

# ¿Es automática la asimilación entre la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y la existencia de una discapacidad igual o superior al 33%?

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018](#), de 29 de noviembre

**David Gutiérrez Colominas**

*Investigador posdoctoral.  
Universidad Autónoma de Barcelona*

## 1. Breve referencia al marco jurídico

La inclusión e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad ha sido una cuestión que ha asumido una importancia creciente desde 2006, como consecuencia de la [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad](#) (la Convención). Este instrumento internacional, ratificado por un total de 177 países de todo el mundo, significó un cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad hacia el denominado «modelo social», que aboga por rechazar la existencia de limitaciones individuales y poner el foco de atención en la supresión de las barreras que existen en la sociedad para permitir el ejercicio de los derechos y libertades de las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades.

El contenido de esta norma se ha visto reforzado por los numerosos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre no discriminación por razón de discapacidad que han aflorado en los últimos años; causa esta de discriminación que, si bien está tasada en el artículo 1 de la [Directiva 2000/78/CE del Consejo](#), de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha asumido un protagonismo inusitado por las conexiones que presenta con la enfermedad, especialmente tras su asimilación al amparo de la Sentencia del TJUE (STJUE) de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11.

**Cómo citar:** Gutiérrez Colominas, D. (2019). ¿Es automática la asimilación entre la pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y la existencia de una discapacidad igual o superior al 33%? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 992/2018, de 29 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 436, 119-126.

El escenario jurídico español ha sido sensiblemente distinto. Nuestro ordenamiento jurídico integró constitucionalmente un mandato integral de adopción de medidas específicas dirigidas a superar la desventaja fáctica en la que se encuentran las personas con discapacidad en sociedad ([art. 49 Constitución española –CE–](#)); circunstancia esta que, salvo por Portugal, era atípica en el escenario europeo. Fruto de esta preocupación normativa, el legislador inició una senda de aprobación de distintas normas, que convivieron, en algunos aspectos de forma poco pacífica, hasta su refundición mediante 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 de su inclusión social (LGDPCD), cuyo [artículo 4](#) es materia de discusión en la [sentencia objeto de comentario](#). Entre ellas encontramos la [Ley 13/1982, de 7 de abril](#), de integración social de los *minusválidos* (LISMI); el [Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo](#), por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores *minusválidos*; la [Ley 51/2003, de 2 de diciembre](#), de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU); y, por último, la [Ley 26/2011, de 1 de agosto](#), de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que fue la norma encargada de realizar la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español a la Convención.

Este conjunto de normas presta especial consideración al concepto de persona con discapacidad, que es precisamente el núcleo central de la [sentencia objeto de comentario](#), y pone de relieve las dificultades ante las que se ha encontrado el legislador para hallar un concepto de persona con discapacidad acorde con [la Convención](#) y que a su vez encaje con el ordenamiento jurídico español. En este sentido, tanto el [artículo 7 de la LISMI](#) como el [artículo 1.2 de la LIONDAU](#) incluían definiciones distintas sobre el concepto de persona con discapacidad, limitadas al ámbito de cada una de las normas, que actualmente se hallan refundidas en el actual [artículo 4 de la LGDPCD](#). Tales conceptualizaciones integran una definición a caballo entre el paradigma médico y social, dado que incluye a aquellas personas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 % ([art. 4.2 LGDPCD](#), que corresponde al [art. 1.2 LIONDAU](#)) y a 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 ([art. 4.1 LGDPCD](#), que corresponde al [art. 7 LISMI](#)).

Sin embargo, los problemas aparecen con el [artículo 4.2 de la LGDPCD](#), que ya estuvo presente en el [artículo 1.2 de la LIONDAU](#), que extiende la consideración de persona con discapacidad en grado igual o superior al 33 % a las personas que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, entre otras situaciones. Esta precisión normativa, incluida en su momento en la LIONDAU y no en la LISMI y que desplegaba efectos únicamente sobre las materias reguladas en la LIONDAU, dio lugar a un problema jurídico no menor, consistente en determinar si la expresión legal «a los efectos de esta ley» constatada en la LIONDAU implicaba el reconocimiento automático

del 33 % de discapacidad a quienes tuvieran reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; cuestión esta regulada en la LISMI y desarrollada reglamentariamente en el [Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre](#), de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. La disyuntiva fue resuelta por las Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 21 de marzo de 2007 (recs. [3872/2005](#) y [3902/2005](#)), y consistió en reconocer la eficacia de la asimilación limitada únicamente al ámbito de las materias reguladas en la LIONDAU, sin alcanzar a la atribución con carácter general de la condición de persona con discapacidad, que correspondía a los equipos multiprofesionales ex [artículo 10.2 c\) de la LISMI](#) y requería la aplicación del [Real Decreto 1971/1999](#).

