

# INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD. DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS. PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

**MANUEL JOSÉ MORENO PUEYO**  
*Letrado de la Seguridad Social*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Jesús MERCADER UGUINA, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO y don Antonio SEMPERE NAVARRO.

## **Extracto:**

LA asimilación entre pensionistas de incapacidad permanente y discapacitados operada por el artículo 1, apartado 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, da pie para reflexionar sobre la idoneidad de la acción protectora de la incapacidad permanente. Tras el estudio de los conceptos de incapacidad permanente y discapacidad, de las correspondencias y asimilaciones legales entre ambas categorías y de la acción protectora prevista para cada una de ellas, se propone una reforma de la protección de la incapacidad permanente, centrandola en la integración laboral a través de medidas rehabilitadoras, formativas y de fomento de la contratación y reduciendo paralelamente el peso de las prestaciones económicas.

**Palabras clave:** incapacidad permanente, discapacidad y personas discapacitadas.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. La Seguridad Social como sistema.
- III. Los menoscabos permanentes en la acción protectora del sistema.
- IV. Concepto y grados de la incapacidad permanente.
- V. Concepto de discapacidad.
- VI. Correspondencias y asimilaciones entre incapacidad permanente y discapacidad.
- VII. Prestaciones en materia de incapacidad permanente.
- VIII. Acción protectora a favor de los discapacitados.
- IX. Propuestas para una reforma de la incapacidad permanente.

## I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo es analizar la idoneidad de la protección que el sistema de la Seguridad Social dispensa a los distintos grados de la incapacidad permanente contributiva. Tal cometido se quiere abordar desde una determinada perspectiva, que es la que proporciona el estudio comparado de dos colectivos que comparten una característica común: padecer menoscabos permanentes que afectan a su integridad: los incapacitados permanentes y las personas con discapacidad. Utilizando un lenguaje ahora proscrito, inválidos y minusválidos.

Tradicionalmente, se ha puesto el acento en las diferencias entre ambos. Sin embargo, el creciente desarrollo de la protección de los segundos y algunas previsiones legislativas recientes<sup>1</sup> autorizan a revisar este enfoque. La aproximación entre incapacitados y discapaces invita a reflexionar sobre la posibilidad de armonizar los instrumentos protectores articulados por los poderes públicos, previo análisis de la tipificación legal de ambas realidades y de la acción protectora prevista para cada una. Como preámbulo, parece oportuno formular algunas reflexiones sobre la Seguridad Social como sistema.

Debe anticiparse el juicio negativo que merece la actual regulación de las prestaciones económicas de incapacidad permanente y la conclusión favorable a una revisión profunda de las mismas.

## II. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SISTEMA

De acuerdo con la definición que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, se entiende por sistema el conjunto de reglas o principios sobre una materia enlazados entre sí. También el conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a determinado objeto.

<sup>1</sup> En particular, el artículo 1.º, apartado 2.º de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que considera como tales a los pensionistas de incapacidad permanente de la Seguridad Social.

Tal naturaleza o condición de sistema se atribuye a la Seguridad Social por la norma básica reguladora de la misma, la Ley General de la Seguridad Social<sup>2</sup>. *Normas generales del sistema de la Seguridad Social* es el epígrafe del título I de dicha ley y referencias expresas al sistema se encuentran a lo largo de su articulado<sup>3</sup>.

Es cierto que la percepción de la Seguridad Social como sistema se ve difuminada por diferentes causas. Por una parte, la referencia constitucional específica a determinados derechos que tradicionalmente han conformado el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social (art. 43 CE, derecho a la protección de la salud; art. 49 CE, políticas en favor de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos; art. 50 CE, servicios sociales en favor de la tercera edad) provoca la apariencia de desgajamiento de un tronco común que tendría su sustento en el artículo 41 CE. También contribuye a ello el esquema de distribución de competencias entre Estado y comunidades autónomas resultante del título VIII, que afecta de lleno a la Seguridad Social (art. 149.1.16.<sup>a</sup> y 17.<sup>a</sup>), habiéndose materializado de manera generalizada la transferencia a las comunidades de las competencias en materia de prestación de asistencia sanitaria y servicios sociales. La configuración de diversos niveles de protección (prestaciones contributivas y no contributivas) y la separación de las fuentes de financiación (vía impositiva para las prestaciones universalizadas, como la asistencia sanitaria y aportaciones profesionales para las prestaciones económicas del nivel contributivo) coadyuvan a la impresión apuntada.

