, quedando redactado en los siguientes términos: “En caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total”.

jubilación, siguiendo al efecto la recomendación 18ª de la nueva reformulación del Pacto de Toledo”.

Hechas las anteriores consideraciones sobre las disposiciones legales que han regulado la compatibilidad entre pensiones de Incapacidad permanente y trabajo del beneficiario, conviene centrarse ya en la cuestión clave que se pretende analizar y que se resuelve dando respuesta a la siguiente pregunta: ¿es posible seguir cobrando las prestaciones económicas correspondientes al cuarto grado de la Incapacidad permanente durante el tiempo en que el gran inválido esté prestando servicios, incluso a jornada completa, y percibiendo, consecuentemente, un salario como contraprestación?

La respuesta debe ser favorable a la compatibilidad siempre que el beneficiario no haya cumplido todavía la edad ordinaria de jubilación. Esto es así porque el art. 198.2 LGSS/2015 recoge exactamente la misma regla de compatibilidad que su precedente, el art. 141.2 LGSS/1994. De este modo, establece que el reconocimiento de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez no impide al pensionista el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con su estado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo que pueda dar lugar a una posible revisión.

De esta regulación del régimen de compatibilidad en el art. 198.2 de la LGSS/2015 se desprende que lo que se valora a tales efectos es la relación que existe entre el trabajo realizado y el estado del incapacitado y no entre las rentas procedentes del trabajo y las de la pensión⁹⁴². Por este motivo, el pensionista de Gran invalidez podrá cobrar a la vez las prestaciones económicas reconocidas por la Seguridad Social y el salario correspondiente al nuevo trabajo si aquél resulta “compatible” con su estado, porque legalmente no se establece la incompatibilidad entre pensión/complemento y trabajo, sino que lo que no se admite es la realización de actividades incompatibles con el estado del incapacitado⁹⁴³.

De ahí que el punto de partida consista en determinar qué trabajos pueden considerarse “compatibles” con el estado del incapacitado.

⁹⁴² Así lo pone de manifiesto BRUNA REVERTER, J. (2012) en *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, op. cit., p. 173.

⁹⁴³ SALES CORTÉS, J. (2015, tercer trimestre): “Compatibilidad de la pensión de invalidez permanente con el percibo de un salario”, *Revista Consell*, nº 104, p.47.

Sobre esta materia no ha existido una doctrina jurisprudencial única, sino que los razonamientos utilizados por el Alto Tribunal han ido flexibilizándose con el tiempo, dando paso a un criterio a favor de la plena compatibilidad entre pensión y trabajo y, consiguientemente, entre pensión y salario percibido por dicho trabajo, salvo que se trate de un trabajo incompatible con el estado del incapacitado, en el sentido de resultar su desempeño perjudicial para él.

El punto de inflexión hacia esa nueva doctrina del Tribunal Supremo se produjo con la Sentencia de 30 de enero de 2008, que por su importancia se analizará en detalle⁹⁴⁴. Pero antes, para poder apreciar debidamente el cambio de planteamiento, conviene detenerse en el análisis de la postura restrictiva del Alto Tribunal sobre la compatibilidad entre las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez con el trabajo⁹⁴⁵.

Esta doctrina fue elaborada por el Tribunal Supremo en interpretación del art. 138.2 de la LGSS/1974 que establecía que las pensiones vitalicias en caso de invalidez permanente absoluta o de Gran invalidez no impedirían “el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”⁹⁴⁶.

En términos prácticamente idénticos, como se ha visto, se expresa el artículo 198.2 de la vigente LGSS cuando regula la compatibilidad entre pensiones de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y el trabajo antes del cumplimiento por el pensionista de la edad que le permita acceder a la pensión de jubilación contributiva, ya que únicamente se limita a sustituir el término invalidez por el de incapacidad y el de inválido

⁹⁴⁴ STS de 30 de enero de 2008 (Rcud 480/07). Esta doctrina fue reiterada por la Sentencia de 10 de noviembre de 2008 (Rcud 56/08), y posteriormente en la de 23 de abril de 2009, Sala Cuarta (Rcud 2512/2008), 14 de octubre de 2009 (Rec. 349/2008); 10 de noviembre de 2009 (Rec.61/2009); 1 de diciembre de 2009 ((Rec. 1674/2008) y 16 de octubre de 2013 (Rec. 907/2012). No obstante, una postura favorable a la posibilidad de que los declarados en situación de Incapacidad permanente absoluta pudieran trabajar, ya se había contemplado en la STCT de 25/5/1985(Ar. 3415), para dar respuesta a la lamentable situación en que quedaban los trabajadores que eran declarados en situación de Incapacidad Permanente Absoluta sin derecho a pensión por no reunir los requisitos de cotización exigidos. En esta Sentencia se distinguía entre “un inválido permanente absoluto con prestaciones y quien en la misma situación está privado de ellas”. Permitiendo a estos últimos trabajar “si su capacidad residual lo permitía”, se les daba la posibilidad de poder completar con las cotizaciones correspondientes al nuevo/s trabajo/s el periodo de carencia requerido para poder acceder a la pensión de Incapacidad permanente anteriormente denegada.

⁹⁴⁵ Un análisis exhaustivo de esta doctrina del Tribunal Supremo en 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), pp. 231-251.

⁹⁴⁶ Este precepto es reiterado en el art. 24.4 de la Orden de 15 de abril 1969, sobre normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 8 de mayo).

por el de incapacitado⁹⁴⁷. No obstante, pese a la coincidencia en las redacciones de los artículos 138.2 LGSS/1974 y 198.2 LGSS/2015, la interpretación por el Tribunal Supremo de lo que debe entenderse por “trabajo compatible con el estado del incapacitado” sí difiere sustancialmente de la restrictiva que sostuvo antes de la Sentencia de 30 de enero de 2008.

Incuestionablemente, el planteamiento inicial de la jurisprudencia con respecto a la compatibilidad de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y trabajo resultaba coherente con lo establecido en el artículo 135.5 LGSS/74, del que se deducía la imposibilidad de que quien hubiera sido declarado inválido permanente absoluto pudiese desarrollar una profesión u oficio, y también con lo preceptuado en el apartado 6 del mismo artículo, que consideraba que el trabajador en situación de Gran invalidez era asimismo un incapacitado permanente absoluto⁹⁴⁸. En vista de ello, en todo caso, los beneficiarios de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez podrían realizar trabajos marginales e intrascendentes; esporádicos u ocasionales y que no consistieran en actividades que el trabajador viniera realizando antes de la declaración de la Incapacidad permanente absoluta o de la Gran invalidez. De esta forma, solo los trabajos que reuniesen todas o alguna de las características enunciadas anteriormente podrían considerarse “compatibles”⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ Conforme establece el art. 198. 3 de la LGSS/2015, “a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación”, el disfrute de las referidas pensiones “será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el art. 213.1”.

⁹⁴⁸ Sobre la incompatibilidad plena entre el percibo de la pensión de IPA/GI y cualquier trabajo lucrativo o, al menos, la necesidad de establecer un límite de las rentas de activo se manifiestan LÓPEZ - TARRUELLA y VIQUEIRA PÉREZ (LÓPEZ -TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. (1991): *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Alicante (Ed. Civitas ediciones), pp. 92 y 93). Para esta postura restrictiva de la compatibilidad, una solución viable en caso de que se después de revisada la aptitud profesional se produjera la reincorporación al mercado de trabajo sería la suspensión del percibo de la pensión.

Para MORENO DE VEGA Y LOMO, en estos supuestos, a la hora de proceder a la suspensión o, en su caso, extinción de la percepción de las pensiones podría aplicarse un régimen similar al previsto en los arts. 271.1 d) y 272.1 c) de la LGSS/2015 para la suspensión y extinción de la prestación por desempleo, respectivamente. La aplicación de este régimen determinaría la suspensión de la pensión si el beneficiario se incorporara al mercado laboral para el desarrollo de una actividad asalariada de duración inferior a un determinado número de meses y su extinción si se superan, en su caso, ese tramo temporal (MORENO DE VEGA Y LOMO, F. (2013): “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 6, nº4 (julio), (BIB 2013/1512), pp. 14- 15. Ambas posturas doctrinales quedan reflejadas por DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2016): *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid (Ed. Centro de Estudios Financieros (CEF), p. 332.

⁹⁴⁹ En la misma línea de que solo sean compatibles los trabajos de tipo marginal e intrascendente, véase también SSTS de 19 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9864); 26 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9915) y de 26 de enero de 1989 (RJ 1989/302).

En caso de simultanear la percepción de su pensión con la realización de alguno de los trabajos “compatibles” que su capacidad de trabajo residual mínima le permitiera, el beneficiario de las pensiones de Incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta y Gran invalidez tenía la obligación de comunicar tal circunstancia al INSS⁹⁵⁰, para que si la Entidad Gestora, con base en esta información lo estimara oportuno, pudiera iniciar un procedimiento de revisión del grado de incapacidad permanente reconocido⁹⁵¹. No obstante, en el caso de una Incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional se requería, y sigue exigiéndose, autorización de la Entidad Gestora para poder realizar un trabajo por cuenta ajena, no siendo suficiente la mera comunicación de tal circunstancia al INSS. Para la concesión de tales autorizaciones la Entidad Gestora tendrá en cuenta la naturaleza y condiciones del trabajo a realizar y las circunstancias que concurran en la enfermedad profesional del trabajador⁹⁵².

Interpretando el art. 135.5 LGSS/74, la jurisprudencia negaba que pudiera identificarse el trabajo “liviano” o “sedentario” con el trabajo marginal e intrascendente y mantenía que no debía reconocerse la Incapacidad permanente absoluta para el trabajo- y se entiende que tampoco la Gran invalidez, por implicar aquélla- cuando la persona era capaz de desarrollar trabajos, tareas o quehaceres que no requiriesen especiales esfuerzos físicos o psíquicos si a su vez no podían considerarse marginales⁹⁵³.

⁹⁵⁰ Así lo establecía el apartado 1 del art. 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social (BOE de 7 de junio). El incumplimiento de la obligación de comunicar a la Entidad Gestora la realización de trabajos compatibles con el percibo de las pensiones de Incapacidad permanente, daba lugar a la sanción correspondiente y al reintegro de los importes indebidamente percibidos de la pensión (art. 2.2 del RD 1071/1984).

De conformidad con el art. 25.1 del RD- legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 8 de agosto) se considera infracción grave: “Efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida (...)”.

⁹⁵¹ Como indica el Preámbulo del RD 1071/1984, de 23 de mayo: “Las Entidades Gestoras de la Seguridad Social deben tener un exacto conocimiento de las situaciones en que se produce dicha compatibilidad, tanto por lo que se refiere a quienes trabajan como respecto a los puestos de trabajo que ocupan”, a efectos de poder realizar el seguimiento de estas situaciones y controlar la duración de las mismas.

Para ARAGÓN GÓMEZ “La realización de una actividad no compatible sólo podría justificar la iniciación de un procedimiento de revisión del que podría derivarse la extinción de la pensión o la atribución de un nuevo e inferior grado de incapacidad” (ARAGÓN GÓMEZ, C. (2013): “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente” en AA. VV. *La compatibilidad de las prestaciones de sistema de Seguridad Social y el trabajo* (director MERCADER UGUINA), Valladolid (Editorial Lex Nova y Thomson Reuters), p. 126).

⁹⁵² Art. 43 de la Orden de 15 de abril de 1969.

⁹⁵³ Este criterio conforme al cual debía denegarse el reconocimiento de la pensión de invalidez en el grado de absoluta cuando la persona fuera capaz de realizar trabajos livianos o sedentarios aparece recogido en las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1982 (Ar. 3484); de 28 de abril de 1986 (Ar.2263); de 25 de marzo de 1988 (Ar. 2381); de 9 y 11 de marzo de 1989(Ar. 1817 y 1823, respectivamente); de 4, 6 y 13 de abril de 1989 (Ar. 2935, 2942, 2972, respectivamente); de 12 de junio de 1989 (Ar. 4569); de

La misma distinción fue utilizada por la jurisprudencia para analizar lo dispuesto en el art. 138.2 LGSS/1974, concluyendo que solo los trabajos marginales o intrascendentes, y no los livianos y sedentarios, podían ser compatibles con el percibo de la pensión de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez⁹⁵⁴.

El concepto de trabajo marginal podía deducirse de lo establecido en el art. 7.5 LGSS/74 (actualmente, también art. 7.5 LGSS/2015) que disponía que “(...) el Gobierno (...) podrá (...) excluir del campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social correspondiente a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida”, pero fue la jurisprudencia la que apuntó los elementos que conformaban tal noción, por lo menos en lo que al trabajo por cuenta ajena se refiere⁹⁵⁵.

Así, según la jurisprudencia, los trabajos marginales e intrascendentes se caracterizarían por las siguientes notas:

- a) Ser de mínima significación y relieve⁹⁵⁶.
- b) Su realización no requeriría darse de alta ni cotizar a la Seguridad Social⁹⁵⁷ ni conllevaría las condiciones de exigencia que son propias de la relación laboral⁹⁵⁸.

Las notas que caracterizan el trabajo “laboral” no solo sirvieron para distinguirlo del trabajo marginal e intrascendente, sino que también fueron descritas por la jurisprudencia al objeto de diferenciarlo de aquel de carácter “esporádico u ocasional” y poder determinar si el trabajo realizado por el beneficiario era o no compatible con la pensión de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez por él percibida, porque la compatibilidad entre las pensiones correspondientes a tales grados y el trabajo no se admitía cuando conllevaba el ejercicio de una actividad laboral ordinaria. En este caso se entendía que el mero desempeño de dicha actividad evidenciaba un cambio en la

19 de julio de 1989 (Ar.5883); de 21 y 26 de julio de 1989 (Ar. 5899 y 5921, respectivamente); de 10 de octubre de 1989 (Ar. 7158); de 17 y 20 de octubre de 1989 (Ar. 7291 y 7307); de 20 de octubre de 1989 (Ar. 7307) y de 24 de octubre de 1989 (Ar.7430). Como indica la última de las Sentencias citadas, podría declararse una incapacidad permanente total o una permanente total cualificada, pero no una absoluta.

⁹⁵⁴ STS 9 de febrero de 1987 (Ar. 812).

⁹⁵⁵ Ejemplos de trabajo de carácter marginal sería el consistente en “controlar los vehículos que acceden a un establecimiento” (STSJ País Vasco de 20 de febrero de 2001, núm. 514/2001, rec. 2997/2000) o en “colocar un tornillo y apretarlo con una atornilladora” (STSJ Cataluña, de 24 de octubre de 2007, rec. 3695/2006).

⁹⁵⁶ SSTS de 7 de julio de 1986 (RJ 1986,3967); de 20 de diciembre de 1985 (Ar. 6166); de 19 de diciembre de 1988 (EDJ 9960) y de 26 de diciembre de 1988 (EDJ 10135),

⁹⁵⁷ STS de 13 de mayo de 1986 (Ar.2546) y STS de 7 de julio de 1986 (Ar. 3967).

⁹⁵⁸ STS de 27 de julio de 1989 (Ar. 5929).

capacidad laboral que debía conducir a la revisión del grado de incapacidad permanente⁹⁵⁹.

El trabajo laboral se definió como “el ejercicio profesional bajo dependencia ajena y sometido a exigencias mínimas de dedicación y de intensidad de trabajo prestado en orden a la obtención de rendimientos mínimos socialmente significativos”⁹⁶⁰. De esta forma la actividad laboral sería la realizada “(...) en las condiciones normales de prestación de servicios por cuenta ajena, permanencia en él durante la jornada, y una cierta intensidad en el quehacer que permita la obtención de un rendimiento mínimo (...)”⁹⁶¹, por lo que su ejecución exige “(...) un mínimo de profesionalidad (...) y eficacia”⁹⁶², así como “de continuidad y dedicación (...)”⁹⁶³.

Más explícitamente todavía, la jurisprudencia matizó que el trabajo laboral conllevaba no solo la sujeción a un horario, sino también actuar “consecuentemente con las exigencias de todo orden, que comporta la integración en una empresa, con unas normas preestablecidas y en la interrelación con los quehaceres de otros compañeros, en cuanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención, que son indispensables incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, salvo que se den un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia para el empresario, pues de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas en las que se ofrezca tales carencias (...)”⁹⁶⁴.

De esta forma, por contraposición con el trabajo “laboral”, el trabajo compatible con la pensión por Incapacidad permanente absoluta/ Gran invalidez solo podría ser aquel que

⁹⁵⁹ ROMERO RÓDENAS, M. J. (2019): La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social, Albacete (Ed. Bomarzo), p. 32.

⁹⁶⁰ STS 11 de noviembre de 1986 (Ar.6326).

⁹⁶¹ STS de 30 de septiembre de 1986 (Ar. 5211).

⁹⁶² STS 22 de mayo de 1986 (Ar. 2614).

⁹⁶³ STS de 1 de febrero de 1988 (Ar. 551) y de 25 de febrero de 1988 (Ar. 954) y STS de 9 de marzo de 1989 (Ar. 1816). Sobre la necesidad de “continuidad” en la prestación de servicios propia del trabajo “laboral”, véase también las SSTS de 13 de marzo de 1989 (Ar.1832), de 14 de marzo de 1989 (Ar. 1855) y de 10 de abril de 1989 (Ar. 2956).

⁹⁶⁴ STS de 9 de febrero de 1987 (Ar. 812). También sobre la idea del sacrificio del trabajador y de la tolerancia del empresario, pueden citarse las SSTS de 14 de diciembre de 1983 (Ar. 6211), de 25 de marzo de 1988 (Ar.2380) y de 22 de septiembre de 1989 (Ar. 6472).

no implicara la necesidad de realizarlo con un mínimo de continuidad, sino simplemente “un ejercicio esporádico de determinadas tareas”⁹⁶⁵.