Así las cosas, la [sentencia objeto de comentario](#) vuelve a abrir el debate, cerrado por el legislador con la aprobación de la LGDPCD, sobre el alcance de la asimilación automática del [artículo 4.2 de la LGDPCD](#), aunque los motivos que llevan al tribunal a discutir la cuestión, como veremos a continuación, son distintos. En efecto, la [STS 992/2018, de 29 de noviembre](#), omite la dimensión interpretativa de la expresión y se centra en el posible exceso incurrido por la LGDPCD al refundir la LISMI y la LIONDAU, entre otras, dado que el legislador procedió a sustituir la frase «a los efectos de esta ley» por la de «a todos los efectos»; circunstancia esta que atribuye automáticamente la condición de persona con discapacidad con carácter general a los pensionistas de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez.

## 2. Síntesis del supuesto de hecho

La [sentencia objeto de comentario](#) se enmarca en el conflicto que plantea el reconocimiento como persona con discapacidad como consecuencia de ostentar una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez ex [artículo 4.2 de la LGDPCD](#).

Los hechos de este pronunciamiento parten del reconocimiento como persona con discapacidad (18 %) de la parte que interpone el recurso de casación para la unificación de doctrina, como consecuencia de la Resolución administrativa de 12 de junio de 2014 dictada por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales en León. Ante este acto administrativo, el señor Javier interpuso reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social y, posteriormente, demanda judicial ante el Juzgado de lo Social número 1 de León. El *petitum* del señor Javier consistió en el incremento del grado de discapacidad hasta un 33 %, con base en la declaración de incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común, declarada mediante Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de León de 13 de noviembre de 2013.

La Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de León de 22 de septiembre de 2015 reconoció al señor Javier un grado de discapacidad del 33 %, con efectos del 12 de junio de 2014, como consecuencia del [artículo 4.2 de la LGDPCD](#). No obstante, la demandada

formuló recurso de suplicación, sosteniendo que el reconocimiento automático como persona con discapacidad predicado por el [artículo 4.2 de la LGDPCD](#) solo se aplica a los pensionistas de incapacidad permanente cuya patología es de origen profesional. El recurso fue resuelto favorablemente para los intereses de la parte recurrente en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 4 de julio de 2016 (rec. 712/2016), pero no por las razones alegadas por la recurrente, sino por entender que el [artículo 4.2 de la LGDPCD](#) es *ultra vires*.

### 3. Claves de la resolución

El objeto de litis en la [sentencia objeto de comentario](#) consiste en determinar cuál es el alcance del reconocimiento previsto en el [artículo 4.2 de la LGDPCD](#) en relación con los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y, en particular, si en estos casos se reconoce automáticamente y a todos los efectos la existencia de un grado del 33 % de discapacidad.

La decisión a la que llega el Alto Tribunal es la de entender que el mencionado precepto incurre en *ultra vires* por haber rebasado los límites de la delegación normativa otorgada por la [disposición final segunda de la Ley 26/2011](#). Para llegar a esta conclusión, el tribunal recuerda, en primer lugar, la conflictividad que plantearon los [artículos 7.1 de la LISMI](#) y [1.2 de la LIONDAU](#) en relación con el alcance del concepto de persona con discapacidad, y la solución jurisprudencial que alcanzó la Sala de lo Social del TS en las Sentencias de 21 de marzo de 2007 (recs. [3872/2005](#) y [3902/2005](#)), que no fue otra que limitar el despliegue de efectos de la asimilación entre pensionistas de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 % al contenido incluido en la LIONDAU. Así, no existía un reconocimiento automático de una discapacidad en grado igual o superior al 33 %, ya que este reconocimiento legal era una cuestión que correspondía a los equipos multiprofesionales ex [artículo 10 de la LISMI](#) y se regulaba en el [Real Decreto 1971/1999](#).