A pesar de esta apariencia, la Seguridad Social conforma un sistema que está integrado no solo por las prestaciones económicas a cargo de las tradicionales entidades gestoras, sino también por las prestaciones no contributivas y los restantes instrumentos protectores, esto es, la asistencia sanitaria y los servicios sociales, por más que estos no deban conceptuarse tanto desde un punto de vista institucional sino más bien como un conjunto de medidas o de políticas a favor de determinados colectivos.

Ello es así no solo desde el punto de vista histórico o doctrinal, sino también desde la perspectiva del derecho positivo. Al respecto, el artículo 2.º en relación con el 38 LGSS no admite lugar a dudas: la acción protectora del sistema comprende todas las prestaciones a las que se ha hecho referencia. De la misma forma, los convenios o tratados multilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por nuestro país definen la Seguridad Social en sentido amplio y, en la misma línea, el Reglamento comunitario 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de las familias que se desplazan dentro del territorio de la unión, incluye en su ámbito las prestaciones sanitarias y las prestaciones especiales dirigidas a asegurar la protección específica de los minusválidos (art. 4.º).

La configuración de la Seguridad Social como sistema no es una construcción teórica o doctrinal de alcance más o menos difuso. Por el contrario, es susceptible de producir efectos en el ambi-

<sup>2</sup> Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS).

<sup>3</sup> Artículo 2.º, principios y fines de la Seguridad Social, artículos 7 y ss., sobre campo de aplicación y estructura del sistema, artículo 38, sobre acción protector.

to de los derechos de los beneficiarios y de las prestaciones públicas. Los principios y fines enunciados en el artículo 2.º LGSS (universalidad, unidad, solidaridad e igualdad) deben ser respetados, de acuerdo con el artículo 38.4 LGSS, por cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de Seguridad Social en su modalidad contributiva. O, lo que es lo mismo, no cabría incrementar o complementar en un determinado territorio o comunidad las prestaciones que integran el nivel contributivo de protección <sup>4</sup>.

Otro efecto sobre los derechos de los beneficiarios que se deriva de la configuración de la Seguridad Social como sistema es el acuñamiento de un concepto de pensión pública y la fijación de un importe máximo a percibir. En términos coloquiales, el tope de pensiones.

Pero lo más relevante de la configuración de un sistema, por encima de sus efectos jurídicos, es que ofrece al responsable o responsables de su mantenimiento y regulación un marco o estructura en los que articular las distintas y sucesivas reformas legales y actuaciones políticas. Al propio tiempo, exige rigor y coherencia a la hora de llevarlas a cabo y posibilita la detección de disfunciones, de situaciones de infra o sobreprotección, permitiendo la corrección de las mismas, liberando recursos de donde no son precisos para aplicarlos a necesidades insuficientemente atendidas. La práctica nos muestra que, desgraciadamente, la noción de sistema no suele guiar los pasos del legislador, pero esta situación puede y debe ser corregida <sup>5</sup>. Cualquier aproximación doctrinal a la Seguridad Social debe tener también presentes las interrelaciones resultantes de su configuración como sistema y ese es, precisamente, el principio inspirador de este trabajo.

Al propio tiempo, el progresivo incremento de la actividad prestacional del Estado y de las restantes Administraciones públicas obliga a coordinar la acción protectora de la Seguridad Social con los instrumentos articulados extramuros de la misma. El sistema de Seguridad Social no puede ser un compartimento estanco, como tampoco pueden serlo las políticas en favor de los discapacitados o de cualquier otro colectivo.

<sup>4</sup> Si bien debe matizarse que por Ley 4/2005, de 22 de abril, se introduce un segundo párrafo en el artículo 38.4 a tenor del cual, lo en este previsto se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las comunidades autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas.