En síntesis, de lo anteriormente expuesto se deduce que para resultar “compatibles”, las actividades marginales o esporádicas no debían prestarse en las condiciones predicables del trabajo por cuenta ajena, es decir, con un mínimo de profesionalidad, continuidad y eficacia que permitiera la obtención de un rendimiento, ni tampoco podían “comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio”⁹⁶⁶.

Asimismo, como no podría ser de otra forma, la jurisprudencia entendió que la pensión de Incapacidad permanente absoluta- aunque el planteamiento sería también aplicable a la pensión de Gran invalidez y a la de Incapacidad permanente total- sería incompatible con la realización de un trabajo igual, o de análoga naturaleza o características, a aquel que el trabajador viniera realizando antes de la declaración de la situación de Incapacidad permanente. Así lo expresa con rotundidad la STS de 7 de julio de 1986⁹⁶⁷: “Las actividades compatibles no son, ni pueden ser, las mismas que el trabajador venía realizando cuando surgió la contingencia determinante de la invalidez absoluta: es evidente que aquéllas tienen que ser de otro orden, adjetivo, marginal (...)”⁹⁶⁸.

La Sentencia de 13 de mayo de 1986 justifica el argumento esgrimido por el Tribunal Supremo en favor de considerar como trabajos compatibles con el estado del incapacitado permanente absoluto únicamente aquellos “de carácter residual y de poca importancia que no requieren darse de alta ni cotizar por ellos a la Seguridad Social (...) y en manera alguna (...) los que constituyan la propia profesión u oficio” previos al reconocimiento de la Incapacidad Permanente Absoluta”, ya que mantener que “lo contrario llevaría al absurdo (...) de que una misma situación fuera a su vez capacidad laboral completa y normal y de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo”. En este caso, el Alto Tribunal sostuvo que el precepto denunciado, el art. 138.2 LGSS/1974, en modo alguno podía amparar la realización de trabajos “que constituyan la propia profesión u oficio con pleno desenvolvimiento”, o sea, “trabajos remunerados de las mismas características que

⁹⁶⁵ STS de 14 de febrero de 1989 (Ar. 749).

⁹⁶⁶ Sobre este aspecto, la STS de 7 de marzo de 1989 (Ar. 1807) aclara que “es cierto que la situación de invalidez permanente absoluta y el derecho al percibo de la prestación correspondiente puede ser compatible con la idoneidad del afectado para la realización de las actividades mencionadas en el artículo 138.2 de la Ley General de la Seguridad Social”, pero “no lo es menos, que dichas actividades y su aptitud para su desarrollo no deben comprender el núcleo funcional de una profesión u oficio”.

⁹⁶⁷ Ar. 3967. También, SSTS 19 de diciembre de 1988 (EDJ 9960) y de 26 de diciembre de 1988 (EDJ 10135).

⁹⁶⁸ STS de 20 de diciembre de 1985 (Ar. 6166).

los de antes de dicha declaración” de Incapacidad permanente absoluta”, que consistan en una “actividad plena y completa e idéntica o al menos muy similar a la que desempeñaba con anterioridad a sufrir el accidente laboral (...)”⁹⁶⁹.

Como recuerda la STS de 20 de diciembre de 1985, “la doctrina de la Sala (...) tiene reiteradamente declarado que la invalidez permanente absoluta es aquella situación que impide al trabajador la realización de cualquier actividad por liviana y sedentaria que sea, con lo que, de mantenerse un criterio amplio en la interpretación del artículo 138.2 (de la LGSS/1974), el resultado sería de contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo (...)”⁹⁷⁰.

Este argumento, que era y sigue siendo difícilmente objetable por lo que a la Incapacidad permanente absoluta respecta, si se tiene en cuenta que de acuerdo con su definición legal es aquella que inhabilita “por completo al trabajador para toda profesión u oficio”⁹⁷¹, no lo es siempre en el caso de la Gran invalidez, porque es ajeno al hecho de que se trata de un grado al que se puede acceder no solo directamente, en una calificación inicial, sino también vía revisión, por agravación de un grado de Incapacidad permanente previamente reconocido que no tiene por qué ser necesariamente el de Incapacidad absoluta.

Y es que esta postura restrictiva sobre la eventual compatibilidad entre la pensión de Gran invalidez y el trabajo del pensionista es consecuente con aquella otra que considera que

⁹⁶⁹ En la Sentencia de 13 de mayo de 1986 (RJ 1986/2546), el Tribunal Supremo muestra su conformidad con la decisión de la Entidad Gestora. Se trataba de un el trabajador había sido declarado en Incapacidad permanente absoluta en 1980. Cinco años más tarde, el INSS anuló esta declaración argumentando que el trabajador realizaba “trabajos remunerados de las mismas características que los de antes de dicha declaración”, por lo que era apto para el trabajo.

⁹⁷⁰ Ar. 6166. También opta por una postura contraria a la compatibilidad la STS de 20 de diciembre de 1985 (RJ 1985/6171).

Debe tenerse en cuenta que al tiempo de dictarse estas Sentencias ya se había aprobado el RD 1071/1984, de 23 de mayo (BOE de 7 de junio), que modificó diversos aspectos de la normativa vigente en materia de Incapacidad Permanente. El Preámbulo de este RD reconocía, sin ambages, que el art. 138 de la LGSS/1974, desarrollado por el art. 24, números 3 y 4, de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1989, “prevé la posibilidad de que las prestaciones de Incapacidad permanente “puedan compatibilizarse con la percepción de un salario como consecuencia de la realización de la actividad laboral por parte de los inválidos pensionistas”. Pese a tal manifestación en la norma reglamentaria, la situación seguía siendo confusa porque la contradicción entre los términos de los arts. 135, nº 5 y 6 y 138 de la LGSS/1974 persistía. Para MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA, con el RD 1071/1984, de 23 de mayo se produce un claro cambio legislativo en favor de la compatibilidad, pero que lo que no resultaba tan claro era que esto fuera lo que establecía el art. 138.2 LGSS/74 (que no se refería a cualquier trabajo, sino sólo “al marginal), por lo que podría entenderse que el Reglamento incurría en ultra vires (MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. (2017): *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete (Ed. Bomarzo, 1ª edición), p. 41). En este punto coincide con ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y ALONSO RUSSI, E. (2010):” Prestaciones de Seguridad Social. Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009)”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 106, p. 256.

⁹⁷¹ Art. 194.5 de la LGSS/2015, en redacción dada por la Disposición transitoria vigésima sexta de la misma norma.

se trata del grado más grave de la Incapacidad permanente y que, por tanto, presupone en todo caso la Incapacidad permanente absoluta para el trabajo, pero pasa por alto que en aquellos casos en que la necesidad de asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida únicamente vaya acompañada de una Incapacidad permanente total para la profesión habitual, las reglas de compatibilidad con el trabajo deberían ser las aplicables a la pensión correspondiente a este último grado y no las propias de la Incapacidad permanente absoluta⁹⁷².

No obstante, no puede perderse de vista que la doctrina jurisprudencial que sostenía que la compatibilidad entre la percepción de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y trabajo debía quedar limitada a aquellos de carácter marginal o esporádico, recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo a las que se ha hecho referencia, se elaboró principalmente en un momento en el que la Gran invalidez suponía siempre una Incapacidad permanente absoluta, por lo que lógicamente no podía contemplar la eventualidad de que la situación de Gran invalidez no impidiera la realización de todo tipo de trabajo u oficio⁹⁷³.

Más sorprendente resulta que mucho tiempo después de la reforma efectuada por la LISMI, la LGSS/2015 no remita las reglas de compatibilidad de la Gran invalidez que solo comporte una Incapacidad permanente total para la profesión habitual a lo previsto en el apartado 1 del art. 198, que regula de compatibilidad entre pensión vitalicia por Incapacidad permanente total con el salario que el trabajador “pueda percibir en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la Incapacidad permanente total”.

Pese a ello, lo cierto es que a efectos prácticos, esta omisión no va a repercutir negativamente en los intereses económicos del gran inválido, pues aunque el apartado 2 del mismo artículo, que regula la compatibilidad entre Gran invalidez/ Incapacidad

⁹⁷² Para FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, cuando la Gran invalidez provenga de una Incapacidad permanente total, los límites sobre la compatibilidad entre pensión y trabajo quedarían referidos a los establecidos para tal grado y no a los propios de la Incapacidad permanente absoluta (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*. VV.AA. I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de la Salud y Seguridad Social (AESSS), op. cit., p. 48).

⁹⁷³ Cabe recordar que la norma vigente en ese momento era la LGSS/74, que en su artículo 137.5 definía la incapacidad permanente absoluta como “la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio” y en el 137.6 a la gran invalidez como “La situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, además, 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”.

permanente absoluta y trabajo antes del cumplimiento de la edad de jubilación por el beneficiario, lo hace en términos prácticamente idénticos a los del art. 138.2 LGSS/1974, hace ya mucho tiempo que la interpretación jurisprudencial de lo que debe entenderse por “actividades compatibles con el estado del incapacitado” difiere de forma radical de la anteriormente descrita.

Antes de explicar por qué se produjo y en qué consistió el cambio de doctrina, debe resaltarse que sin duda existían razones de peso para respaldar la posición jurisprudencial mayoritaria tradicional⁹⁷⁴, restrictiva de la posibilidad de compatibilizar el percibo de las pensiones correspondientes a los grados de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y el trabajo del pensionista. Conforme a ella, como se ha señalado, únicamente serían compatibles aquellas actividades de carácter marginal, en atención a su jornada o retribución. De ser así, no se plantearían problemas de compatibilidad porque el nuevo trabajo, por su escasa entidad profesional y/o económica, quedaría fuera del sistema de la Seguridad Social al no dar lugar a la afiliación y alta en el Régimen General de la Seguridad. Los argumentos a favor de esta tesis podrían sintetizarse como sigue⁹⁷⁵:

- a) Resultaba acorde con las definiciones de las situaciones de Incapacidad permanente absoluta y de Gran invalidez contenidas en el art. 135, apartados 5 y 6 de LGSS/1974, porque de los conceptos allí descritos se deducía que la actividad compatible con el percibo de las pensiones solo podía ser de escasa entidad y significación, “cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el

⁹⁷⁴ No existió, no obstante, unanimidad doctrinal, dado que algunas Sentencias del Tribunal Supremo acogieron una tesis favorecedora de la compatibilidad, invocando el derecho al trabajo de los pensionistas de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez. Entre estas Sentencias cabe destacar, las SSTS de 6 de octubre de 1987 (RJ 6841) y de 3 de noviembre de 1987 (RJ 8045).

La STSJ Cataluña de 20 de julio de 1993 (AS 1993/3583) mantiene el criterio de compatibilidad entre IPA y trabajo, cuando recuerda que es posible que el pensionista de IPA que simultanee tal situación con un trabajo pueda percibir la prestación contributiva por desempleo, pues así lo permitía el art. 18.2 Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (BOE de 4 de agosto). En concreto, el citado artículo y apartado de la Ley de Protección por Desempleo establecía lo siguiente: “Serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo”.

Ya antes, el Tribunal Central de Trabajo, en su Sentencia de 2 de diciembre de 1988 (RTCT 1988/8415) había reconocido la posibilidad de cobrar la prestación por desempleo a un trabajador que estaba percibiendo la pensión de Gran invalidez. En este caso se trataba de un trabajador en silla de ruedas que había trabajado durante tres años, mediante un contrato especial de minusválidos en una empresa dedicada a la fabricación de elementos para minusvalía, y después, durante un mes, en una empresa siderometalúrgica y que al finalizar su trabajo había solicitado la prestación por desempleo.

⁹⁷⁵ Véase OLARTE ENCABO, S. (2009): “Gran invalidez de Derecho del trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008”, *Temas Laborales*, núm. 98, pp. 221 y 222.

mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución (...)”⁹⁷⁶.

Cualquier interpretación amplia de la compatibilidad haría incurrir en “contradicción plena con el sistema y conduciría al absurdo”. La incompatibilidad con el trabajo derivaba, por tanto, del propio concepto de la situación incapacitante y otra situación desvirtuaría las diferencias entre situaciones y grados de Incapacidad permanente, especialmente entre Incapacidad permanente absoluta e Incapacidad permanente total.

- b) Se adecuaba a la finalidad de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez -no a la del complemento-, que era la sustituir las rentas de trabajo. De ahí se concluía que el abono de la pensión carecía de sentido en el caso de que existiesen rentas salariales⁹⁷⁷.
- c) Parecía congruente con lo dispuesto en el art. 18.4 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1996, dictada en desarrollo del RD 1300/1995 sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, que establecía la posibilidad de que la Dirección Provincial del INSS pudiera acordar la suspensión del abono de la pensión cuando el percceptor realizase trabajos por cuenta propia o ajena en función de la incompatibilidad que pudiera existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado por el pensionista cuando la actividad laboral excediese los límites permitidos.

En concreto, el art. 18.4 OM de 18 de enero de 1996 (BOE de 26 de enero) establecía lo siguiente: “Si el procedimiento se hubiera iniciado en razón a que el percceptor de la pensión de invalidez permanente estuviera ejerciendo trabajos por cuenta propia o ajena, y no se hubiese constatado error de diagnóstico o mejoría que justifique el reconocimiento del derecho a las prestaciones por invalidez permanente, en un grado de incapacidad inferior o la aptitud para trabajar, la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social actuará de conformidad con la normativa en vigor y, en función de la incompatibilidad que pueda existir entre el percibo de la pensión y el trabajo desarrollado, dando lugar

⁹⁷⁶ SSTs de 30 de enero de 2008 (EDJ 56644) y de 23 de abril de 2009 (EDJ 101852).

⁹⁷⁷ Tal como subraya IGLESIAS OSORIO, comentando la postura jurisprudencial restrictiva de la compatibilidad, si las pensiones por Incapacidad permanente absoluta y por Gran invalidez pretenden “cubrir las situaciones de necesidad que surgen de la inactividad laboral lucrativa, (...) no tiene sentido que el Estado aporte esta protección si el beneficiario percibe al mismo tiempo unos ingresos que le permitan sufragar en todo o en parte su estado de necesidad” (IGLESIAS OSORIO, B. C. (2016): *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi, Lex Nova), pp. 285- 286).

a la suspensión de aquella, cuando la actividad laboral exceda de los límites permitidos por el artículo 141.2 de la Ley General de la Seguridad Social”.

De las razones que avalaban la tesis restrictiva de la compatibilidad entre el percibo de la pensión de Incapacidad permanente con la realización de un trabajo, por cuenta propia o ajena, se deducía que el trabajo compatible solo podía ser de carácter marginal y que no comportase un cambio en la capacidad de trabajo. En caso de que el trabajo realizado diese lugar a una modificación en la capacidad laboral, lo que procedería es la revisión del grado de Incapacidad permanente, con la consiguiente repercusión económica⁹⁷⁸.

Sin embargo, finalmente fueron los argumentos utilizados por la hasta entonces postura jurisprudencial minoritaria en favor de una mayor compatibilidad entre trabajo y pensión los acogidos en la importante del Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, dictada en Sala General⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ De producirse un cambio en su capacidad de trabajo, “(...) operaría la revisión, con las consecuencias económicas correspondientes” (STS 26/01/89, EDJ 576).

⁹⁷⁹ Rec. núm. 480/2007, EDJ 56644. Ponente: de CASTRO FERNÁNDEZ. Como indica OLARTE ENCABO, en esta Sentencia parece plantearse “un problema de compatibilidad entre la percepción de una pensión de gran invalidez y el trabajo, sin embargo, (...) en el fondo se está planteando (...) la noción misma de incapacidad permanente, ya sea en su grado de absoluta, ya sea en su grado de gran invalidez (...) porque dependiendo de que dicha incapacidad comporte necesariamente una imposibilidad o no con cualquier actividad laboral, sería admisible o no – según el régimen jurídico aplicable- un sistema de compatibilidad determinado”. O, por lo menos, “no queda claro cuáles pueden ser esas “actividades compatibles” cuando la percepción de la pensión presupone que su beneficiario padece una lesión que le impide el desarrollo de toda profesión u oficio y además necesita de otra persona para los actos más esenciales de la vida” (OLARTE ENCABO, S. (2009): “Gran invalidez de Derecho del trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008”, op.cit., pp. 215 y 216). Para GONZÁLEZ ORTEGA, la STS de 30 de enero de 2008 “corresponde al grupo de las resoluciones judiciales que se califican como con sentido humanitario, que sobre la base de la defensa del derecho al trabajo de los discapacitados y de la integración social de los mismos, acepta la compatibilidad entre la IPA (o incluso la GI) con la realización de cualquier trabajo, incluso si regular o retribuido de forma ordinaria como cualquier otro tipo de desempeño laboral” (GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2017): “La valoración y revisión de la 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.618).

Véase el comentario realizado a la Sentencia de 30 de enero de 2008 realizado por GARCÍA PAREDES, M.L. (2008): “Gran invalidez: compatibilidad con actividad laboral a tiempo completo. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 30 de enero de 2008”, *Actualidad Laboral*, núm.17.

Debe hacerse notar que antes de la STS de 30 de enero de 2008, otros pronunciamientos judiciales habían admitido la compatibilidad de la pensión de Gran invalidez con el trabajo de los pensionistas que la percibían. Los argumentos utilizados eran desde el habitual, consistente en que se trataba de una actividad sedentaria, a otros tales como razones médicas o de integración. También indicaban que la referida compatibilidad venía propiciada por la variedad ofrecida por la vida social a la hora de ofrecer trabajos, que hacía que incluso personas postradas en la cama pudieran llevarlos a cabo (labores manuales simplísimas, control de actividad televisiva, etc.) o por los avances de la medicina y de la técnica ayudan a facilitar la realización de las tareas laborales, incluido el desplazamiento desde el domicilio al centro de trabajo, a lo que hay que añadir que ni siquiera la duración de la jornada de trabajo constituye un impedimento para la

En el supuesto enjuiciado, el trabajador fue declarado en situación de Gran invalidez por la parálisis de la parte inferior del cuerpo (paraplejia por luxación y fractura de vértebras D9 y D10)) derivada de la lesión sufrida como consecuencia de un accidente a los 21 años de edad, en 1972, cuando su actividad laboral era la de ayudante de cocinero. En marzo de 1993, empezó a prestar servicios para una empresa dedicada a Servicios hidráulicos y tratamiento d con la categoría de oficial de segunda especialista y a jornada completa (de 35 horas semanales). Su actividad nada tenía que ver con aquella a la que se dedicaba al tiempo de sufrir el accidente, pues consistía en realizar dibujos de planos en ordenador.