La sala continúa examinando la [disposición final segunda de la Ley 26/2011](#), que autorizaba al Gobierno para refundir distintas normas, entre las que se encontraban la LISMI y la LIONDAU, a fin de adaptar el ordenamiento jurídico a la Convención. Esta operación se llevó a cabo mediante la aprobación de la LGDPCD. Sobre esta cuestión, el TS se detiene a analizar los cambios en la dicción legal del [artículo 4.2 de la LGDPCD](#), que es la refundición de los [artículos 7.1 de la LISMI](#) y [1.2 de la LIONDAU](#), y que introduce la expresión «a todos los efectos». A juicio de la sala, las expresiones citadas no son equivalentes, y suponen una modificación de carácter sustancial, ya que implican reconocer un grado de discapacidad del 33 % a todos los efectos a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez. Esta consecuencia es contraria a la interpretación mantenida por el TS hasta la entrada en vigor de la LGDPCD; circunstancia esta que se refleja explícitamente en

el [pronunciamiento objeto de análisis](#), y, por lo tanto, el tribunal procede a denunciar que ha existido un exceso normativo que va más allá de la delegación atribuida y a confirmar la sentencia dictada en sede suplicatoria.

Sin embargo, la [sentencia objeto de análisis](#) recoge un voto particular, al que se adhieren un total de tres magistrados, que defienden la validez del [artículo 4.2 de la LGDPCD](#). Este voto particular toma como premisas el contenido fundamental de [la Convención](#), e indica que nos encontramos ante un concepto de persona con discapacidad universal, sin diferenciaciones en función de la rama del derecho, y, por lo tanto, cuestionando la importancia de las expresiones «a los efectos de esta ley» y «a todos los efectos». Asimismo, el voto particular constata que la refundición pretendía regularizar, aclarar y armonizar los distintos textos legales, y ello exigía unificar el ámbito subjetivo de cada ley. Por lo tanto, este argumento justifica, junto a la caracterización unitaria y dinámica del concepto de persona con discapacidad, la supresión legal de la expresión «a los efectos de esta ley», que aparece, a juicio de los magistrados que suscriben el voto particular, como una parte esencial de la tarea refundidora encargada al Gobierno.

## 4. Trascendencia de la doctrina

La [sentencia objeto de comentario](#) reabre un debate, solventado por el legislador en el marco de la LGDPCD, que optó por la automaticidad del reconocimiento como personas con discapacidad a aquellas personas beneficiarias de una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez. Ciertamente, este pronunciamiento escenifica una cierta tensión entre el Poder Legislativo y Judicial; extremo este que puede apreciarse en su fundamento de derecho sexto donde constata: «[...] hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el TS conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar». Tal manifestación, que en mi opinión es irrelevante para la conclusión y clarificación del debate jurídico, pone de manifiesto el pulso que mantienen el Poder Legislativo y Judicial, y que tiene efectos perversos para los operadores jurídicos. Ya no solo por la implícita falta de seguridad jurídica que supone, sino por los efectos que genera una decisión de estas características, que simboliza un retroceso en el avance hacia un ordenamiento jurídico más inclusivo.

Desde un punto de vista práctico, la reducción del ámbito subjetivo que supone el no reconocimiento automático de esta condición a los pensionistas de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez tiene dos efectos que conviene destacar. El primero de ellos es la involución que supone [esta sentencia](#) desde la perspectiva de implementación del modelo social propugnado por [la Convención](#). En efecto, la automaticidad del [artículo 4 de la LGDPCD](#) suponía la materialización de un concepto dinámico de discapacidad, tal y como pretende [la Convención](#) ex letra e) de su preámbulo. Nos encontramos ante la superación del componente médico en la valoración de la condición de

persona con discapacidad, que es la tónica defendida tanto por la Convención como por la jurisprudencia, cada vez más expansiva, del TJUE sobre las situaciones que integran el concepto de discapacidad. Sin embargo, la doctrina sostenida en este pronunciamiento impide avanzar hacia un modelo de tratamiento de la discapacidad plenamente social, en el que el componente médico-rehabilitador no debería estar presente, o, como mínimo, reducido a la mínima expresión.