<sup>5</sup> Un ejemplo extremo lo encontramos en lo que ha sucedido con el artículo 145.2 LGSS, víctima de dos actuaciones legislativas simultáneas y descoordinadas que han producido un efecto insólito. El precepto en cuestión establecía que el importe de las pensiones no contributivas de invalidez se reducían en un importe igual a las rentas o ingresos de que pudiera disponer el beneficiario. El legislador, movido por buenas intenciones, acomete dos reformas del precepto. Una va encaminada a posibilitar la compatibilidad de la pensión no contributiva con ingresos que no excedan del 25% de su importe, lo que abre la posibilidad a mejoras complementarias de la protección básica. Dicha reforma se materializó en la Ley 4/2005, de 22 de abril, que modificó el artículo 145.2 LGSS en el sentido indicado. Con la misma buena intención el legislador acometió una segunda reforma, encaminada a que el beneficiario de la prestación no contributiva de invalidez pudiera compatibilizar esta con el percibo de retribuciones derivadas de la actividad laboral en determinadas condiciones, con el propósito de no penalizar el acceso al mercado de trabajo de este colectivo. Para ello se modifica el artículo 147 LGSS y se modifica también el artículo 145.2 LGSS. Pero esta segunda ley, la n.º 8/2005, de 6 de junio, no tiene en cuenta la n.º 4, de dos meses antes, y opera sobre la redacción primitiva del artículo 145.2, que ahora queda redactado así: «Las cuantías... se reducirán en un importe igual al de las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, salvo lo dispuesto en el artículo 147». Esto es, ha desaparecido del precepto la adición introducida dos meses antes que no computaba a efectos de reducción los ingresos que no excedieran del 25% de la pensión no contributiva. La pregunta es ¿quería el legislador en junio eliminar una reforma introducida en abril?

### III. LOS MENOSCABOS PERMANENTES EN LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA

Antes de afrontar los conceptos legales de incapacidad permanente y discapacidad parece oportuno recordar que son diversas las situaciones protegidas por nuestro sistema de Seguridad Social que se vinculan a la concurrencia de menoscabos que afectan a la integridad de las personas y/o a su capacidad laboral. En el nivel contributivo de protección no solo hay que hacer referencia a la incapacidad permanente, sino también a la orfandad por reducción de la capacidad de trabajo y, en el nivel no contributivo, a la invalidez y a la protección familiar. Completan el cuadro protector las medidas y prestaciones ligadas a la concurrencia de un grado de minusvalía. Finalmente, no habría que olvidar las pensiones de invalidez y vejez por invalidez del antiguo y todavía perviviente Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). Pues bien, todos estos instrumentos protectores se ordenan, como a continuación veremos, en torno a dos conceptos: menoscabo laboral y discapacidad.

La incapacidad permanente, que va a ser objeto de nuestra atención, se conceptúa en el apartado 1.º del artículo 136 LGSS, 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 disminuyen o anulan su capacidad laboral.

Por lo que se refiere a la orfandad, la protección se extiende con carácter general hasta el cumplimiento de una determinada edad que tradicionalmente había sido la de 18 años. Tal edad se amplió por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social, hasta los 21 años (23, en ausencia de ambos padres), con la finalidad declarada, en la exposición de motivos de la norma, de que el huérfano pudiera continuar su formación académica o profesional. Con posterioridad, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, amplía la edad pensionable hasta los 22 y 24 años, respectivamente <sup>6</sup>. Pero también acceden a la pensión de orfandad quienes, superando las indicadas edades, están incapacitados para el trabajo (art. 175.1 LGSS). El artículo 9.º del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, precisa que el huérfano ha de tener reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En similares términos se manifestaba el hoy derogado artículo 16.3 de la Orden Ministerial (OM) de 13 de febrero de 1967. Tanto bajo el imperio de una como de otra norma, el Tribunal Supremo ha señalado, en unificación de doctrina, que la incapacidad generadora de derecho a pensión es la permanente y absoluta que inhabilita por completo para toda profesión u oficio (Sentencias de 28 de abril de 1999, 21 de julio de 2000 y 19 de diciembre de 2000, recaídas en los recursos de casación n.º 2715/1998, 4411/1999 y 1773/2000, respectivamente). En definitiva, se produce una remisión a las normas reguladoras de la incapacidad permanente contributiva en lo que atañe a la definición de los grados de incapacidad y a la calificación de la misma.

<sup>6</sup> Por último, a tenor de la disposición adicional 48 de la Ley 30/2005, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, en caso de orfandad absoluta y si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 24 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión se mantendrá hasta el día primero del mes siguiente al del inicio del siguiente curso académico.

Otro tanto puede decirse de las prestaciones del SOVI. Los artículos 7 y 8 del Decreto de 18 de abril de 1947 regulan las pensiones de invalidez SOVI, configurando la situación protegida por la concurrencia de una invalidez absoluta y permanente para todo trabajo de la profesión habitual y una paralela reducción de ingresos provenientes de la actividad laboral. Se exige también una edad mínima de 50 años, rebajada excepcionalmente a 30 en casos de menoscabos de entidad.