La Entidad Gestora inició expediente de revisión por reanudación de la actividad que concluye con la resolución del director provincial del INSS el 1 de junio de 2005, en la que se declara que no procede la revisión del grado de Incapacidad permanente reconocido porque las secuelas siguen siendo constitutivas del mismo. Sí se acuerda suspender temporalmente el percibo de la pensión desde la fecha de la resolución, pero no el complemento destinado a retribuir a la persona que asiste al gran inválido⁹⁸⁰.

El 27 de febrero de 2006, el juzgado de lo social de Barcelona nº 16 estimó la demanda formulada frente al trabajador por el INSS, y declaró la compatibilidad entre el percibo de la pensión por Gran invalidez y el trabajo por cuenta ajena realizado por el pensionista, condenando al INSS a estar y pasar por tal declaración y a reanudar el abono de la prestación (que había suspendido) en las mismas condiciones en que se venía percibiendo y con efectos retroactivos, a partir de la fecha de la resolución del director provincial del INSS.

El INSS interpuso recurso de suplicación frente a dicha Sentencia, que fue desestimado por la Sala de lo social del TSJ de Cataluña en su sentencia de 29 de noviembre de 2006. Frente a ella, la Entidad Gestora formuló recurso de casación para unificación de

compatibilidad entre trabajo y pensión ((MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.(2017): *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, op. cit., p. 51 y 52).

Sobre el hecho de que el que el trabajo del incapacitado permanente absoluto o del gran inválido no tenía que ser esporádico ni marginal, véase RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. (2004): “Régimen jurídico de las prestaciones por Incapacidad Permanente”. VV. AA. *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones* (directores: MONEREO PÉREZ, J.L y GARCÍA NINET. J.I.), Granada (Ed. Comares), pp. 498 y ss.

⁹⁸⁰ A raíz de la comunicación del trabajador de inicio de la prestación de servicios, el 27 de abril de 1993, el INSS dictó resolución, el 15 de diciembre del mismo año, por la que se suspendía temporalmente el percibo de la pensión por reanudación de la actividad, aunque posteriormente, en 1997, se acordó anularla y proceder de nuevo al abono de la pensión con los atrasos correspondientes. Por último, en 2005, en el procedimiento de revisión por reanudación de actividad, procedió de nuevo a suspender el percibo de la pensión, no así el del incremento correspondiente a la situación de Gran invalidez.

Doctrina, que fue resuelto por el pleno de la Sala, acogiendo la tesis del TSJ de Cataluña en favor de la compatibilidad entre pensión de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y trabajo del pensionista.

Así, el Alto Tribunal sostiene que pese a haber sido criterio tradicional de la Sala el considerar “que los trabajos compatibles resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución (...), que la actividad compatible (...) no comprende el núcleo funcional de una profesión u oficio, cualquiera que sea (...) sino que va referida a labores de orden adjetivo o marginal (...), existen razones que justifican la aplicación de una tesis más favorable a la compatibilidad entre el percibo de la pensión de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y el trabajo de carácter no marginal del pensionista⁹⁸¹. Estas son, en síntesis, las siguientes:

- a) El propio legislador relativiza en el art. 141.2 LGSS/1994 (hoy art. 198.2 LGSS/2015) el riguroso concepto de la Incapacidad permanente absoluta dado en la misma norma, del que se deduciría la imposibilidad jurídica de realizar ningún trabajo u oficio⁹⁸². Así, sin ignorar la contradicción entre

⁹⁸¹ Para RODRÍGUEZ INIESTA la interpretación ha de ser favorable a la compatibilidad entre trabajo y pensión en un sentido amplio, porque esta postura viene avalada entre otras por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Ley 43/2006, de 29 de noviembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, con las diversas medidas de favorecimiento del mantenimiento de empleo en los supuestos de incapacidad sobrevenida; las medidas para favorecer la inserción profesional en caso de recuperación de la capacidad de los arts. 1 y 2 del RD 1451/1983; la propia LGSS/2015 que permite la compatibilidad entre la pensión de invalidez no contributiva con el trabajo remunerado, posibilidad que fue introducida por la reforma operada por la Ley 8/2005, de 6 de junio en el art. 145.2 de la LGSS/1994 y el hecho de que la declaración de Incapacidad permanente pensionable no extingue automáticamente el contrato de trabajo, sino que una vez esta se haya producido, el empresario puede hacerla valer (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. 497).

En contra de esta postura favorable a la compatibilidad entre pensión de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y trabajo se manifiesta SEMPERE NAVARRO, A. (2013): “El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal (enero)*, nº 9, pp. 15- 32. También ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y ALONSO RUSSI, E. (2010):” Prestaciones de Seguridad Social. Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009)”, op. cit., p. 256. GALA DURÁN realiza una crítica minuciosa de los argumentos utilizados por el TS en su sentencia de 30 de enero de 2008, y propone la necesidad de suspender parcialmente el percibo de las pensiones de IPA/GI mientras se esté compatibilizando con el trabajo (GALA DURÁN, C. (2016): “La compatibilidad de la incapacidad permanente y la jubilación con la actividad productiva”, en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo (Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria)* (CALVO GALLEGO, J y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. directores, y ALVAREZ CORTES, J.C., coordinador), Valencia (Ed. Tirant Humanidades) , pp. 559 y 571- 574).

⁹⁸² DE LAS HERAS GARCÍA hace hincapié en la contradicción entre la literalidad de la norma sobre compatibilidad – art. 198.2 TRLGSS/2015- y la definición de la Incapacidad permanente absoluta (art. 194.5 LGSS/2015) y de Gran invalidez (art. 194.6 LGSS/2015), ya que parece admitir cierta capacidad

el concepto de Incapacidad Permanente absoluta - y cabría añadir también, el de Gran invalidez- en relación con los amplios términos del art. 141.2 LGSS/1994⁹⁸³, el Tribunal Supremo entiende que lo dispuesto en este último artículo “invita a considerar que el maximalismo de la definición (...) se relativice a la hora de analizar su compatibilidad con el trabajo”⁹⁸⁴.

- b) La literalidad del precepto (art. 141.2 LGSS/1994, hoy art. 198.2 LGSS/2015) apunta a la plena compatibilidad trabajo/pensión, ya que allí se establece que estas pensiones no impedirán el ejercicio de aquellas actividades que sean compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Por tal motivo, el Tribunal Supremo concluye que, puesto que en el supuesto enjuiciado queda acreditado que las actividades realizadas son compatibles con el estado del beneficiario, que el INSS ha archivado el expediente de revisión por considerar que persisten las mismas patologías,

residual de trabajo (DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2016): El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas, op. cit., p. 324). También MARTÍNEZ- GIJÓN MACHUCA insiste en la dificultad de “cohonestar la definición de los grados de IPA/GI, que “de suyo” niegan capacidad laboral alguna, con la regla de compatibilidad de las pensiones correspondientes a dichos grados con una actividad (trabajo), establecida por el art. 198.2 LGSS”. También “la referencia a la revisión de la “capacidad de trabajo” (...) lleva a entender que el trabajador todavía conserva alguna, cuando (...) la definición de dichos grados IPA, GI) sostiene más bien lo contrario” (MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. (2017): *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, op. cit., pp. 39 y 40). OLARTE ENCABO entiende que lo que el Tribunal Supremo afirma es que no cabe interpretar el precepto que define la Incapacidad permanente absoluta “como una imposibilidad legal, sino fáctica o material que deja un hueco a lo inimaginable, por difícil o extraño que resulta en la realidad del mercado de trabajo” (OLARTE ENCABO, S. (2009): “Gran invalidez de Derecho del trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008”, op. cit., p. 223). En definitiva, “siendo evidente la contradicción que comporta la aceptación de una actividad laboral desarrollada por aquel que ha sido calificado como incapacitado “para toda profesión u oficio”, finalmente es aceptada de modo pacífico tamaño contradicción en cuanto opción que podría favorecer, o al menos no entorpecer, la reinserción social de los interesados” (TEJERINA ALONSO, J.I. (2014): *Las últimas reformas en materia de prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social (de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, al RD -Ley 5/2013, de 15 de marzo)*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), pp. 83- 84).

⁹⁸³ Así, la STS de 30 de enero de 2008, citando la de 6 de marzo de 1989 (EDJ 2515), argumenta que “si se atiende a la consideración de que si bien la propia definición de IPA determina una cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal- no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación (legalmente definida como la que “inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”), la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencia el propio art. 138.2 LGSS/74”.

⁹⁸⁴ De esta forma, citando la Sentencia de 12 de febrero de 1979, sostiene que: “(...) los términos en que se expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinitud de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuar (...) de suerte que solo cabe apreciarlo (en el supuesto de la IPA) cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral” (Fundamento de Derecho tercero. 3 de la STS de 30 de enero de 2008).

y dado que el citado precepto no establece límite alguno a dicha actividad, no hay motivo para suspender la percepción de la pensión de Gran invalidez.

- c) Que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de Incapacidad Permanente Absoluta o Gran invalidez, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS/1994 (antes, art. 138.2 LGSS/1974 y hoy, art. 198.2 LGSS/2015); el art. 2 RD 1071/1984, de 23 de mayo y el 18.4 OM de 18 de enero de 1996⁹⁸⁵.
- d) Que la jurisprudencia social no siempre ha acogido la interpretación restrictiva de INSS. Como ejemplo de esa tesis más flexible sobre la compatibilidad entre pensión y trabajo, que demuestra que no siempre ha existido unanimidad doctrinal, cita la STS de 2 de marzo de 1979. En ella, el Alto Tribunal mantuvo que “el trabajador en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, en virtud de lo dispuesto en el art. 24.4 de la Orden de 15 de abril de 1969, puede realizar todas las actividades laborales que sean compatibles con su situación, sin limitación alguna, al señalar literalmente que “Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”, por lo que no cabe considerar que solo puedan llevar a cabo actividades “superfluas, accidentales o esporádicas”⁹⁸⁶.
- e) Que las prescripciones de art. 18.4 de la OM de 18 de enero de 1996, que permiten la suspensión del abono de la pensión, carecen de eficacia jurídica. Este precepto ha de ser considerado “ultra vires” por contrariar lo establecido en el art. 141.2 LGSS/1994 (hoy art. 198.2 LGSS/2015), que

⁹⁸⁵ En este sentido, la STS de 30 de enero de 2008, cita las SSTS de 6 de octubre de 1987 (EDJ 7083); de 3 de noviembre de 1987(EDJ 8028); 23 de noviembre de 1987(EDJ 8619); de 26 de enero de 1989 (EDJ 576) y 20 de febrero de 1989(EDJ 1832).

⁹⁸⁶ Así, adoptando un planteamiento abierto a favor de la plena compatibilidad, La STS de 2 de marzo de 1979 (RJ 1979/954), citada en las de 30 de enero de 2008 y de 14 de octubre de 2009 (Rec. 3429/2008), consideró compatible la pensión de Incapacidad Permanente absoluta- causada en el Régimen Especial de la Minería- con la actividad de transportista por cuenta propia, argumentando que el trabajador, “enfermo silicótico, en grado avanzado de su enfermedad, puede ser trabajador autónomo por dedicarse a ejercer una industria de transporte por cuenta propia, y, por esa circunstancia, con obligación de afiliarse a la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomas de Servicios”.

permite la compatibilidad y no remite a desarrollo reglamentario alguno, ya que la remisión a la regulación reglamentaria se hacía exclusivamente en el apartado primero del art. 141 LGSS/1994 para la Incapacidad Permanente Total⁹⁸⁷.

Para el correcto entendimiento de esta cuestión cabe indicar que la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y entidades colaboradoras de la Seguridad Social, de 2 de noviembre de 1992, mantenía que era posible suspender el percibo de la pensión de Incapacidad permanente cuando la actividad laboral desarrollada por el beneficiario excediera de los límites permitidos en la LGSS.

- f) Que una opción interpretativa contraria llevaría a hacer de mejor condición al trabajador declarado en Incapacidad Permanente total- legalmente apto para cualquier actividad que no sea la profesión u oficio para la que haya sido declarado inválido- que al incapaz declarado en IPA- al que se le negaría toda actividad e ingresos extramuros de la marginalidad-.

Ciertamente esta argumentación resulta algo chocante, porque precisamente la persona declarada en situación de Incapacidad permanente absoluta percibe una pensión equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente para sustituir la renta que no podrá percibir por estar inhabilitado para llevar a cabo toda profesión u oficio, mientras que el incapacitado permanente total percibe solo el 55% de la base reguladora, al presumirse legalmente que va a poder dedicarse a una profesión distinta a la que era la suya habitual y, por tanto, obtener un salario por tal actividad.

Por tanto, el argumento tendría sentido si el porcentaje a aplicar a la base reguladora para calcular la pensión de Incapacidad permanente total fuera el mismo que para determinar el importe de la correspondiente a la

⁹⁸⁷ El art. 141.1 LGSS/1994 establecía lo siguiente: “En caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente”.

Debe tenerse presente que la remisión al Reglamento para la Incapacidad permanente total ha desaparecido de la actual redacción del art. 198.1 LGSS/2015, que se limita a establecer la compatibilidad de la pensión vitalicia correspondiente con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, siempre y cuando las funciones sean distintas de aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

Incapacidad permanente absoluta- y no prácticamente la mitad de este- y solo se permitiera trabajar al incapacitado permanente total y no al absoluto.

- g) La incompatibilidad tendría un cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en Incapacidad Permanente absoluta o Gran invalidez⁹⁸⁸. La suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de

⁹⁸⁸ CUETO IGLESIAS, MALO OCAÑA, RODRÍGUEZ ÁLVAREZ y MÄRKLI GARCÍA estudiaron el incentivo a participar en el mercado de trabajo que suponía para aquellas personas que hubieran obtenido el reconocimiento de la Incapacidad permanente el hecho de poder compatibilizar el percibo de las pensiones que vinieran percibiendo con los ingresos derivados de un trabajo compatible con su estado. Los autores constataron que “la evidencia no muestra con total claridad que a mayor (menor) pensión por incapacidad existan menores (mayores) incentivos para compatibilizarla con un empleo”.

Por otra parte, se observó que la edad en que se había reconocido la pensión de Incapacidad permanente jugaba un papel relevante en orden a la posibilidad de compatibilizar pensión y trabajo. El incentivo a trabajar experimentaba una clara reducción en los casos en que el beneficiario de la pensión tuviera más de 55 años con respecto a la categoría de referencia, que son los menores de 31 años. También era menor la probabilidad de compatibilizar trabajo y pensión para las personas con carreras de cotización de más de 25 años, mientras que las personas con un mayor número de episodios de empleo tenían una mayor probabilidad de compatibilizar trabajo y pensión.

Por otro lado, se constató que las personas con una cualificación alta o media tenían mayor probabilidad de trabajar que aquellas con una cualificación baja, que tendrán un menú de opciones de empleo inferior a las anteriores. Por último, la probabilidad de que un pensionista de incapacidad permanente total compatibilizara la pensión con el trabajo era muy superior a la predicable de los incapacitados permanentes absolutos y a los grandes inválidos, lo que reflejaba que existía “una correlación de altos niveles de participación en el mercado de trabajo con menores niveles de discapacidad para trabajar”.

Algunos datos aportados por los autores fueron los siguientes: en el año 2007, entre las personas menores de 64 años que tenían reconocida una Incapacidad permanente, el 14,8% trabajaba y un 31,1 por % lo había hecho en algún momento con posterioridad a que le fuera reconocida la prestación. Sin embargo, se apreciaban importantes diferencias entre los perceptores de la pensión de Incapacidad permanente total en relación con los beneficiarios de pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez. Así, mientras aproximadamente un 25% de los primeros trabajaba en ese momento y un 40% lo había hecho en algún momento tras la declaración de la Incapacidad permanente total, solo un 2% de las personas con Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez se encontraba trabajando en ese momento y únicamente un 20% lo había hecho después del reconocimiento de tales situaciones. Así, en el caso de la Incapacidad permanente total, la probabilidad relativa de que el pensionista estuviera trabajando en 2007 se multiplicaba por 19 con respecto a la Gran invalidez. También resaltaron los autores que un 11,7% de los pensionistas que simultaneaban el percibo de la prestación con el empleo, trabajaban en otro puesto de trabajo en la misma empresa en la que prestaba servicios antes del reconocimiento de la Incapacidad permanente, sin que hubiese diferencias apreciables según el grado de que se tratase. Por otra parte, observaron que en el primer episodio de empleo después del reconocimiento de la prestación, la mayoría mantuvieron el grupo de cotización que tenían antes de la calificación de la Incapacidad; aunque también era una situación frecuente el descenso de grupo, principalmente los que antes tenían una cualificación alta (33%) o media, mientras que del grupo de cualificación baja un 36,5% pasó al grupo de cualificación media (21,7%). (CUETO IGLESIAS, B. (investigadora responsable), MALO OCAÑA, M.A., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V. y MÄRKLI GARCÍA, S. (2008): El empleo después de la incapacidad permanente: trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo, Ministerio de Trabajo e Inmigración, en especial, págs.. 127 a 150, disponible en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/830f6aa8-3868-4736-afbe-c25bc61d2f00/F39_08.pdf?MOD=AJPERES&CVID. Consultado el 19 de febrero de 2020).

realizarse con considerable esfuerzo- psicofísico-por parte del trabajador inválido.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Integración Social del Minusválido, el Tribunal Supremo sostiene que la interpretación debe hacerse conforme a la voluntad legal de integración social y laboral de estas personas.