La segunda consecuencia está relacionada con el alcance del pronunciamiento judicial, y es la determinación de sus efectos en el tiempo. Parece evidente que aquellas personas que obtienen el reconocimiento de una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez a partir de la publicación de la [sentencia objeto de análisis](#) no gozarán del reconocimiento automático de la condición de persona con discapacidad. Ahora bien, ¿el pronunciamiento judicial despliega efectos retroactivos respecto a situaciones anteriores? Desafortunadamente, la cuestión no se halla resuelta; aspecto este que debe ser especialmente criticado. En puridad, el debate se centra en determinar si el principio de irretroactividad constatado en el [artículo 9.3 de la CE](#) es extensible a una decisión judicial restrictiva de derechos individuales, y la respuesta es, en mi opinión, negativa. La dicción del [artículo 9.3 de la CE](#) incluye la expresión «disposiciones»; circunstancia esta que excluiría los cambios jurisprudenciales y que ha sido ratificada por la doctrina constitucional<sup>1</sup>.

Todo ello conduce a afirmar la eficacia retroactiva de la sentencia objeto de comentario, y, por lo tanto, que, a partir de la fecha de su publicación, todas aquellas personas asimiladas automáticamente a personas con discapacidad como consecuencia del reconocimiento de una incapacidad permanente previa al pronunciamiento judicial analizado pierden dicha condición, incluyendo los derechos y beneficios implícitos a esta circunstancia.

Para finalizar, resulta conveniente emitir una valoración a propósito de si ha existido un exceso en los límites de la delegación normativa. En mi opinión, la actuación del legislador no ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada, y, por lo tanto, me sumo a la opinión del voto particular –en esta misma línea, Iturri Gárate, J. C. (2019). Comentario

<sup>1</sup> Vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional [7/2015, de 22 de enero](#); [16/2015, de 16 de febrero](#); [34/2015, 35/2015, 36/2015](#) y [37/2015](#), todas de 2 de marzo. Todas ellas comparten el análisis de los efectos que supuso la introducción de un nuevo requisito (la identificación de las infracciones normativas y jurisprudenciales para su posterior desarrollo en el escrito de interposición) sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia del [Auto del TS \(Sala de lo Contencioso-Administrativo\) de 11 de enero de 2011 \(rec. 2927/2010\)](#).

La doctrina constitucional no estimó la infracción del [artículo 9.3 de la CE](#), dado que la jurisprudencia no es una fuente del derecho a la que sean trasladables los principios aplicables a las disposiciones normativas, si bien la existencia de votos particulares en las distintas sentencias referidas –que sostienen la no prevalencia de cambios jurisprudenciales ante el sacrificio de derechos– ya advierte de la complejidad de la cuestión.

a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 (rec. 3382/2016). Nadie es normal, la normalidad es un valor estadístico. *Ciudad del Trabajo*, 15, 51-56-, ya que se ha procedido a armonizar las distintas normas que conformaban el marco legal de las personas con discapacidad. La sustitución de la expresión «a los efectos de esta ley» por la frase «a todos los efectos» es una modificación que forma parte del mandato normativo de refundición, esencialmente porque la integración en un único texto normativo de dos definiciones distintas de persona con discapacidad (arts. 7.1 LISMI y 1.2 LIONDAU) supone que ya no tenga sentido introducir la distinción «a los efectos de esta ley».