Interesa resaltar que, al interpretar los citados preceptos, la Administración de la Seguridad Social enunció un requisito implícito en la norma: la incapacidad, para generar derecho a pensión, debía haber sido la causa determinante del cese en la actividad laboral del interesado. Criterio asumido sin fisuras por los tribunales <sup>7</sup>.

Junto a las pensiones de invalidez propiamente dichas, la normativa reguladora del SOVI contempla las que pueden denominarse de vejez por invalidez. El artículo 7.º de la OM de 2 de febrero de 1940 permite anticipar la percepción del subsidio de vejez a los 60 años cuando el trabajador padece una incapacidad permanente y total para el ejercicio de su profesión <sup>8</sup>.

En uno y otro caso, la incapacidad permanente es la total para la profesión habitual, de acuerdo con el tenor literal de las normas reguladoras.

En definitiva, incapacidad permanente, orfandad por incapacidad e invalidez y vejez por invalidez SOVI se estructuran en torno al menoscabo laboral. Los restantes instrumentos protectores toman como punto de referencia la minusvalía o discapacidad.

Discapacitada es toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales (art. 7.º de la Ley 13/1982, de 7 de abril). Más adelante volveremos sobre el concepto de discapacidad. Baste ahora con señalar que las situaciones de minusvalía se califican en grados, aplicando los baremos que se contienen en el anexo del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

<sup>7</sup> «...la pensión de invalidez está necesariamente vinculada a la condición de trabajador y cuando esta se pierde por propia decisión o por causas ajenas a la contingencia protegida, si después, una vez perdida aquella condición de trabajador, sobreviene una enfermedad invalidante, al no incidir esta en la situación laboral de quien la padece, falta la finalidad esencial de la prestación, que es proteger al trabajador del perjuicio causado por una enfermedad que le impide continuar en su actividad productiva y percibir su salario» (STS de 8 de febrero de 1995, RCU 2297/1994).

<sup>8</sup> A diferencia del caso anterior, no se exige que la incapacidad haya sido determinante del cese en el trabajo y en ello coinciden tanto el criterio administrativo de actuación como la doctrina jurisprudencial. Se apunta, para justificar esta diversidad de trato, la configuración legal como subsidio de vejez, bien que anticipado, la no afectación de la norma por el Decreto de 18 de abril de 1947, que introduce la protección de la invalidez en el SOVI y la ausencia de cualquier precepto del que se pudiera deducir la necesaria coetaneidad del ejercicio de la profesión y el acacimamiento de la incapacidad, a diferencia de lo que sucede en relación a las pensiones de invalidez propiamente dichas, respecto de las cuales el artículo 8.º de la OM de 18 de junio de 1947 exige, para el percibo de la pensión, que los ingresos actuales sean inferiores a la tercera parte de los que obtendría el interesado en el ejercicio de su profesión, y el artículo 3.º de la propia norma define como profesión habitual la ejercida preferentemente en los últimos cinco años anteriores a la fecha de producción de la invalidez alegada. (Cabe citar al respecto las SSTs de 4 de diciembre de 1992, RCU 1841/1991 y 1 de abril de 2004, rec. 3211/2003).

El concepto de invalidez no contributiva se contiene en el apartado 2.º del artículo 136 LGSS<sup>9</sup>. Son constitutivas de invalidez, en la modalidad no contributiva, 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<sup>10</sup>. El artículo 144.1 c) LGSS enumera como requisito, para tener derecho a la pensión de invalidez en la modalidad no contributiva, que la persona esté afectada por una minusvalía o por una enfermedad crónica en grado igual o superior al 65%.

La norma de desarrollo, el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, establece en su artículo 3.º que el grado de minusvalía o enfermedad crónica se determinará valorando tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales, como los factores complementarios, mediante la aplicación de los baremos a que se refiere la disposición adicional 2.ª. Tal disposición contenía una referencia expresa al anexo 1.º de la OM de 8 de marzo de 1984, que ahora hay que entender efectuada al vigente baremo del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. En definitiva, accederá a la pensión de invalidez no contributiva (si reúne además, claro está, los restantes requisitos) quien tenga reconocido un grado de minusvalía de, al menos, el 65%.

Dentro de la modalidad no contributiva del sistema encontramos otro instrumento protector de los menoscabos permanentes, la protección familiar, cuya acción protectora contempla prestaciones económicas, entre otros supuestos y en lo que ahora interesa, cuando el hijo o acogido es mayor de 18 años y tiene una minusvalía igual o superior al 65%.