Para el Alto Tribunal, la interpretación, además, debe ser acorde al contexto social actual, esto es, adecuada al impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el mundo del trabajo, que abren nuevas formas de teletrabajo para las personas en situación de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez.

Ciertamente, las nuevas tecnologías permiten realizar actividades de tipo sedentario, incluso a jornada completa, a quienes se hallan en situaciones de Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez, lo que supone un importante estímulo para la reinserción social de las personas que se encuentran en tales situaciones.

Ahondando en este último argumento, la STS de 14 de octubre de 2009⁹⁸⁹ subraya que “las nuevas tecnologías (particularmente informáticas y de teletrabajo) consienten pluralidad de actividades laborales (a jornada completa)” a las personas que se encuentran las personas en situación de Incapacidad permanente absoluta o Gran invalidez, por lo que “la compatibilidad (...) representa- en el indicado marco de actividades sedentarias- un considerable acicate para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida”⁹⁹⁰. Por el contrario, la incompatibilidad, que daría lugar a la

⁹⁸⁹ STS de 14 de octubre de 2009, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, (Rec. 3429/2008). Ponente: LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA. Véase VICENTE PALACIO, A. (2010): “Incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y compatibilidad con el trabajo no marginal o residual. ¿Es todavía la capacidad profesional el criterio que determina la calificación de la incapacidad permanente en el nivel contributivo de prestaciones? (a propósito de la STS de 14 de octubre de 2009)”, *Tribuna Social*, nº 233. Otro comentario a esta sentencia en GARCÍA QUIÑONES, J.C. (2010): “La compatibilidad de la prestación de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria (Comentario a la STS de 14 de octubre de 2009)”, *Relaciones Laborales*, nº 1, pp. 765-780.

⁹⁹⁰ ÁLVAREZ CORTÉS y ALONSO RUSSI se muestran críticos con la consideración como sectores compatibles con las pensiones de Incapacidad permanente o Gran invalidez las actividades que se realicen mediante teletrabajo y las informáticas, porque con ello parece darse a entender que si no hay incompatibilidad es porque “no son profesiones u oficios dignos de entenderse como tales a efectos de incapacidad permanente”. Y advierten que de entenderse esto así, podría resultar casi imposible en el futuro declarar en situación de incapacidad permanente a quien se dedique a actividades informáticas (ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y ALONSO RUSSI, E. (2010).” Prestaciones de Seguridad Social. Algunas notas sobre la

suspensión de la pensión debido a la percepción de ingresos por el trabajo ordinario, tendría un cierto efecto desmotivador sobre aquélla, al privar de estímulo económico a la nueva actividad. Así, la única ventaja sería que las cotizaciones satisfechas por el nuevo trabajo habrían de tener eficacia respecto de prestaciones futuras: pensión de jubilación o nueva prestación de Incapacidad permanente absoluta.

En el caso analizado en la Sentencia de 14 de octubre de 2009, la trabajadora, declarada en situación de Gran invalidez con efectos desde octubre de 2003, había comunicado al INSS que prestaría servicios como trabajadora social para el “Instituto de Rehabilitación Guttmann”, con una jornada de 1.115 horas anuales, y percibiendo una retribución de 1.16,86 euros brutos mensuales. Las tareas a realizar consistían en la valoración y orientación de los aspectos sociales en relación con la situación de hospitalización y de discapacidad, así como proporcionar información y asesoramiento sobre los recursos y prestaciones sociales y, en caso de que procediera, tramitar todo lo anteriormente indicado.

A raíz de tal escrito, se inició por la Entidad Gestora expediente de revisión por mejoría, que concluyó con la resolución del director provincial del INSS declarando que no procedía la revisión del grado de incapacidad permanente⁹⁹¹, aunque sí la suspensión temporal de la pensión mientras la pensionista trabajara, sin que ello afectara al incremento destinado a remunerar a la persona que asistiera a la trabajadora en la realización de los actos esenciales de la vida, que podría continuar percibiéndose.

Esta Resolución fue recurrida por la trabajadora, y la Sentencia del juzgado de lo social nº 3 de Barcelona, de 31 de enero de 2007, declaró compatible las tareas de la trabajadora con la percepción de las dos prestaciones económicas por Gran invalidez: pensión y complemento.

La citada Sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. que, en su sentencia de 7 de julio de 2008, resuelve estimar el recurso, quedando así revocada la resolución de instancia. Finalmente,

compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009), op. cit., p. 255).

⁹⁹¹ No se aprecia mejoría de las dolencias, por lo que no procede revisar el grado de Incapacidad permanente. Y ello porque las lesiones que habían dado lugar a la declaración por sentencia judicial de la situación de Gran invalidez en el año 2004 eran las siguientes: “sd. transversal incompleto sensitivo completo motor por debajo del quinto segmento neurológico cervical derecho y sexto izquierdo posiblemente secundario a mielitis no filiada”, y en el año 2006, iniciado por el INSS el procedimiento de revisión por mejoría, el estado físico- psíquico de la trabajadora se describe como sigue: “mielitis transversa desde 4/2002, probablemente de origen tóxico alimentario. Síndrome medular completo sensitivo C7 derecho D3 izquierdo y completo motor C6 test de Barthel: 20 puntos”.

la trabajadora interpuso recurso de casación en unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 11 de octubre de 2005⁹⁹².

Conforme recogía la Sentencia recurrida en casación unificadora, la trabajadora había empezado a prestar servicios a tiempo parcial durante un 66,80% de la jornada, para pasar luego a trabajar a tiempo completo en la Fundación Guttmann. Para la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cobro de la prestación por Gran invalidez solo podía ser compatible con la realización de actividades de carácter marginal o residual, que no comprendieran, como era el caso, el núcleo funcional de una profesión u oficio, por lo que debía estimarse el recurso de suplicación interpuesto por la Entidad Gestora contra la sentencia del juzgado de lo social, que había declarado la compatibilidad entre la pensión y el trabajo de la beneficiaria.

Por el contrario, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2009 explica que el planteamiento seguido por la Resolución de 2 de noviembre de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de Seguridad Social, a la que antes se ha hecho referencia, es congruente con lo previsto en el art. 2 del RD 1071/1984, de 23 de mayo, e incluso más con lo preceptuado en el art. 18.4 OM de 18 de enero de 1996, que regula la actuación de la Entidad Gestora en el caso de que el perceptor de pensiones de Incapacidad permanente ejerciese trabajos “incompatibles” por cuenta propia o ajena, pero insiste en que estas disposiciones reglamentarias deben ser consideradas “ultra vires” de la manifestación legal de compatibilidad que establecía el art. 141.2 LGSS/1994 (hoy art. 198.2 LGSS/2015), sin remitir a desarrollo reglamentario alguno, debiendo considerarse, por tanto, ineficaces⁹⁹³. De ahí que estime el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de julio de 2008, no sin antes reconocer que se trata de una cuestión compleja y que indudablemente sería conveniente que el

⁹⁹² La Sentencia de 11 de octubre de 2005 (Recurso de suplicación 1109/2005) había declarado la compatibilidad entre el cobro de la pensión de Incapacidad permanente absoluta y el trabajo como profesor de formación vial, impartiendo clases teóricas, de quien anteriormente era tubero industrial, por entender que las tareas realizadas no eran incompatibles con el estado del inválido y que el hecho de llevarlas a cabo no revelaba un cambio en su capacidad de trabajo.

⁹⁹³ Reitera el razonamiento sobre esta cuestión recogido en la STS de 30 de enero de 2008.

legislador regulara la materia de la compatibilidad entre pensión y trabajo “con mayor claridad y precisión”.

La compatibilidad entre el trabajo del pensionista, incluso a jornada completa, con la percepción simultánea de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez ha sido reiterada en sucesivos pronunciamientos, lo que confirma el cambio de criterio jurisprudencial que se produjo a raíz de la Sentencia de 30 de enero de 2008⁹⁹⁴.

Pero además la incorporación del apartado tercero al art. 141 de la LGSS/1994 (actualmente, art. 198.3 LGSS/2015) por el art. 3.3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, refuerza el criterio jurisprudencial favorable a la compatibilidad, ya que a partir de 1 de enero de 2014, fecha prevista para la entrada en vigor de la modificación legal referida, no debe existir ninguna duda sobre la compatibilidad de la pensión de Incapacidad permanente absoluta/ Gran invalidez con el trabajo del pensionista que no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación a que hace referencia el art. 205.1, letra a) de la LGSS/2015, incluso si este se realiza a jornada completa⁹⁹⁵.

Actualmente, el art. 198 (2 y 3) LGSS/2015 establece las reglas que deben tenerse en cuenta para determinar qué trabajos resultan compatibles con el percibo de las pensiones

⁹⁹⁴ Por lo que a la Gran invalidez respecta, véase de 14 de octubre de 2009 (Rec. 3429/2008) y 16 de octubre de 2013 (Rec. 907/2012). Anteriormente, la STS de 14 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8573) reconoció la compatibilidad de la pensión de Gran invalidez con la retribución como militar reservista, aunque lo cierto es que en este caso no se trataría propiamente del reconocimiento de la posibilidad de compatibilizar trabajo y pensión, porque el militar no se encuentra en activo, sino solo disponible para la reincorporación inmediata.

En relación con la compatibilidad entre Incapacidad permanente absoluta y trabajo del pensionista, SSTS de 10 de noviembre de 2008 (Rec. 56/2008); de 1 de diciembre de 2009 (Rec. 1674/2008); 14 de julio de 2010 (Rec. 2531/2009) y de 19 de marzo de 2013 (Rec. 2022/2012).

⁹⁹⁵ DE LAS HERAS GARCÍA apunta que la tesis flexibilizadora adoptada por el TS a raíz de la Sentencia de 30 de enero de 2008 se plasmó en el cambio normativo operado en el art. 141.3 LGSS/1994 (actualmente, art. 198.3 LGSS/2015) por la Ley 27/2011, que entraría en vigor el 1 de enero de 2014, e indica que la finalidad de dicho cambio no es simplemente la de favorecer una armonización con el régimen establecido para la jubilación, sino favorecer la inserción laboral de los beneficiarios de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez en el mercado de trabajo, por lo que la regla de compatibilidad pierde su sentido una vez se haya cumplido la edad de jubilación (DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2016): *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, op. cit., p. 327). Sobre esta cuestión, véase también, GALA DURÁN, C. (2013): “La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011, *Revista Temas Laborales*, núm. 122, pp. 79 a 123; OLARTE ENCABO, S. (2012): “Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico-positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 4 (BIB 2012/1151) y CALABUIG BENEYTO, D. (2011): *La reforma de la jubilación y de otras prestaciones: análisis práctico y comentarios de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social* (Ed. La Ley, CISS), pp. 162-163.

de Incapacidad permanente absoluta/ Gran invalidez, en atención a si se ha cumplido ya o no la edad ordinaria de jubilación por el beneficiario de estas⁹⁹⁶.

Así, antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación que corresponda en aplicación de las normas transitorias establecidas hasta que se implante el Derecho definitivo en el año 2027, rige la regla de compatibilidad plena entre trabajo, incluso a jornada completa, y pensión de Incapacidad permanente absoluta⁹⁹⁷ y Gran invalidez. Y esta absoluta compatibilidad tiene como consecuencia que el pensionista de Incapacidad permanente en tales grados pueda percibir simultáneamente el importe íntegro de las prestaciones económicas de cuantía más alta y un salario no sujeto a límite máximo alguno.

No se requiere, por tanto, que la prestación de servicios tenga carácter esporádico u ocasional ni que se trate de trabajos marginales o intrascendentes, por lo que nada impide que la contraprestación a percibir pueda ser económicamente significativa. Y en este punto se observa una notable diferencia entre la Incapacidad permanente- modalidad contributiva- y la invalidez- modalidad no contributiva-, ya que en este último caso la compatibilidad de la pensión con el salario percibido por el trabajo desarrollado por el interesado está sujeta importantes restricciones cuantitativas⁹⁹⁸.

De hecho, la plena compatibilidad de la pensión con el trabajo remunerado incluso en jornada completa está sujeta a una única limitación: la exigencia de que el trabajo del

⁹⁹⁶ Sobre estos aspectos fundamentales a tener en cuenta en relación con el trabajo “compatible”, véase 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), op. cit., pp. 13 y ss. También sobre esta cuestión, CID BABARRO, C. (2017): “Determinación de una Incapacidad”. VV.AA. *Incapacidad Permanente. Gestión Práctica y Trámite Judicial* (Dir. CID BABARRO, C.), Navarra (Ed. Aranzadi), p. 82.

⁹⁹⁷ Obviamente, por lo que respecta a la Incapacidad permanente absoluta, sigue siendo existiendo una incongruencia entre lo previsto en el artículo 194.4 LGSS/2015 y lo establecido en el art. 198.2 LGSS/2015, ya que, si tal grado inhabilita para toda profesión u oficio, no tiene sentido la regla que permite realizar un trabajo compatible con el estado del inválido, pues este, conforme a la definición legal, sería ninguno. Para MENÉNDEZ SEBASTIÁN “esta compatibilidad absoluta (que permite obtener ingresos relevantes por dos vías diversas) sepulta por completo el otro platillo de la balanza”, es decir, la finalidad sustitutiva propia de las prestaciones, rompiendo con la lógica interna del sistema. Así, (...) con la lectura que de la previsión legal de compatibilidad ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha ido dilatando cada vez más el margen de la compatibilidad, hasta el punto de convertir la excepción a la regla de incompatibilidad en la regla misma” (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2016, diciembre): “La prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con actividades lucrativas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, nº 405 (Centro de Estudios Financieros), pp. 32 y 47-48).

⁹⁹⁸ La posibilidad de compatibilizar las pensiones de invalidez no contributiva con el trabajo remunerado fue introducida por el art. Uno de la Ley 8/ 2005, de 6 de junio, para compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado (BOE de 7 de junio), que modificó el apartado 2 del art. 145 de la LGSS/1994. Por su parte el art. Dos introdujo un párrafo segundo en el art. 147 de la misma norma. Se flexibilizó así la penalización que suponía para los beneficiarios de las pensiones

pensionista de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez no suponga un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

De conformidad con lo establecido en el art. 2.1 del RD 1071/1984, los pensionistas de Incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta y Gran invalidez que simultaneen la percepción de su pensión con la realización de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, están obligados a comunicar tal circunstancia a la Entidad Gestora competente. En estos casos, según el segundo párrafo del art. 200.2 LGSS/2015, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución inicial o de revisión a que se hace referencia en el párrafo anterior.

Sobre la revisión de la Incapacidad permanente de los pensionistas que estén realizando un trabajo se plantean dos cuestiones principales⁹⁹⁹: una, si siempre que el pensionista trabaje el INSS debe iniciar el expediente de revisión; y otra, si el simple hecho de que el pensionista esté trabajando puede justificar que se modifique a la baja el grado de Incapacidad permanente reconocido o incluso que se declare la inexistencia de tal situación.

de invalidez no contributiva el hecho de que la realización de una actividad profesional lucrativa conlleve automáticamente la reducción de la pensión en la misma cuantía que la retribución obtenida por el trabajo realizado. Con la nueva regulación, los perceptores de estas pensiones podrían compatibilizar las mismas con los ingresos derivados del trabajo, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, hasta el límite del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). A partir de dicho límite, la pensión se reducirá en una cantidad igual al 50 por 100 de la renta percibida por encima de tal cuantía.

La regulación de esta cuestión se encuentra actualmente en el art. 366 LGSS/2015, que establece que la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirá el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo.

En el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa fueran ya perceptores de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrá ser superior, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, de la suma del indicador público de renta de efectos múltiples, excluidas las pagas extraordinarias y la pensión de invalidez no contributiva vigentes en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en la cuantía que resulte necesaria para no sobrepasar dicho límite. Ahora bien, conforme establece el art. 364.4 de la LGSS/2015 la cuantía de la pensión reconocida debe ser como mínimo equivalente al 25% de la cuantía de la pensión de invalidez no contributiva fijada, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Esta reducción por los ingresos provenientes de las rentas salariales no afectará al complemento previsto en el artículo 364.6 de la misma norma, es decir, al complemento por necesidad de concurso de tercera persona.

⁹⁹⁹ RÓMERO RÓDENAS, M.J. (2001): *Revisión del grado de incapacidad permanente: concepto, causas y plazos*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), pp. 69 y ss.

La respuesta a la primera cuestión, si se atiende a la dicción literal del art. 200.2 de la LGSS/2015 parece clara: la revisión es una potestad facultativa, ya que en este artículo y apartado se dice que la Entidad Gestora “podrá” promover la revisión y no que “deberá” hacerlo. Es, por tanto, una posibilidad, no una obligación para el INSS iniciar el procedimiento de revisión, aunque si es el interesado quien promueve la revisión la Entidad Gestora no podrá negarse por el hecho de no haber transcurrido todavía el plazo fijado en la resolución¹⁰⁰⁰.

Se establece así en el art. 200.2 de la LGSS/2015 una diferencia en cuanto a la revisión de la Incapacidad permanente de los pensionistas en función de si se encuentran trabajando o no, ya que mientras los primeros podrán acceder en cualquier momento a la revisión del grado de Incapacidad permanente que tengan reconocido, los segundos tendrán que esperar a que transcurra el plazo establecido con carácter vinculante en las resoluciones de calificación y revisión correspondientes.

Por lo que respecta a la segunda cuestión planteada, algo más compleja que la anterior, debe hacerse notar que la revisión del grado de Incapacidad permanente inicialmente reconocido por causa de la realización de una actividad laboral por el pensionista es una cuestión íntimamente relacionada con la de la compatibilidad entre pensión de Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez y trabajo, pero no es exactamente la misma¹⁰⁰¹.