En este punto, debe reconocerse que la expresión «a todos los efectos» es ambigua, y distinta a la constatada en las normas refundidas. Ahora bien, en mi opinión resulta absolutamente necesaria para reivindicar el cambio de paradigma que supone [la Convención](#) y armonizar correctamente los distintos textos en consonancia con este instrumento internacional. En efecto, [la Convención](#) lleva implícita la idea de un cambio en la concepción de la discapacidad hacia una visión más amplia, en consonancia con el modelo social, que ya ha sido asumida por el TJUE<sup>2</sup>, pero, en mi opinión, no integrada plenamente en la jurisprudencia social del TS<sup>3</sup>. Persiste una concepción anclada en el modelo médico, basada en la idea de que el reconocimiento de persona con discapacidad es un concepto estático y de carácter médico, que es rechazado de plano por [la Convención](#). Y, en este punto, es de interés resaltar que el mandato refundidor ([disp. final segunda Ley 26/2011](#)), que exige regularizar, aclarar y armonizar, se incardina en la norma que adapta el ordenamiento jurídico español a [la Convención](#), y, por lo tanto, se enmarca en un contexto de cambio y adaptación a un nuevo paradigma de tratamiento de la discapacidad. Este hecho, que pasa ciertamente inadvertido, es un argumento teleológico que, en mi opinión, justifica la introducción de una expresión distinta, que armonice el contenido anterior de las distintas normas y el nuevo marco jurídico que propugna [la Convención](#).

<sup>2</sup> La ratificación de [la Convención](#) por parte de la Unión Europea significó un cambio de enfoque para el TJUE. El exponente más claro lo hallamos en la primera sentencia que se dictó tras su ratificación, que fue la [STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11](#). Este pronunciamiento, que fue pionero al asimilar la enfermedad a la discapacidad a efectos de la aplicación de la [Directiva 2000/78/CE](#), simbolizó un cambio de tendencia. Desde ese momento, el TJUE aboga por expandir el concepto de persona con discapacidad, al amparo de la definición de persona con discapacidad que ofrece el artículo 1 de [la Convención](#), incluyendo, por ejemplo, la obesidad ([STJUE de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13](#)), si bien también ha excluido otras situaciones más discutibles, como, por ejemplo, la de una trabajadora que no puede gestar hijos ([STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363/12](#)).

<sup>3</sup> *Vid.*, por ejemplo, las SSTS de [22 de noviembre de 2007 \(rec. 3907/2006\)](#), [11 de diciembre de 2007 \(rec. 4355/2006\)](#), [18 de diciembre de 2007 \(rec. 4194/2006\)](#), [22 de enero de 2008 \(rec. 3995/2006\)](#), [13 de febrero de 2008 \(rec. 4739/2006\)](#), [27 de enero de 2009 \(rec. 602/2008\)](#). Y, de forma más reciente, la [STS de 3 de mayo de 2016 \(rec. 3348/2014\)](#), que fue la primera sentencia dictada tras la STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, que se inserta en una dinámica continuista que parece no encajar con la progresiva expansión del concepto de persona con discapacidad del TJUE.

En cualquier caso, conviene indicar que, en mi opinión, el TS hubiera podido optar por una solución menos lesiva que la declaración *ultra vires* del artículo 4.2 de la LGDPCD, y que hubiera producido idénticos efectos: formular una nueva interpretación de la expresión «a todos los efectos», consistente en sostener que los efectos se reducen a los previstos en la LGDPCD, es decir, otorgándole un significado similar a la frase «a los efectos de la ley». De esta manera, se hubieran reducido los problemas aplicativos que plantea este pronunciamiento, sobre todo en relación con aquellas personas beneficiarias de una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez reconocida anteriormente a la fecha de publicación de la sentencia objeto de análisis.

A modo de conclusión, e independientemente del acierto en la calificación como *ultra vires* del artículo 4.2 de la LGDPCD, el pronunciamiento judicial objeto de análisis pone de relieve una cuestión muy interesante que ha pasado ciertamente desapercibida: el más que discutible proceso de adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención a través de un texto refundido. El uso de un real decreto legislativo ha sido una circunstancia criticada por la doctrina científica, que ha apuntado la existencia de novedades de calado bajo la cobertura de la habilitación para aclarar, armonizar y regularizar el marco jurídico de tratamiento de la discapacidad, y entre las que se encuentran algunas especialmente conectadas al concepto de persona con discapacidad. Este hecho evidencia, junto al contenido del pronunciamiento analizado, la necesidad de revisar el contenido de la adaptación del ordenamiento jurídico español a la Convención y corregir aquellas disfunciones existentes en la actualidad, con el objetivo de lograr la efectiva igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.