Tradicionalmente la protección familiar se ha articulado según un esquema a tenor del cual la situación de necesidad objeto de protección se identifica con el exceso de gastos que para todo progenitor comporta tener un hijo a su cargo, de tal manera que el progenitor es, por regla general, beneficiario de la protección y el hijo, el sujeto causante de la misma. Este esquema se atempera a partir de la promulgación de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, que permite reconocer la condición de beneficiario al propio hijo, siempre y cuando no haya sido incapacitado judicialmente y conserve la capacidad de obrar (art. 182 LGSS)<sup>11</sup>.

La calificación del grado de minusvalía que da lugar a la protección se determinará mediante la aplicación del baremo aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto (art. 182. Ter LGSS). Tal baremo no es otro que el aprobado por Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. La calificación

<sup>9</sup> Debe apuntarse que la sustitución del término invalidez por el de incapacidad operada por la Ley 24/1997 no afecta a la invalidez no contributiva, sin que se adivinen razones de peso para ello. Más bien parece tratarse de una falta de previsión del legislador: el primer párrafo del apartado 5.º del artículo 8.º de la Ley 24/1997 establece que las referencias que se contienen a la invalidez permanente en la LGSS y normas de desarrollo, se entenderán referidas a la incapacidad permanente. La invalidez no contributiva no se califica expresamente de permanente, aunque lo sea en la misma medida que la contributiva, por lo que sigue conservando su denominación tradicional.

<sup>10</sup> Es coherente con el carácter no contributivo de la prestación que desaparezca la referencia a la condición de trabajador del sujeto destinatario de la protección y que se valoren las deficiencias congénitas. Por el contrario, no hubiera sido incompatible con tal naturaleza no contributiva configurar la protección en atención a la incidencia de las deficiencias en la capacidad laboral de quienes las padezcan. Como es notorio, no ha sido esa la opción del legislador.

<sup>11</sup> Ello requiere previa presentación de solicitud al efecto y audiencia de progenitores o adoptantes (art. 10.2 RD 1335/2005, de 11 de noviembre, que regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social).



de la minusvalía compete a los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o, en su caso, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas a las que se hubieran transferido las funciones y servicios de dicha entidad gestora (art. 15 RD 1335/2005).

## IV. CONCEPTO Y GRADOS DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Procede analizar los elementos que integran el concepto de incapacidad permanente que se plasma en el artículo 136.1 LGSS, así como recordar los distintos grados de incapacidad que contempla nuestra normativa.

### IV.1. La condición de trabajador.

Cuando el artículo 136.1 LGSS se refiere a la incapacidad permanente como una situación que puede afectar al trabajador está enunciando, implícitamente, un requisito para el acceso a la protección. La condición de trabajador es la que determina el desenvolvimiento de la protección por incapacidad permanente y, al propio tiempo, es un elemento vertebrador de la regulación de la situación protegida.

La condición de trabajador, en cuanto requisito, excluye la posibilidad de acceso a la incapacidad permanente de quien es pensionista de jubilación. El Tribunal Supremo se había pronunciado sobre esta cuestión en sus Sentencias de 30 de enero de 1996, rec. 1636/1995; 26 de junio de 1996, rec. 1995/1995 y 12 de octubre de 1997, rec. 592/1997. Niega el alto Tribunal la posibilidad de acceder a la pensión de incapacidad de quien es pensionista de jubilación y lo hace de manera especialmente rigurosa en la última de las sentencias citadas, que contempla un supuesto en el que las prestaciones de incapacidad permanente y de jubilación fueron objeto de solicitud simultánea, lo que motivó que, siendo más rápida la tramitación de la segunda, cuando llegó a emitirse el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (en cuya fecha se situaba el hecho causante de la incapacidad permanente), el trabajador disfrutaba ya de su jubilación. Sorprendentemente, el Tribunal Supremo ha variado su criterio en Sentencia de 22 de marzo de 2006, recurso 5069/2004 que ha sido adoptada en Sala General. Sostiene ahora el tribunal que cabe optar al reconocimiento de una incapacidad permanente cuando ya se ha accedido a la jubilación y no se han cumplido los 65 años. O, lo que es lo mismo, todo jubilado con antelación a la edad ordinaria, en tanto no se cumpla esta, puede transmutarse en incapacitado. Se apoya el tribunal en el párrafo 2.º del artículo 138.1 LGSS, introducido en el Texto Refundido por la Ley 24/1997, de 15 de julio, y que, en su redacción actual, dispone que no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1 a) del artículo 161 LGSS (65 años) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Entiende el Tribunal Supremo que, a raíz de la introducción de este precepto, el acceso a las pensiones de incapacidad permanente solo se veda a quienes han cumplido los 65 años, de tal manera que si no se ha alcanzado dicha edad, no hay razón para denegar la incapacidad permanente aun cuando el solicitante sea pensionista de jubilación anticipada.