La influencia de la realización de un trabajo por el pensionista, a los efectos revisorios de la Incapacidad permanente declarada, fue objeto de análisis en la STS de 23 de abril de

¹⁰⁰⁰ ROMERO RÓDENAS, M.J. (2017): “La permanente conflictividad en la revisión del grado de incapacidad permanente: la prohibición legal de revisión por haber alcanzado la edad de jubilación y la posición del TC” en VV. AA, *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*), p. 806.

¹⁰⁰¹ IGLESIAS OSORIO resume los aspectos fundamentales de esta cuestión de la forma en que sigue: a) La Entidad Gestora se reserva el derecho de comprobar hasta qué punto existe o no incompatibilidad y en qué medida la actividad desarrollada por el beneficiario implica o no un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión; b) El INSS no puede acordar la suspensión de una prestación de una Incapacidad permanente, salvo que se ampare en una disposición legal; c) con carácter general, “la revisión de incapacidades no implica una actuación modificativa del derecho reconocido” (IGLESIAS OSORIO, B. C. (2016): *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*, op. cit., pp. 289- 290).

2009¹⁰⁰², y, por lo esclarecedora que resulta la argumentación allí contenida, interesa analizarla ahora en detalle.

El supuesto allí estudiado era el siguiente: La trabajadora había sido declarada en situación de Gran invalidez derivada de accidente no laboral por resolución del INSS en el año 2001. Antes del accidente desempeñaba tareas de Técnico de selección de personal, así como tareas administrativas y comerciales. Posteriormente, desde 3 de octubre de 2006 hasta 10 de agosto de 2008 fue contratada por la empresa IKEA IBÉRICA, S.A en el departamento de Recursos Humanos como Técnico de Selección durante 25 horas a la semana, y un mes más tarde volvió a ser contratada a tiempo parcial a través de un contrato de trabajo indefinido para personas con discapacidad procedentes de enclaves laborales, con la categoría de Asistente Administrativo durante 1.106,25 horas anuales, sin que constase que hubiera cesado en dicho trabajo, el cual realizaba sin problema alguno tras la previa adaptación del entorno laboral a su capacidad física.

El INSS abrió el oportuno expediente de revisión de oficio y, pese a constatar que la situación patológica que presentaba la trabajadora en ese momento seguía siendo la misma que cuando le fue reconocido el grado de Gran invalidez¹⁰⁰³, por resolución de 26 de enero de 2001, la declaró en situación de Incapacidad permanente total para su profesión habitual de Oficial administrativo, manteniendo el derecho al complemento por necesidad de ayuda de tercera persona.

La citada resolución fue recurrida por la trabajadora ante el juzgado de lo social nº 2 de Murcia, que desestimó la demanda contra el INSS, en sentencia de 20 de noviembre de 2007. Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por la trabajadora ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que dictó sentencia con fecha de 26 de mayo de 2008 (rec. 304/2008), en la que estimaba el recurso de suplicación, revocando el pronunciamiento de instancia, al entender que, encontrándose la trabajadora en la situación reconocida inicialmente, tenía derecho a percibir la pensión desde que se produjo la revisión en los términos correspondientes, debiendo el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) estar, pasar y dar debido cumplimiento a este fallo.

¹⁰⁰² STS 3264/2009, Rec. 2512/2008 (Ponente: de CASTRO FERNÁNDEZ, L.F.). Id, CENDOJ: 28079140012009100316.

¹⁰⁰³ Sus lesiones consistían en “paraplejía secundaria a lesión medular transversa D5 postraumática (ANL) en septiembre de 2000). Vejiga e intestinos neurógenos. Precisa silla de ruedas y ayuda de tercera persona para las actividades básicas de la vida diaria.

Finalmente, el INSS formuló recurso de casación para unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria con la recurrida la STS de 13 de mayo de 1986¹⁰⁰⁴.

En su sentencia de 23 de abril de 2009, el Tribunal Supremo aclara que la resolución administrativa discutida va referida a la revisión del grado de Incapacidad permanente previamente reconocido por el hecho de realizar cometidos laborales por cuenta ajena y no expresamente a la compatibilidad entre la pensión de Incapacidad permanente y el trabajo. No obstante, la estrecha relación que existe entre ambas cuestiones se evidencia en el planteamiento de la Entidad Gestora que, por una parte, considera que la actividad prestada después del reconocimiento del grado de Gran invalidez es incompatible con la pensión- lo que daría lugar a la suspensión de esta mientras continúe realizándose el trabajo- y, por otra, sostiene que la propia prestación de servicios es causa de que tal grado sea devaluado a Incapacidad permanente total, lo que tiene por efecto suprimir definitivamente, y no ya suspender, la pensión de Gran invalidez, sin afectar, eso sí, al percibo del complemento.

Después de recordar someramente la doctrina jurisprudencial sobre la plena compatibilidad de la pensión por Incapacidad permanente absoluta/Gran invalidez con el trabajo remunerado en jornada ordinaria, iniciada por la STS de 30 de enero de 2008, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación para unificación de doctrina formulado por el INSS y confirma la sentencia dictada por el TSJ de Murcia de 26 de mayo de 2008. Lo hace argumentando que lógicamente “si la Sala rechaza que el trabajo ordinario (no marginal) para quien se encuentra en las situaciones de GI/IPA justifique por sí mismo la “suspensión” de las prestaciones a percibir por tal concepto, con mayor motivo habríamos de excluir que esa actividad laboral determine- en sí misma considerada- la “supresión”

¹⁰⁰⁴ En el supuesto analizado en la Sentencia de 13 de mayo de 1986 (Rec. 2411/1985), el trabajador había sido declarado en situación de IPA por amputación traumática de la pierna izquierda. Como consecuencia de la realización de “servicios remunerados de las mismas características que los de antes de dicha declaración”, fue declarado “no afecto (en la actualidad) de ningún grado de incapacidad permanente. Dicha decisión fue confirmada primero por la en ese momento denominada Magistratura de Trabajo y, posteriormente en la STS de 13 de mayo de 1986, argumentando que, conforme al art. 138.2 LGSS/1974, las actividades compatibles con el estado del inválido son “de carácter residual y de poca importancia que no requieran darse de alta ni cotizar por ellos a la Seguridad Social (...) y en manera alguna los que constituyan la propia profesión u oficio” previos al reconocimiento de la IPA, pues lo contrario “llevaría al absurdo...de que una misma situación fuera a su vez capacidad laboral completa y normal y de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo”.

de las pensiones por vía revisoria (ello es lo que realmente supone la decisión del INSS)”¹⁰⁰⁵.

Por otra parte, frente al argumento de la Entidad Gestora, el Tribunal Supremo sostiene en la citada Sentencia que pese al añadido del término “profesional” al final de la frase “agravación o mejoría del estado invalidante”, no puede deducirse del art. 143.2 LGSS/1994¹⁰⁰⁶ “que el trabajo del inválido (...) comporte la automática revisión a la baja de su estado”.

Asimismo, partiendo de que, al menos aparentemente, el planteamiento que está en la base de la resolución del INSS exclusivamente podría encontrar apoyo en lo establecido en el segundo párrafo del art. 143.2 LGSS/1994 (hoy, art. 200.2 LGSS/2015), que permite a la Entidad Gestora promover la revisión, de oficio o a instancia del propio interesado, con independencia de que haya transcurrido o no el plazo señalado en la resolución a que hace referencia el párrafo primero del mismo artículo y apartado, si el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, el Tribunal Supremo explica que tampoco esto justificaría la decisión administrativa, porque se estarían confundiendo dos cuestiones distintas: las causas de revisión y el plazo revisorio.

Así aclara que las causas de revisión están tasadas y son la agravación, la mejoría y el error de diagnóstico, mientras el plazo revisorio es solo uno, el que se hubiese fijado en el acto declarativo de la Incapacidad permanente, “aunque deja de operar la obligada vinculación al mismo cuando concurra error de diagnóstico, medie trabajo del declarado

¹⁰⁰⁵ Fundamento de Derecho tercero. Como subraya ROMERO RÓDENAS, dada la interpretación jurisprudencial del art. 198.2 de la LGSS/2015, conforme a la cual la compatibilidad es plena, en ningún caso se podrán suspender las pensiones de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez por el hecho de que el pensionista realice actividades lucrativas o no, pero si las realiza porque han mejorado las dolencias que motivaron la declaración del grado de Incapacidad permanente de que se trate, se podrá “plantear de oficio la revisión fundada de exclusivamente en la mejoría de las lesiones y no en la realización del trabajo”. (ROMERO RÓDENAS, M.^a J. (2017) “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. 804).

¹⁰⁰⁶ El primer párrafo del art. 143.2 LGSS/1994 fue modificado por el art. 15 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (BOE de 11 de diciembre), quedando redactado de la forma que sigue: “Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta ley, para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión”.

en situación de IP y- conforme a la Resolución de la Dirección General del INSS de 13 de mayo de 2001- la existencia de nuevas dolencias”.

En consecuencia, el Alto Tribunal argumenta que “el efecto pretendido (devaluación del grado de IP por la realización de trabajo) significaría atribuir cualidad de causa a lo que es simple excepción al plazo para llevarla a cabo. O lo que es igual, el trabajo del pensionista justifica que el INSS inicie expediente de revisión, en tanto que (existe un) razonable indicio de que el estado incapacitante ha mejorado, (...) pero en forma alguna comporta que el grado de IP reconocido haya de ser dejado sin efecto, pues esta consecuencia únicamente puede producirse si efectivamente se constata la “mejoría” que justifique tal declaración, y la misma exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva a cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias (STS 31/10/2005-rcud 3382/04), sino- sobre todo- que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada (STS 22/07/96-rcud 4088/95-)¹⁰⁰⁷. Y, precisamente por no haber cambiado la situación patológica de la trabajadora en el caso debatido desde que le fue reconocida la Gran invalidez en el año 2001, resulta inviable la revisión por mejoría del estado invalidante”.

De la doctrina contenida en la Sentencia de 23 de abril de 2009 se pueden extraer, entre otras, las siguientes conclusiones:

- 1) Del primer párrafo del art. 143.2 LGSS/1994 (hoy art. 200.2 LGSS/2015) no puede deducirse que el hecho de que el inválido realice trabajos, por cuenta ajena o propia, comporte directamente una revisión por mejoría de su estado, que conduzca al reconocimiento de un grado de Incapacidad permanente inferior al inicialmente reconocido.
- 2) En caso de que el pensionista de Incapacidad permanente esté trabajando, por cuenta propia o ajena, el párrafo segundo del art. 143.2 LGSS/1994 (hoy, párrafo segundo del art. 200.2 LGSS/2015) permite al INSS iniciar el expediente de revisión de grado de Incapacidad permanente antes de que se cumpla el plazo que

¹⁰⁰⁷ Fundamento de Derecho tercero. 3.

debe constar obligatoriamente en la resolución inicial (de calificación) o de revisión de la Incapacidad permanente. Este plazo es “vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión”, conforme establece el primer párrafo del artículo y apartado citados, aunque tal vinculación no operará en los tres casos siguientes: a) que el pensionista esté realizando un trabajo; b) que la causa de revisión sea el error de diagnóstico y c) que existan nuevas dolencias.

- 3) El hecho de que el pensionista esté trabajando puede razonablemente indicar una mejoría de su estado incapacitante, pero solo podría comportar una variación de grado “a la baja” si su situación patológica hubiera mejorado efectivamente de tal forma que tuviera una repercusión cualitativa sobre la capacidad de trabajo de la persona declarada en situación de Incapacidad permanente, suficiente como para justificar la modificación del grado reconocido¹⁰⁰⁸. Y, por tal motivo, no es posible la revisión por mejoría del estado incapacitante cuando no haya habido ninguna variación en el estado patológico del trabajador¹⁰⁰⁹.
- 4) Por último, aunque efectivamente se constatará que existe una mejoría del estado del pensionista que evidencie un cambio significativo en su capacidad de trabajo, tampoco estaría justificada la supresión de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez por vía revisoria, porque el art. 198.2 de la LGSS/2015 (antes art. 141.2 LGSS/1994) no establece ninguna incompatibilidad entre la pensión y el salario obtenido por el trabajo. La única incompatibilidad que allí se expresa es la relativa a que las actividades sean “incompatibles” en el sentido de perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado, por lo que el hecho de que el incapacitado lleve a cabo actividades

¹⁰⁰⁸ Sobre los dos requisitos exigidos en las revisiones por mejoría: que exista una real y constatada evolución favorable de las dolencias del interesado y que la nueva situación patológica sea de tal entidad que justifique la modificación del grado reconocido, véase STSJ de Canarias/Las Palmas, de 17 de abril de 1998 (Ar. 2171).

¹⁰⁰⁹ Como advierte RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, una rebaja automática del grado de Incapacidad permanente y, con ello, de la cuantía de la pensión “generaría graves desincentivos a la participación laboral, pues si esa integración laboral resulta no ser exitosa (por ejemplo, tiene lugar a través de un contrato temporal de un año que a pesar de las promesas iniciales no se renueva o no se convierte en indefinido) este individuo que habrá dado pasos en pro de integrarse laboralmente quedaría con una pensión inferior a la inicial. Si hubiera permanecido sin trabajar, habría salido ganando en términos de ingresos” (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V. (2011): “Evolución de la normativa sobre incapacidad para el trabajo en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, p. 176).

no perjudiciales, en todo caso “dará lugar, no a una incompatibilidad, sino a una revisión por mejoría o por error de diagnóstico”¹⁰¹⁰.

Si se atiende a las anteriores conclusiones y a la consideración de la Gran invalidez como un grado autónomo, y no como una situación personal del pensionista que puede coexistir con la Incapacidad permanente total o con la Incapacidad permanente absoluta¹⁰¹¹, la revisión por mejoría del estado del pensionista de Gran invalidez que realiza una actividad remunerada resultará imposible si persiste la necesidad de ayuda de tercera persona. No cabría declararle, como consecuencia de la revisión, incapacitado permanente total o incapacitado permanente absoluto con derecho al complemento por necesidad de asistencia de tercera persona por más que el importe del complemento esté, en la generalidad de los casos, desvinculado de la cuantía de la pensión, porque aquí de lo que se trata es de modificar un grado previamente reconocido y en el caso de la Gran invalidez se es o no gran inválido en función de si se necesita o no de la ayuda de tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida. No se es un incapacitado permanente total o un incapacitado permanente absoluto con una situación de dependencia personal sino un gran inválido.

Esta conclusión vendría corroborada por la doctrina jurisprudencial que sostiene que cuando el reconocimiento del grado de Gran invalidez no sea consecuencia de una calificación inicial, sino que se parta de un grado inferior de incapacidad permanente, la forma legal de la declaración es la revisión, nunca por mejoría sino por agravación o por error de diagnóstico¹⁰¹². En tales casos el cambio de grado se realizará teniendo en cuenta no la Incapacidad permanente para el trabajo, que debe presumirse existente ya que se tiene reconocido un grado inferior, sino la necesidad de asistencia de tercera persona, y ello con independencia de que el porcentaje que resulte aplicable a la base reguladora de la pensión sea del 55% o del 100%. No se trata, por tanto, de reconocer o no el derecho a una prestación económica en una cuantía mayor o menor, sino un grado nuevo de Incapacidad permanente cuya declaración lleva aparejado el reconocimiento de dos

¹⁰¹⁰ Sobre esta cuestión, véase BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, op. cit., pp.173-174.

¹⁰¹¹ Véase sobre esta cuestión RUANO ALBERTOS, resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre la consideración de la Gran invalidez como grado autónomo de la Incapacidad permanente y la posterior corroboración de tal consideración en la Ley 40/2007, que desvincula el complemento del importe de la pensión de Incapacidad permanente absoluta (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), op. cit., p.210).

¹⁰¹² SSTS de 22 de julio de 1996 (Ar. 6383) y de 20 de noviembre de 2002, Ar. 2003/1918).

prestaciones económicas que cumplen finalidades distintas y cuya cuantía con carácter general se determina de forma independiente.

Por las razones apuntadas, tal vez sería preferible en estos casos establecer con carácter general un sistema de control previo de la actividad a realizar por el pensionista de Gran invalidez similar al previsto en el art. 43 de la Orden de 15 de abril de 1969 para los que hayan sido declarados incapacitados permanentes a causa de una enfermedad profesional, en el que no basta la mera comunicación sino que se exige autorización de la Entidad Gestora, con la única finalidad de verificar si se trata de un trabajo cuya ejecución puede resultar perjudicial o inadecuada en relación con su situación de dependencia personal.

En cualquier caso, si se optase por adoptar medidas económicas tendentes a conjugar el derecho al trabajo y a la reinserción social y laboral de los pensionistas de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez con la finalidad predicable de las pensiones a que aquellos tienen derecho, sin perder de vista, por tanto, la lógica interna del sistema de la Seguridad Social ni tampoco sus disponibilidades financieras, los reajustes no deberían afectar al importe del complemento de la pensión por Gran invalidez, que debería conservarse inalterado durante el tiempo que durase la prestación de servicios. Por lo que respecta a las pensiones no sería aconsejable en modo alguno su supresión sin más por el hecho de que el beneficiario trabaje, ni siquiera la suspensión de su percibo durante el tiempo en que realice actividades compatibles, pero tampoco lo sería permitir indefinidamente que los pensionistas que realizaran una jornada a tiempo completo puedan percibir simultáneamente dos rentas, una la salarial y la otra, la derivada de la pensión, que, al menos en teoría, debe sustituir la falta de aquella¹⁰¹³. Por tal motivo,

¹⁰¹³ Para ARRIETA IDIAKEZ el régimen de compatibilidad de las prestaciones de Incapacidad permanente con la percepción de rentas de trabajo requiere una reforma que permita “ajustarse al principio de suficiencia de las prestaciones del sistema de Seguridad Social y coadyuvar así a la sostenibilidad de dicho Sistema, sin que quepa incurrir ni en excesos, ni en insuficiencias” y aboga por variar la cuantía de las pensiones de Incapacidad permanente “en función de los salarios percibidos en el nuevo puesto de trabajo que resulte compatible con aquellas situaciones” (ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (2017): “La compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente con la percepción de otros ingresos retributivos o derivados de otras prestaciones”. en VV. AA *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), p. 686). DE VAL TENA se muestra disconforme con la postura favorable a la compatibilidad, pues entiende que: “La coherencia jurídica no avala que el incapacitado obtenga ingresos simultáneos por causas contradictorias que se niegan entre sí: pensión, porque no puede desarrollar un trabajo productivo, y salario, porque sí puede hacerlo” (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), op. cit., p. 712, citando a GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2010): “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis

pasado un tiempo prudencial que permita comprobar que efectivamente las actividades realizadas a tiempo completo por el beneficiario de las pensiones son compatibles con su estado de salud, y que por tanto va a poder seguir llevándolas a cabo, podría recalcularse el importe de la pensión a percibir mientras dure la prestación de servicios, garantizando en todo caso, la aplicación de un porcentaje del 55% a la base reguladora, el mismo que se establece para el cálculo de la pensión de Incapacidad permanente total. Por el contrario, esta reducción de la cuantía de la pensión no debería practicarse en aquellos casos en que el pensionista de Incapacidad permanente realice trabajos a tiempo parcial por los que perciba ingresos retributivos de escasa cuantía y mucho menos aún si revisten carácter marginal, en atención a la jornada o a la retribución percibida, pues la disminución del importe de la pensión en tales casos probablemente actuaría como un repelente de la tan necesaria reinserción en el mercado de trabajo de un colectivo que de por sí tiene sobradas dificultades para ello.

Por otra parte, la regla de plena compatibilidad entre trabajo y pensión de Incapacidad permanente absoluta/ Gran invalidez está sujeta a un límite temporal: el cumplimiento por el beneficiario de la edad de acceso a la pensión de jubilación. A partir de ese momento, conforme establece el art. 198.3 LGSS/2015, el disfrute de la pensión de Incapacidad permanente absoluta y de Gran invalidez “será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el artículo 213.1”¹⁰¹⁴.

El art. 3. Tres de la Ley 27/2011 añadió un apartado 3 al art. 141 de la LGSS/1994 (actual art. 198.3 LGSS/2015), que establecía la incompatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez con el trabajo después de la edad ordinaria de jubilación, al considerar que “la compatibilidad es una buena medida para favorecer la reinserción de los beneficiarios en el mundo laboral, pero pierde su sentido después del

entre calificaciones contradictorias”, en *La Seguridad Social en continuo cambio, Un análisis jurisprudencial* (Coords: AGUSTÍ JULIÁ, J. y FARGAS FERNÁNDEZ, J.), Albacete (Ed. Bomarzo), p. 193).

¹⁰¹⁴ Como dice RODRÍGUEZ INIESTA, el problema consiste en determinar el alcance de esa asimilación entre el régimen de compatibilidades con el trabajo previsto para el incapacitado permanente absoluto/gran inválido después del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y el establecido para pensionista de jubilación (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. 491).

cumplimiento de la edad de jubilación, siguiendo al efecto la recomendación 18ª de la nueva reformulación del Pacto de Toledo”¹⁰¹⁵.

De lo preceptuado en los arts. 198.3 y 213.1 de la LGSS/2015 puede deducirse que una vez el pensionista de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez cumpla la edad ordinaria de jubilación, la regla general va a ser la de incompatibilidad entre trabajo y percibo de las pensiones de Incapacidad permanente absoluta/ Gran invalidez. A estos efectos, debe recordarse que la edad de jubilación a que hace referencia el art. 205.1, letra a) de la LGSS/2015 se encuentra sometida a un periodo de aplicación paulatina conforme a lo dispuesto en la Disposición transitoria séptima de la misma norma¹⁰¹⁶.

Por el contrario, la incompatibilidad con el trabajo no afecta a la pensión de Incapacidad permanente total, por lo que el pensionista que haya cumplido la edad ordinaria de jubilación podrá seguir compatibilizando el trabajo con la pensión, siempre que no se trate de aquél que motivó la declaración de tal grado. Esta regla de compatibilidad entre trabajo y percibo de la pensión no se aplicaría a la persona declarada en situación de Gran invalidez que solo esté incapacitado para su profesión habitual porque, una vez más, la norma ignora esta posibilidad y determina que las reglas de compatibilidad con el trabajo de la pensión de Gran invalidez sean las mismas que las previstas para la pensión de Incapacidad permanente absoluta, con independencia de que el pensionista esté incapacitado solo para su profesión habitual o para todo tipo de trabajo.

El art. 213.1 de la LGSS/2015 establece que el disfrute de la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo del pensionista.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 2 del art. 16 de la Orden de 18 de enero de 1967¹⁰¹⁷, el gran inválido, y también el Incapacitado permanente absoluto, que antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación viniera compatibilizando la pensión con un trabajo o que después de cumplir dicha edad iniciara una actividad por cuenta ajena o propia, viene obligado a comunicar al INSS tal situación, para que, tal como ocurre en el caso de la pensión de jubilación, la Entidad Gestora proceda a

¹⁰¹⁵ Preámbulo de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto).

¹⁰¹⁶ En 2020, esta edad será de 65 años para quienes acrediten haber cotizado 37 años o más y de 65 años y 10 meses para los que hayan cotizado menos de 37 años.

¹⁰¹⁷ Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social (BOE de 26 de enero).

suspender el abono de Incapacidad permanente durante el tiempo que se realice la actividad laboral y, una vez finalizado el trabajo, reanude el pago de la prestación¹⁰¹⁸.

No obstante, la regla general de incompatibilidad entre trabajo y pensión de jubilación y, correlativamente, entre trabajo y pensiones de Gran invalidez/Incapacidad permanente absoluta una vez que el pensionista haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, admite salvedades, tal como indica el propio art. 213.1 de la LGSS/2015¹⁰¹⁹.

La primera excepción consiste en la posibilidad de que las personas que estuvieran jubiladas a tiempo completo puedan compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial. Durante dicha situación, la pensión se reducirá en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación con la un trabajador a tiempo completo comparable¹⁰²⁰. Análogamente, los pensionistas de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez que hubieran alcanzado la edad ordinaria de jubilación podrían volver a trabajar en régimen de jornada a tiempo parcial y percibir la pensión minorada en los términos antes descritos mientras durara esta prestación de servicios. De esta forma, mientras se realizara el trabajo compatible, la pensión de Gran invalidez se vería reducida, pero no así la cuantía del complemento que se estuviese percibiendo con anterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

En segundo lugar, según el art. 215.1 de la LGSS/2015, los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación podrán compatibilizar su pensión de jubilación reducida con el trabajo a tiempo parcial. En estos casos, la jornada de trabajo deberá reducirse entre un mínimo del 25 por ciento y un máximo del 50 por ciento, entendiéndose referidos tales porcentajes a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Análogamente, se entiende que el pensionista de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez

¹⁰¹⁸ Véase GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A, R.), op.cit., p. 959). El autor resalta que la equiparación del régimen de compatibilidades e incompatibilidades de la pensión de Incapacidad permanente absoluta y Gran invalidez con el de la pensión de jubilación es coherente con lo preceptuado en el art. 200.4 de la LGSS/2015.

¹⁰¹⁹ Sobre esta cuestión FERNÁNDEZ ORRICO entiende que la “compatibilidad” con el trabajo que se permite legalmente en los casos de la jubilación flexible, la jubilación parcial o la “jubilación activa” no es propiamente una compatibilidad, sino una forma de “completar o de compartir la pensión y el trabajo” (FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2016): “Pensión de jubilación pura” en VV. AA, *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo* (Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Navarra (Ed. Aranzadi), p. 343).

¹⁰²⁰ Segundo párrafo del art. 213.1 de la LGSS/2015.

que estuviera compatibilizando el percibo de su pensión con un trabajo a tiempo completo, una vez que cumpla la edad ordinaria de jubilación y reúna el resto de los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva, podría seguir trabajando a tiempo parcial, siempre que su jornada de trabajo se redujera en un porcentaje entre el mínimo y el máximo antes referidos.

La última excepción, por lo que a los trabajadores por cuenta ajena respecta, es la prevista en el art. 214.1 de la LGSS/2015, que permite compatibilizar el disfrute de la pensión de jubilación con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia del pensionista, incluso a tiempo completo, bajo las siguientes condiciones¹⁰²¹:

a) El acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación que en cada caso resulte aplicable conforme a lo establecido en el artículo 205.1.a) de la LGSS/2015. A tales efectos, no serán admisibles jubilaciones acogidas a bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

b) El porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión causada ha de alcanzar el 100%. Este porcentaje durante los años 2020 a 2022 se alcanza a partir de 432 meses cotizados.

c) El trabajo compatible podrá realizarse tanto a tiempo completo como a tiempo parcial.

Cualquiera que sea la jornada laboral o la actividad que realice el pensionista, la cuantía de la pensión de jubilación compatible con el trabajo será equivalente al 50 por ciento del importe resultante de su determinación inicial, una vez aplicado, si procede, el límite máximo de pensión pública, o del que se esté percibiendo, en el momento de inicio de la compatibilidad con el trabajo, excluido, en todo caso, el complemento por mínimos. Además, durante el periodo en que se compatibilice el percibo de la pensión con el trabajo, a tiempo completo o a tiempo parcial, no se tendrá derecho a los complementos establecidos para pensiones inferiores a la mínima.

¹⁰²¹ Las previsiones del artículo 214 de la LGSS/2015, sobre pensión de jubilación y envejecimiento activo, no se aplicarán “en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo o alto cargo en el sector público, delimitado en el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que será incompatible con la percepción de la pensión de jubilación” (segundo párrafo del art. 214.7 de la LGSS/2015).

La pensión se revalorizará en su integridad en los términos establecidos para las pensiones del sistema de la Seguridad Social. No obstante, en tanto se mantenga el trabajo compatible, el importe de la pensión más las revalorizaciones acumuladas se reducirá en un 50 por ciento¹⁰²².

Una vez finalice la relación laboral por cuenta ajena, se restablecerá el percibo íntegro de la pensión de jubilación.

La aplicación de estas previsiones a los pensionistas de Incapacidad permanente absoluta que ya hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación no plantea problemas, pues la pensión de Incapacidad permanente correspondiente a tal grado se calcula siempre aplicando un porcentaje del 100% a la base reguladora correspondiente. Sin embargo, la pensión de los beneficiarios de Gran invalidez que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación pero que solo estén incapacitados para la realización de su profesión habitual, y no toda profesión u oficio, no consistiría en una cuantía equivalente al 100% de la base reguladora sino al 55% de aquella. Este hecho, a la vista de las condiciones que exige el art. 214 de la LGSS/2015, impediría al pensionista de Gran invalidez que se encontrara en tal situación compatibilizar el percibo de su pensión con un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial porque no se admite la reducción de la pensión que percibe a la mitad, salvo si su cuantía equivale al 100% de la base reguladora, y este no sería el caso.

De esta forma, la regulación legal de la compatibilidad entre pensión de Gran invalidez y trabajo, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, puede conducir a situaciones absurdas, que hacen de mejor condición al gran inválido que estuviera incapacitado para todo tipo de trabajo en comparación con aquel que solo lo estuviera para la realización de su profesión habitual. El primero, si reuniese los requisitos exigidos en el art, 214 de la LGSS/2015, podría trabajar incluso a tiempo completo, percibiendo la totalidad del salario correspondiente a esta actividad laboral, y además el 50% de la pensión; mientras que el segundo solo podría realizar un trabajo a tiempo parcial, en los términos previstos en los arts. 213.1 y 215.1 de la LGSS/2015, antes descritos, y siempre con suspensión del percibo de la pensión de Gran invalidez durante el tiempo en que prestara estos servicios.

¹⁰²² Art. 214.2 de la LGSS/2015.

Ambos, podrían conservar el percibo íntegro del complemento por Gran invalidez al que tenía derecho antes de cumplir la edad de jubilación.

Esta gravosa consecuencia deriva de la siguiente circunstancia: la regulación legal de la compatibilidad entre trabajo y pensión de Gran invalidez parece seguir dando por descontado que el gran inválido es siempre, además, una persona incapacitada para todo tipo de profesión u oficio y no sólo para su profesión habitual, aunque este último no sea un supuesto frecuente. De tenerse en cuenta esta última posibilidad, el pensionista por Gran invalidez, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, podría compatibilizar sin cortapisas el trabajo con el percibo íntegro de su pensión.

Ahora bien, todo lo referido anteriormente solo tiene sentido si se interpreta que la posibilidad prevista en el art. 214 de la LGSS/2015 es aplicable a las personas que cumplan la edad ordinaria de jubilación correspondiente en su caso, siendo ya beneficiarios de la pensión de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez derivada de enfermedad común o de accidente no laboral, porque si se interpreta de forma literal lo preceptuado en el art. 214.1, letra a) de la LGSS/2015, que establece que el “acceso a la pensión deberá haber tenido lugar una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación que en cada caso resulte aplicable conforme a lo establecido en el artículo 205.1.a) de la LGSS/2015”, las previsiones del art. 214 de la misma norma no resultarían aplicables a los potenciales beneficiarios de pensiones de Incapacidad permanente absoluta o de Gran invalidez derivadas de contingencias comunes porque se quedarían en eso, en potenciales, ya que tales grados no pueden ser reconocidos cuando se ha cumplido la edad ordinaria de jubilación correspondiente y se cumplan los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva, tal como dispone el segundo párrafo del art. 195.1 de la LGSS/2015. Ahora bien, estas personas, que se verían compelidas a pasar a ser pensionistas de jubilación, podrían beneficiarse de la posibilidad de compatibilizar el trabajo, incluso a tiempo completo, y el salario correspondiente a este, con el percibo de la pensión de jubilación reducida en un 50%, en atención a su nueva condición de pensionistas de jubilación.

Por supuesto, quedarían excluidos de tal posibilidad, por resultar imposible el cumplimiento de la condición que requiere el art. 214.1, letra b) de la LGSS/2015, los que pese a haber cumplido la edad ordinaria de jubilación no reuniesen el requisito de cotización exigido para poder acceder a la pensión contributiva de jubilación, ya que en

este caso aunque se les podría reconocer el derecho a la pensión de Incapacidad permanente absoluta o a la de Gran invalidez, se aplicaría un porcentaje del 50% a la base reguladora correspondiente para calcular la cuantía de la pensión, con independencia del grado de Incapacidad permanente declarado.

Hechas las anteriores consideraciones, lo cierto es que parece que el régimen de compatibilidad entre pensión de jubilación y trabajo que prevé el RD- Ley 5/2013 no está pensado para ser aplicado a los pensionistas de Incapacidad permanente o de Gran invalidez¹⁰²³, por lo que estos verían vedada la posibilidad de realizar un trabajo a tiempo completo una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación que en cada momento corresponda.

En cualquier caso, en los supuestos de compatibilidad una vez cumplida la edad de jubilación no se podrá generar derecho a las prestaciones derivadas de Incapacidad permanente¹⁰²⁴.

Por último, de conformidad con lo establecido en el art. 213.4 de la LGSS/2015, el percibo de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia, siempre que los ingresos anuales totales no superen el salario mínimo interprofesional, en cómputo anual¹⁰²⁵. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social y, como contrapartida, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social.

¹⁰²³ Así lo afirma TEJERINA ALONSO, J.I. (2014): Las últimas reformas en materia de prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social (de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, al RD -Ley 5/2013, de 15 de marzo), op. cit., p.85).

¹⁰²⁴ Véase ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2017):” La incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento. Ponencia, XIV Congreso de la Asociación Española de Saludo y Seguridad Social “en VV. AA, *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*), p. 358).

¹⁰²⁵ El RD 231/2020, de 4 de febrero (BOE de 5 de febrero) ha fijado el salario mínimo interprofesional en cómputo anual, para 2020, en 13.300 euros.

Sobre jubilación compatible con trabajos marginales por cuenta ajena, véase BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. (2015): *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Barcelona (*Ed. Atelier*), p. 313. También sobre esta cuestión LÓPEZ ANIORTE, M.C; ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M Y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M. (2017): “Incapacidad permanente absoluta y trabajo por cuenta propia” 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*), pp.469-477).

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.

PRIMERA.: Del análisis de la evolución histórica de la protección por Incapacidad permanente se desprende que la protección de la Gran invalidez no existió como tal hasta 1963. No obstante, conviene recordar que, 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”. 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 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 1943, 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 1945, 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 1956, 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.

El análisis de la evolución histórica también ha revelado que, 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 1963 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 omisión la norma pretendiera dotarle de autonomía, al exigirse que los auxilios de otra persona fuesen continuados.

SEGUNDA.: 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.

Y 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”.

TERCERA: 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 la actual LGSS de 2015 que, al igual que hizo la 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.

Prueba de que la Gran invalidez sigue siendo en la LGSS/2015 el más grave de los grados de la Incapacidad permanente es no solo el hecho de que se cita en último lugar dentro de la clasificación de la Incapacidad permanente, sino también que el adjetivo “Gran” que precede al término “invalidez” indica que es el primero en una jerarquía. Esta consideración también queda patente en la regulación de la compatibilidad entre trabajo

y pensión, que es conjunta para la Incapacidad permanente absoluta y para la Gran invalidez, sin tener en cuenta que esta última situación no implica necesariamente una anulación de la capacidad de trabajo; o en que, como ha confirmado la jurisprudencia, salvo que se acceda a él directamente en una primera calificación, solo podrá ser declarado tras una revisión motivada por la agravación de un grado inferior preexistente o por error de diagnóstico, nunca por mejoría.

Pero también hay muestras en la normativa y en la jurisprudencia de que funciona como 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 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, 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 o que pudiera seguir percibiéndose pese a la suspensión de la prestación económica principal por la Entidad Gestora en caso de la realización de actividad incompatible.

Estas incoherencias en la ordenación de la materia no son una cuestión trivial, porque establecen diferencias en la protección de los que son grandes inválidos pero solo están incapacitados para su trabajo habitual y aquellos que lo son estando incapacitados para todo trabajo, especialmente en relación con el porcentaje a aplicar a la base reguladora para calcular la pensión y en materia de compatibilidad entre pensión y trabajo compatible. Estos contrastes entre la protección otorgada a unos y otros, siendo como son todos grandes inválidos, tendrían justificación si la Gran invalidez se hubiera configurado como un complemento prestacional de las pensiones básicas y no como un grado autónomo. Evidentemente también podría haberse evitado esta protección de primera o segunda categoría si la Gran invalidez hubiera seguido siendo legamente el grado más grave de la Incapacidad permanente a todos los efectos, y no solo a algunos como ahora, pero en este último caso los que tuvieran reconocida una Incapacidad permanente total no podrían acceder a la protección que otorga el complemento, lo que no resulta deseable.

CUARTA: 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 2015.

- Si el complemento de la pensión tiene por finalidad remunerar a la persona que atiende al Gran inválido resulta irracional hacer depender la cuantía del complemento de la pensión, 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 este cuando su reconocimiento tiene 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

QUINTA: 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 establece 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.

SEXTA: 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, 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 presta la asistencia al gran inválido con la intensidad requerida, a través de un adecuado sistema de control.

En cualquier caso, para calcular el importe de esa nueva prestación económica que recibiría el cuidador directamente o del complemento que seguiría percibiendo el gran inválido, podría procederse de acuerdo con lo indicado en la conclusión anterior.

SÉPTIMA: Toda persona que tenga reconocida la situación de Gran invalidez se considera legalmente una persona dependiente y una persona con discapacidad, aunque la calificación automática de estas condiciones solo alcanza al grado o porcentaje mínimo. 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) a las personas que tengan reconocido el complemento de Gran invalidez, para lo que el beneficiario deberá someterse a la valoración de su dependencia conforme al baremo correspondiente. Lo mismo deberá hacer el interesado para el reconocimiento de un porcentaje de discapacidad superior al del 33%, 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 ciertas ayudas previstas solo para personas con un porcentaje elevado de discapacidad.

Hecha esta consideración, 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.

Igualmente, los grandes inválidos por su condición de personas con discapacidad podrán beneficiarse de ayudas estatales y/o autonómicas o locales, que en general dependen del mayor o menor porcentaje de discapacidad reconocido. La Tarjeta Social Universal (TSU) se revela como un instrumento particularmente útil para que no solo los grandes inválidos, sino también los ciudadanos en general puedan conocer las prestaciones a que tiene derecho con independencia de cuál sea la Administración pública que gestione las ayudas.

OCTAVA: La LISMI abrió la puerta a la posibilidad de que el gran inválido pudiera trabajar, al reconocerle una capacidad residual de trabajo que hasta entonces no se le suponía legalmente. Sin embargo, pese a la reforma, el régimen jurídico aplicable a la compatibilidad entre trabajo y pensión siguió y sigue siendo actualmente el mismo que se establece para la Incapacidad permanente absoluta.

A efectos prácticos en la actualidad este hecho no tiene importancia, dada la adopción por la jurisprudencia del criterio de la plena compatibilidad entre pensión y trabajo antes del cumplimiento por el beneficiario de la edad ordinaria de jubilación correspondiente. Pero sí la tuvo cuando antes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2008, la doctrina jurisprudencial mayoritaria solo admitía como actividades laborables compatibles las marginales o intrascendentes, en atención a la jornada de trabajo o a la retribución. Esta circunstancia hacía que a los que fueran grandes inválidos pero no estuvieran inhabilitados para llevar a cabo toda profesión u oficio, sino solo su profesión habitual, en vez de aplicárseles las reglas de compatibilidad correspondientes a la

Incapacidad permanente total se les aplicaran las propias de la Incapacidad permanente absoluta, lo que no era aceptable porque incluía la posibilidad de proceder a la suspensión del pago de la pensión en caso de que el INSS entendiera que la actividad realizada no podía considerarse incluida dentro de las compatibles.

Para favorecer la inserción social y laboral de las personas con discapacidad y garantizar su derecho al trabajo no resulta aconsejable optar por la incompatibilidad absoluta entre pensión y trabajo, pero tampoco tiene sentido desde la lógica inherente a la acción protectora del sistema de la Seguridad Social que se permita sin cortapisas, como ocurre actualmente, compatibilizar por tiempo indefinido el percibo de una pensión de cuantía elevada con la realización de un trabajo a tiempo completo, normalmente mediante el teletrabajo, por el que puede recibirse un salario también alto. Y ello porque la prestación pública se concede precisamente para paliar la situación de necesidad que ocasiona la pérdida permanente de las rentas de trabajo debido a la imposibilidad de trabajar. Por eso sería aconsejable adoptar alguna medida tendente a reducir el importe de la pensión mientras la prestación de servicios a jornada completa tenga lugar, como recalcularla aplicando a la base reguladora el porcentaje correspondiente a la Incapacidad permanente total, siempre garantizando que el beneficiario pueda recuperar la cuantía de la pensión percibida anteriormente en caso de que cese en el trabajo o incluso poder optar por una nueva de mayor cuantía calculada teniendo en cuenta las nuevas cotizaciones.

No parece recomendable suspender el percibo de la pensión por el hecho de realizar un trabajo por cuenta ajena por el efecto desmotivador que podría tener para el gran inválido que quiera reinsertarse en el mercado de trabajo arriesgarse a perder, siquiera temporalmente, lo que tiene asegurado.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1991): *Compendio de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Tecnos, 4ª edición).

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).

ALBERT EMBUENA, V.L. (2017): *La incapacidad permanente contributiva (Aspectos sustantivos y procesales)*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch).

ALMANSA PASTOR, J.M. (1973): *Derecho de la Seguridad Social*, Madrid (Editorial Tecnos, 1ª edición).

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).

ALONSO OLEA, M. (1963) *Sobre los principios cardinales del proyecto de Ley de Bases de Seguridad Social*, Barcelona (Editorial Ariel).

ALONSO OLEA, M. (1973) *Instituciones de Seguridad Social*, Apéndice (comentario a la Ley 24/1972, de 21 de junio), Madrid (Ed. I.E.P).

ALONSO OLEA, M. (1974): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas, 5ª edición).

ALONSO OLEA, M. (1985): *Instituciones de seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas).

ALONSO OLEA, M., y TORTUERO PLAZA, J.L. (1990): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas, 12ª edición).

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA J.L. (2002): *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Civitas, 18ª edición).

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).

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).

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C y ALONSO RUSSI, E. (2010):” Prestaciones de Seguridad Social. Algunas notas sobre la compatibilidad de la pensión de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2009)”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, nº 106.

ALVAREZ DE LA ROSA J.M. (1982): *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Madrid (Editorial Civitas).

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), Granada (Ed. Comares).

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (2017):” La incapacidad permanente: configuración general, acceso y mantenimiento. Ponencia, XIV Congreso de la Asociación Española de Saludo y Seguridad Social “en VV. AA, *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*).

ÁLVAREZ DE MIRANDA, F. (1963): “Enfermedad profesional. Sentencia del TS de 22 de marzo de 1962”, *RISS*, núm. 62.

ALZAGA RUIZ, I. (2008): “La reforma de la pensión de Incapacidad permanente” en. VV. AA. *La Reforma de la Seguridad Social de 2007-2008* (Dir. SEMPERE NAVARRO, A.V.; Coord. ARETA MARTÍNEZ, M.), Navarra (Ed. Aranzadi, primera edición).

ARAGÓN GÓMEZ, C. (2013): “La compatibilidad entre el trabajo y la pensión de incapacidad permanente” en AA. VV. *La compatibilidad de las prestaciones de sistema de Seguridad Social y el trabajo* (director MERCADER UGUINA), Valladolid (Editorial Lex Nova y Thomson Reuters).

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, T. (2018): “Endometriosis e incapacidad permanente en perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 422 (Centro de Estudios Financieros).

- 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).
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V. (2015): *Accidentes Laborales de Tráfico*, Navarra (Ed. Aranzadi, 3ª edición).
- ARRIETA IDIAKEZ, F.J. (2017): “La compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente con la percepción de otros ingresos retributivos o derivados de otras prestaciones”. en VV. AA *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).
- AZNAR LÓPEZ, M. (1996): “De la gran invalidez a la protección de la dependencia”, *Revista Española del Daño Corporal*, núm. 4.
- 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.
- BARBA MORA, A. (2001): *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi).
- BARBA MORA, A. (2012): *Incapacidades laborales y Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi, 2ª edición).
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J. (2015): *El retraso en la edad de jubilación. Regulación y políticas para la prolongación de la actividad laboral*, Barcelona (Ed. Atelier).
- 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).
- BENITO BENÍTEZ, M.^a. A. (2019): *El impacto de género en el sistema de pensiones*, Albacete (Ed. Bomarzo).
- BLASCO LAHOZ, J.F., (1992): *La protección asistencial en la Seguridad Social: la ley de prestaciones no contributivas*, Valencia (Tirant lo Blanch).
- BLASCO LAHOZ, J.F. (1999): *Comentarios a la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social*, Valencia (Edit. Tirant lo Blanch).

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).

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.

BLASCO LAHOZ, JF. (2019): *Las contingencias profesionales de la Seguridad Social. Un estudio sistemático del accidente de trabajo y la enfermedad profesional (trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos)*, Valencia (Tirant lo Blanch).

BORRAJO DACRUZ, E. (1962): *Estudios jurídicos de previsión social*, Madrid (Ed. Aguilar).

BORRAJO DACRUZ, E. (1970), en “Los principios de la Seguridad Social y sus realizaciones en el sistema español vigente, en *RISS*, núm. 2.

BRUNA REVERTER, J. (2012): *La incapacidad laboral. Problemática legal, jurisprudencial y médica*, Granada (Editorial Comares).

CALABUIG BENEYTO, D. (2011): *La reforma de la jubilación y de otras prestaciones: análisis práctico y comentarios de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social* (Ed. La Ley, CISS).

CÁMARA BOTÍA, A. (2004): “Sobre la constitucionalidad del artículo 143.2 LGSS: revisión del grado de incapacidad permanente, edad de jubilación y gran invalidez” en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, t. XXI, Madrid (Ed. Civitas).

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*.

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.

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).

- CEREJIDO BARBA, R. (2017): *123 preguntas sobre discapacidad y empleo*, Albacete (Ed. Bomarzo).
- CID BABARRO, C. (2017): “Determinación de una Incapacidad”. VV.AA. *Incapacidad Permanente. Gestión Práctica y Trámite Judicial* (Dir. CID BABARRO, C.), Navarra (Ed. Aranzadi).
- 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*, nº 3.
- DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A. (1977): *Manual de Seguridad Social*, (editorial Aranzadi, 1ª edición).
- DE LA VILLA GIL, L.E y DESDENTADO BONETE, A. (1979): *Manual de Seguridad Social*, (editorial Aranzadi, 2ª edición).
- 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).
- DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2016): *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Madrid (Ed. Centro de Estudios Financieros (CEF)).
- DE VAL TENA, A.L. (2017): “Incapacidad permanente. Concepto, grado y requisitos”. VV.AA. *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).
- 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).
- DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J.A., y CAMPOS ALONSO, M.A. (1973): “Anotaciones a la Ley de 21 de junio de 1972 de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social”, en *Cuestiones de enjuiciamiento de derecho de trabajo y de seguridad social*, Madrid (Ed. Ministerio de Trabajo).
- DEL VALLE VILLAR, J. M. (2014) “Los orígenes de la protección en caso de accidente de trabajo: la Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900”. En: *Eduardo Dato Iradier: presidente del Consejo de Ministros de España 1913: "La reforma social"*. Alfonso M. García-Moncó Martínez, José Manuel del Valle Villar (coord.).

DESDENTADO BONETE, A. (1998): “La reforma de las pensiones de la Seguridad Social en 1997: un panorama general”. AAVV. *La reforma laboral y de la Seguridad Social de 1997*, Cuadernos de Derecho Judicial (Dir. MARTÍN VALVERDE, A.), Madrid (Consejo General del Poder Judicial).

DESDENTADO BONETE, A. (2004): “El hecho causante en la protección de la incapacidad permanente”. VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica* (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), Cuadernos de Derecho Judicial VII, Madrid (Consejo General del Poder Judicial).

DESDENTADO BONETE, A. y MURILLO GARCÍA, C. (2009): Los Problemas Generales de la Acción Protectora de la Seguridad Social en la Unificación de Doctrina, Navarra (Ed. Aranzadi).

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.

DOMINGO MONFORTE, J. y BERMEJO FERRER, Y. (2005): “Tratamiento jurídico forense de los efectos invalidantes de la fibromialgia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 667.

DUEÑAS HERRERO, L.J. (2016): *La acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social*, Navarra (Editorial Aranzadi, 2ª edición).

ESPAÑA MARTÍ, M.M. (2004): “La protección y atención socio-sanitaria de los enfermos mentales: carencias actuales”, *Derecho y Salud*, vol. 12, nº 2.

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), Madrid (CGPJ).

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> (BIB 2001, 725).

FERNÁNDEZ DOMINGUEZ, J.J. (2000): “Reflexiones sobre la reforma de la incapacidad permanente”, *Tribuna Social*, núm. 115.

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. 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).

FERNÁNDEZ – LOMANA GARCÍA, M. (2013): “Compatibilidad trabajo-pensión de incapacidad: evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad Laboral*, nº 2.

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).

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2016): “Pensión de jubilación pura” en VV. AA, *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo* (Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), Navarra (Ed. Aranzadi).

FERNÁNDEZ PRATS, C. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A. R.), Navarra (Editorial Aranzadi Lex Nova, 2ª edición).

FERRANDO GARCÍA, F.M (2014): “La enfermedad profesional como contingencia desencadenante de la incapacidad permanente”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 161, pp. 81 y ss.

GÁRATE CASTRO, J. (1979): “La ceguera como lesión constitutiva de gran invalidez”, *Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad*, nº 4.

GALA DURÁN, C. (2013): “La compatibilidad entre el trabajo y la percepción de las pensiones por incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez tras la Ley 27/2011, *Revista Temas Laborales*, núm. 122.

GALA DURÁN, C. (2016): “La compatibilidad de la incapacidad permanente y la jubilación con la actividad productiva”, en AAVV, *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo (Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria* (CALVO GALLEGOS, J y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F. directores, y ALVAREZ CORTES, J.C., coordinador), Valencia (Ed. Tirant Humanidades).

GÁRATE CASTRO, J. (1997): “Algunas coordenadas de la proyectada reforma de la protección por jubilación e invalidez permanente”, *Tribuna Social*, nº 78.

- 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).
- 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)*, Granada (Ed. Comares).
- GARCÍA GÓNZALEZ, G. (2016): “La hipersensibilidad electromagnética como causa de incapacidad permanente: algunas reflexiones clínicas”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* (Ed. Aranzadi).
- 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*, núm.5.
- GARCÍA NINET, J.I. (1991): “La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos”, *Tribuna Social*, nº 10.
- GARCÍA NINET, J.I. (2000): “Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez”, *Tribuna Social*, núm.114.
- GARCÍA NINET, J.I., (2000): “Sobre la integración de lagunas a efectos del cálculo de la base reguladora de las prestaciones por Incapacidad Permanente total derivada de enfermedad común habiendo pasado por la situación de Invalidez Provisional o sobre la aplicación de la doctrina del paréntesis. Consideraciones al hilo de la S.T.S (Social), Sala General de 7 de febrero de 2000”, *Tribuna Social*, núm.115.
- 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).
- GARCÍA NINET, J. I. (2004). *Código de Seguridad Social* (Dir. GARCÍA NINET, J. I), Navarra (Ed. Civitas).
- GARCÍA NINET, J.I. (2006): “Acerca de lo que pretende el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, *Tribuna Social*, nº 188-189.

GARCÍA NINET, J.I. (2006): “Comentarios breves al “Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social”, *Iustel, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 12.

GARCÍA NINET, J.I. (2019): *Manual básico de Seguridad Social* (directores: GARCÍA NINET, J.I.; VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA VIÑA, J.), Barcelona (Ed. Atelier, 2ª edición).

GARCÍA QUIÑONES, J.C. (2010): “La compatibilidad de la prestación de gran invalidez con el trabajo por cuenta ajena en jornada ordinaria (Comentario a la STS de 14 de octubre de 2009)”, *Relaciones Laborales*, nº 1.

GARCÍA PAREDES, M.L. (2008): “Gran invalidez: compatibilidad con actividad laboral a tiempo completo. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 30 de enero de 2008”, *Actualidad Laboral*, núm.17.

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*, nº 206.

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).

GARCÍA VIÑA, J. (2017): “La pensión de gran invalidez” en *Trabajo y Derecho*, nº 27.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A. (2008): “La incapacidad permanente y su relación con otras prestaciones: incapacidad temporal, desempleo, jubilación”. VV.AA. *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su Régimen Jurídico* (director: MONEREO PÉREZ, J.L), Granada (Colección: comentarios a la legislación laboral).

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).

GONZÁLEZ DE LA ALEJA GONZÁLEZ DE LA ALEJA (2014): *La invalidez no contributiva. Un estudio jurídico actualizado tras las últimas reformas legales*, Albacete (Ed. Bomarzo).

GONZÁLEZ GOYANES, D. (1994) *Diccionario de Invalidez Provisional y Permanente*, Barcelona (PPU).

- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2010): “Capacidad laboral de los incapaces: la prestación de incapacidad permanente como intento de síntesis entre calificaciones contradictorias”, en *La Seguridad Social en continuo cambio, Un análisis jurisprudencial* (Coords: AGUSTÍ JULIÁ, J. y FARGAS FERNÁNDEZ, J.), Albacete (Ed. Bomarzo).
- GINÈS I FABRELLAS, A. (2012): Prestaciones de Seguridad Social por contingencias profesionales, Albacete (Ed. Bomarzo).
- 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).
- 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).
- GOERLICH PESET, J.M. (2016): *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. VV. AA (directores: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, J.R. y TRILLO GARCÍA, A, R.), Navarra (Editorial Aranzadi Lex Nova, 2ª edición).
- 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.
- 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).
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): “La protección social de las situaciones de dependencia”, *Relaciones Laborales*, nº 2.
- 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).
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2004): “La protección social de las necesidades de dependencia”, *Relaciones Laborales*, nº 17-18.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2017): “La valoración y revisión de la 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).

GONZÁLEZ POSADA, A. (1926): *Seguros Sociales (enfermedad, invalidez, vejez, muerte)*, Madrid (Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús).

GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2006): “El Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, nº 86.

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.

HERMIDA C. y GARCÍA SÁNCHEZ, E. (1980): “El Retiro Obrero Obligatorio en España: génesis y desarrollo (1917-1931)” en *Historia Social de España*, nº 14.

HERNAINZ MÁRQUEZ, M. (1953), *Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales*, Madrid, (Ed. Revista de Derecho Privado).

HEVIA- CAMPOMANES CALDERÓN, E. y AA. VV. (1993): *Los accidentes de Trabajo y las enfermedades profesionales*, Madrid (Editorial Colex, 2ª edición).

IGLESIAS CABRERO, M. “El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 78, p. 204, disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/78/Est08.pdf.

IGLESIAS CABRERO, M. (2019): *Contingencias profesionales. Guía práctica sobre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales* (obra coordinada por IGLESIAS CABRERO, M., con la colaboración de CANDAMIO BOUTUREIRA, J.J.), A Coruña (editorial Colex).

IGLESIAS OSORIO, B. C. (2016): *Jurisdicción y procesos de Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi, Lex Nova).

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).

ITURRI GÁRATE, J.C (2008) “Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes “. 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).

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).

JORDANA DE POZAS, L. (1961): “Características del seguro español de enfermedad”, en *Estudios Sociales y de Previsión*, Tomo II, Vol. 2, Madrid, Ministerio de Trabajo (INP).

JOVER RAMÍREZ, C. (2008): “La incapacidad temporal y permanente tras la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social” en *Revista Temas Laborales*, nº 94.

LEÓN IGLESIAS, J. (2014): *El Libro Verde de las Incapacidades Laborales*, Bilbao (Ed. Gomylex).

LIMÓN LUQUE, M.A. (2009): *Ley General de Seguridad Social comentada (comentada y con jurisprudencia)*. VV.AA. (directores MARTÍN VALVERDE, A y GARCÍA MURCIA, J. coordinadora: CASTRO ARGÜELLES, M.A), Madrid (Ed. La Ley, 1ª edición).

LOINAZ, I. (2013): “Psicopatología y delincuencia”. VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), Madrid (Ed. Pirámide).

LÓPEZ ANIORTE, M.C; ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE, F.M Y RODRÍGUEZ EGÍO, M.M. (2017): “Incapacidad permanente absoluta y trabajo por cuenta propia” 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).

LÓPEZ GANDÍA, J. (2006): “El Acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social (luces y sombras)”, *Revista de Derecho Social*, nº 35.

LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA. Véase VICENTE PALACIO, A. (2010): “Incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y compatibilidad con el trabajo no marginal o residual. ¿Es todavía la capacidad profesional el criterio que determina la calificación de la incapacidad permanente en el nivel contributivo de prestaciones? (a propósito de la STS de 14 de octubre de 2009)”, *Tribuna Social*, nº 233.

LÓPEZ GANDÍA, J. y ROMERO RÓDENAS, M.J. (2011): *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Albacete (Ed. Bomarzo).

LÓPEZ LÓPEZ, J. y PUMAR BELTRÁN, N. 2003: “Comentario al artículo 139”, en *Comentarios a la Ley General de Seguridad Social*, Navarra (Ed. Aranzadi).

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).

LÓPEZ -TARRUELLA y VIQUEIRA PÉREZ (LÓPEZ -TARRUELLA, F. y VIQUEIRA PÉREZ, C. (1991): *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Alicante (Ed. Civitas ediciones).

LUJÁN ALCARAZ, J; RODRIGUEZ 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).

MALDONADO MOLINA, J.A. (2002): *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Valencia (Tirant lo Blanch).

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.), Valencia (Tirant lo Blanch).

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).

MALO OCAÑA, M.A., RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V. y MÄRKLI GARCÍA, S. (2008): El empleo después de la incapacidad permanente: trayectorias laborales y patrones de salida del mercado de trabajo, Ministerio de Trabajo e Inmigración, disponible en http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/830f6aa8-3868-4736-afbe-c25bc61d2f00/F39_08.pdf?MOD=AJPERES&CVID.

MALO OCAÑA, M. Á. (2015) “Las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 46.

MARAVALL GÓMEZ- ALLENDE, H. (1998): “Una política integral de protección a las personas mayores dependientes”, *RMTAS*, núm. 10.

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, nº extraordinario; doctrina judicial en materia de Seguridad Social: Balance y análisis selectivo de sentencias del año 2015.

MARTÍN PUEBLA, E. (2000): La protección social de la Incapacidad Permanente para el trabajo, Granada (Ed. Comares).

MARTINEZ BARROSO, M.R. (2004): “Recuperación legal de la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente derivada de riesgos profesionales tras el cumplimiento de la edad de jubilación: arts. 8 y 9 Ley 35/2002, de 12 de julio y Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre”, *Relaciones Laborales*, nº 1.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A. (2017): *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Albacete (Ed. Bomarzo, 1ª edición).

MARTÍNEZ GIRÓN, J.; ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M. (2017): *Derecho de la Seguridad Social*, Barcelona (Ed. Atelier, 4ª edición).

MARTÍNEZ LUCAS, J. A. (2003): “La configuración jurídica del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene” en *El accidente de trabajo en la Seguridad Social*, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona (edita: Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social).

MEDIAVILLA CRUZ, M.L Y CARRATALÁ TERUEL, J.L (2004): “La gran invalidez antes y después de los sesenta y cinco años. (Comentario a la sentencia 197/2003, de 30 de octubre)”, *Tribuna Social*, núm. 160.

MEDINA CRESPO, M. (2008): La Incapacidad permanente en el sistema legal de valoración de los daños corporales, Madrid (Ed. Dykinson).

MELÉNDEZ MORILLO- VELARDE, L. (2008): “Sobre la preexistencia de lesiones y su compatibilidad con la declaración de incapacidad permanente. El trabajo de los discapacitados”, 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).

- 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).
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. (2012): “Incapacidad permanente” en VV. AA. *Reforma y Modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto* (directores: SEMPERE NAVARRO, A.V. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.), Navarra (Ed. Aranzadi, 1ª edición).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. (2016, diciembre): “La prestación de incapacidad permanente. Convivencia con otras prestaciones y con actividades lucrativas”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, nº 405 (Centro de Estudios Financieros).
- 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.*, nº 23.
- MERCADER UGUINA, J.R. (1999): “Uso y abuso de las Leyes de acompañamiento” (I). *Relaciones Laborales* nº 1.
- 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).
- 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*, nº 8.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C Y QUESADA SEGURA, R. (2017): *Manual de Seguridad Social*, Madrid (Ed. Tecnos, 13ª edición).
- 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).
- 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).

- MONTOYA MELGAR, A. (1992) *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España* (1873-1978), Madrid (Ed. Civitas).
- MONTOYA 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).
- MORENO CÁLIZ, S. (2002): *La enfermedad profesional. Un estudio de su prevención*, Madrid (Instituto Nacional Seguridad e Higiene en el Trabajo).
- (MORENO CÁLIZ, S (2008): “Patologías profesionales y enfermedades profesionales. Concepto jurídico y aplicación 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).
- MORENO CÁLIZ, S. (2017): “La enfermedad profesional. Concepto e interpretación jurisprudencial” en VV.AA. *Estudios sobre Seguridad Social*. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet, Barcelona (Ed. Atelier).
- MORENO DE VEGA Y LOMO, F. (2013): “¿Compatibilidad entre pensión de invalidez absoluta y trabajo productivo?”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 6, nº4 (julio), 2013 (BIB 2013/1512).
- MORGADO PANADERO, P. (2007): “Presente y futuro de las situaciones de dependencia en la Seguridad Social”. VV.AA. *Cuestiones sobre la dependencia* (Coordinadores Ascensión García Trascasas y Justo Reguero Celada), Granada (Ed. Comares).
- 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).
- 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).

OLARTE ENCABO, S. y MOLINA NAVARRETE, C. (1997): “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”, nº 175 (Centro de Estudios Financieros).

OLARTE ENCABO, S. (2008): “La reforma de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social en La Reforma de la Seguridad Social”. AA. VV. Estudio *sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social* (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L), Madrid (La Ley).

OLARTE ENCABO, S. (2009): “Gran invalidez de Derecho del trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 30 de enero de 2008”, *Temas Laborales*, núm. 98.

OLARTE ENCABO, S. (2012): “Las pensiones de incapacidad permanente: balance del marco jurídico-positivo vigente tras la Ley 27/2011 y del más reciente tratamiento jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 4 (BIB 2012/1151).

PALOMO BALDA, E. (2016): *Cálculo de la indemnización por accidente de trabajo según el nuevo baremo*. Colección Claves Prácticas, Madrid (Ed. Francis Lefebvre).

PANIZO ROBLES, J.A. (2006): “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia) (I)”, *Tribuna Social*, nº 190.

PANIZO ROBLES, J.A. (2006): “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia) (II)”, *Tribuna Social*, nº 191.

PANIZO ROBLES, J.A. (2006): “Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006”, *CEF Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 281.

PANIZO ROBLES, J.A. (2008): “La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”. *Revista de trabajo y Seguridad Social*, nº 298 (Centro de Estudios financieros).

PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. y VALLEJO ORTE, A. (2010): *La incapacidad permanente y las lesiones no invalidantes*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch).

PÉREZ ALONSO, M.^a A. y RODRÍGUEZ PASTOR. (2008): “La incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social”. VV.AA. *Nuevas prestaciones de Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Jubilación en el RGSS*, “Colección Laboral” 183 (Dir. ALBIOL MONTESINOS, I.) Valencia (Ed. Tirant lo Blanch).

PÉREZ BOTIJA, E. (1955): *Derecho del Trabajo*, Madrid (Editorial Tecnos).

PÉREZ BOTIJA, E. (1960), Alcance de la protección al gran inválido (Sentencia 27 de enero de 1960), RGLJ, Tomo XL.

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, 1^a edición).

PÉREZ PINEDA, B. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M. (1999), *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Granada (editorial Comares).

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).

PIÑEYROA 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).

PRIETO GARCÍA, M. (2004):” Iter en el procedimiento de calificación de la Incapacidad permanente” en VV. AA. *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*. (director: ROJO CABEZUDO, R.M.), Cuadernos de Derecho Judicial VII, Madrid (Consejo General del Poder Judicial).

RAMOS, N; GONZÁLEZ HERRERO, V. y FERRAGUT, M. “Trastornos bipolares” VV.AA. *Psicopatología clínica (adaptado al DSM-5)*, (Coord. ORTIZ TALLO, M.), Madrid (Ed. Pirámide).

REQUEJO GUTIÉRREZ, F. (2013): “Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial tras el RD- L 11/2013, de 2 de agosto”, *Aranzadi Social*, nº 7.

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>.

- RIVAS VALLEJO, P. (2000): “Acerca de la teoría del paréntesis y su aplicación a las bases reguladoras de la pensión de incapacidad permanente ¿compatibilidad paréntesis-integración?: STSJ Asturias 20 octubre 2000 (AS 2000,3207)”, *Aranzadi Social*, Nº 3.
- 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).
- 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).
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, V. (2011): “Evolución de la normativa sobre incapacidad para el trabajo en el ordenamiento jurídico español”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*.
- 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).
- RODRÍGUEZ DURANTEZ, M. (1988): “Problemática actual sobre la gran invalidez”, *Actualidad laboral*, nº 30.
- 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).
- 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.
- RODRÍGUEZ IZQUIERDO, R. (2004): “Régimen jurídico de las prestaciones por Incapacidad Permanente”. VV. AA. *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones* (directores: MONEREO PÉREZ, J.L y GARCÍA NINET. J.I.), Granada (Ed. Comares).

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).

RODRÍGUEZ JOUVENCEL, M. (1993): *La incapacidad para el trabajo*, Barcelona (Ed. Bosch).

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1970).: *Culpa de la víctima y accidente de trabajo*, en ADC, t.XXIII, f. III.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1999): “El empleo de las personas con minusvalía”, *Relaciones Laborales*, nº 3.

RÓMERO RÓDENAS, M^a. J. (2001): *Revisión del grado de incapacidad permanente: concepto, causas y plazos*, Valencia (Ed. Tirant lo Blanch), pp. 69 y ss.

ROMERO RÓDENAS, M^a. J. (2015): *El accidente de trabajo en la práctica judicial*, Albacete (Ed. Bomarzo).

ROMERO RÓDENAS, M.^a J. (2017) “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).

ROMERO RÓDENAS, M.J. (2017): “La permanente conflictividad en la revisión del grado de incapacidad permanente: la prohibición legal de revisión por haber alcanzado la edad de jubilación y la posición del TC” en VV. AA, *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, 1^a edición).

ROMERO RÓDENAS, M. J. (2019): *La compatibilidad del trabajo con las prestaciones de Seguridad Social*, Albacete (Ed. Bomarzo).

ROQUETA BUJ, R. (2000) “Las últimas reformas en materia de incapacidad permanente: logros e insuficiencias”, *Relaciones Laborales*, Tomo II.

ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. (2014): *La Incapacidad para trabajar*, Madrid (Ed. La Ley, 1^a edición).

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).

SALES CORTÉS, J. (2015, tercer trimestre): “Compatibilidad de la pensión de invalidez permanente con el percibo de un salario”, *Revista Consell*, nº 104.

SÁNCHEZ-BORDONA J.M. Y GARCÍA TORNEL GARRÓS. (1951): “¿Valoración de las incapacidades en los accidentes de trabajo”, Ponencia presentada al II Congreso de Cirugía celebrado en Madrid en octubre de 1951, Ministerio de Trabajo (INP), disponible en bvingesa.msc.es/bvingesa/es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1002075 (consulta: 1/4/2020).

SÁNCHEZ PÉREZ, J.S. (2017): *Accidentes de trabajo. Análisis jurisprudencial y acción de responsabilidad por daños*, Granada (Ediciones Dauro).

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).

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMENEZ, R. (2004): “El recargo de prestaciones: puntos críticos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 3, disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/53/Est15.pdf.

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).

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).

SEMPERE NAVARRO, A. (2013): “El debate sobre incompatibilidad entre pensiones y trabajo productivo”, *Aranzadi Social, Revista Doctrinal (enero)*, nº 9.

SEMPERE NAVARRO, A. V. (2017): “La incapacidad permanente en la jurisprudencia unificada”, VV.AA. *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).

SERRANO GUIRADO, E. (1950): *El Seguro de enfermedad y sus problemas*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos).

AA. VV (2002) Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (dirección y coordinación MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.), Navarra (Editorial Aranzadi).

SIRVENT HENÁNDEZ, N. (1994): “La obligación de cotizar durante la Incapacidad Laboral Transitoria: su extensión temporal y modificaciones en la base de cotización aplicable”, REDT.

TEJERINA ALONSO, J.I. (2014): Las últimas reformas en materia de prestaciones contributivas del sistema de la Seguridad Social (de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, al RD -Ley 5/2013, de 15 de marzo), Valencia (Ed. Tirant lo Blanch).

TOLOSA TRIBIÑO, C. (2003): “Delimitación de las contingencias profesionales: nuevos riesgos Laborales” en El accidente de trabajo en la Seguridad Social, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, VII Jornadas de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, Barcelona (edita: Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social).

TORRENTE GARI, S. (2007): El trastorno mental como enfermedad común en la protección de la Incapacidad permanente, Albacete (Ed. Bomarzo).

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).

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).

TOSCANI GIMÉNEZ, D. y CLARK SORIANO, H. (2016): Accidentes de trabajo. Concepto, determinación y responsabilidades, Navarra (Editorial Aranzadi, Lex Nova).

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (2019): La ordenación jurídica de la incapacidad permanente en el trabajo por cuenta ajena, Barcelona (Ed. Atelier).

VALLE MUÑOZ, A. (1999):” La retroacción de la pensión de Incapacidad permanente agotada la IT”, en Relaciones Laborales, nº 6.

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).

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.), Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial VII (Consejo General del Poder Judicial).

VENTURA PRAT, J. M.^a (2009): Jurisprudencia de Seguridad Social, Barcelona (Editorial Bosch, primera edición).

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.

VICENTE PALACIO, A. (2007): “Algunas consideraciones sobre la reforma de las normas para el cálculo de la prestación de incapacidad permanente en el proyecto de ley de reforma de las pensiones de Seguridad Social”, Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 14, disponible en www.iustel.com.

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).

VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA NINET, J.I. (2009): “Incidencia de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre sobre la pensión de incapacidad permanente. 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).

VICENTE PALACIO, A. (2019): Manual básico de Seguridad Social (directores: GARCÍA NINET, J.I; VICENTE PALACIO, A. y GARCÍA VIÑA, J.), Barcelona (Ed. Atelier, 2ª edición).

VIDA SORIA, J. (1964): “Observaciones sobre las directrices generales de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, que aprueba las bases para la reestructuración de la Seguridad Social española, en VV. AA. “Diez lecciones sobre la nueva legislación española de Seguridad Social, Madrid (Facultad de Derecho).