Dicha tesis no puede asumirse porque obvia el artículo 136.1 que vincula la incapacidad permanente a la condición de trabajador. El artículo 138.1 lo que hace es reforzar el anterior, asimilando a jubilado a quienes continúan en activo a partir de los 65 años, impidiéndoles el acceso a la incapacidad derivada de riesgo común. El artículo 136.1 proscribía la incapacidad a los jubilados. El 138.1 se la impide también a los trabajadores mayores de 65 años. El Tribunal Supremo convierte una restricción adicional en una excepción al principio básico que vincula incapacidad y condición de trabajador. El legislador, al promulgar el 138.1 no perseguía otra cosa que evitar la elusión del 136.1 por el simple expediente de no solicitar la jubilación al amparo del carácter voluntario de la misma.

#### **IV.2. Lesiones anteriores al alta.**

De la condición de trabajador requerida por el artículo 136.1 LGSS se podía también deducir la imposibilidad de valorar las lesiones anteriores al alta, esto es, las limitaciones que no tuvieran carácter sobrevenido, pues las mismas configuran la capacidad de trabajo de la persona.

La Ley 35/2002, de 12 de julio, introdujo un párrafo, el segundo, en el apartado 1.º del artículo 136, a tenor del cual las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de 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 la afiliación.

Esta previsión normativa incorpora a la ley lo que era una práctica administrativa y un criterio jurisprudencial pacíficos. No eran evaluables las lesiones anteriores al alta pero sí la agravación ulterior de las mismas. Valga por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1992, rec. 1762/1991.

Dos precisiones deben hacerse: la primera, afecta a la referencia de la norma a personas minusválidas. El concepto no puede entenderse en sentido técnico de persona que haya sido calificada formalmente con un grado de minusvalía, sino en el más amplio de persona con capacidad disminuida, pues no tiene sentido limitar al primer caso los efectos previstos por la norma.

La segunda precisión apunta a la afiliación como acto que identifica el momento temporal hábil para determinar cuándo unos menoscabos son preexistentes. Esta referencia a la afiliación debe entenderse en sentido amplio, comprensivo también del alta en aquellos supuestos en los que, tras la

afiliación y consiguiente alta inicial en un régimen, después de un breve lapso de actividad laboral, transcurren largos años de inactividad en los que afloran los menoscabos. Si en un momento posterior se reinicia la actividad laboral se producirá una nueva alta y nunca una nueva afiliación, que es única y válida para todos los regímenes del sistema, como es conocido. Postulada una incapacidad permanente, parece razonable considerar lesiones no sobrevenidas las que acaecen con anterioridad a la última alta, por más que fueran posteriores a la pretérita afiliación <sup>12</sup>.

En cierto modo se relacionan también con la valoración de las lesiones preexistentes los supuestos de denegación del derecho a la incapacidad por falta de carencia. Este es un viejo problema que ya encontró solución tiempo atrás pero que no deja de presentar algunos flecos.

En fecha temprana el Tribunal Supremo salió al paso <sup>13</sup> de la práctica administrativa consistente en efectuar declaraciones de incapacidad permanente sin derecho a prestaciones (en aquellos casos en los que el trabajador no reunía el período de carencia, generalmente), por considerar inescindible el doble aspecto (valoración del estado invalidante y cumplimiento de los restantes requisitos legales) que conforman el sistema de protección. Tales declaraciones tenían el efecto perverso de negar la prestación sustitutiva de un salario que no se podía percibir porque al propio tiempo se declaraba la falta de aptitud para el trabajo.

La entidad gestora adaptó con celeridad sus criterios de actuación a la doctrina jurisprudencial, fijando los menoscabos del trabajador, pero absteniéndose de calificar la incapacidad permanente, de tal manera que, ante una ulterior solicitud de incapacidad, una vez cumplida la carencia, el INSS llevaba a cabo un juicio comparativo entre los actuales menoscabos y los objetivados en un primer momento, denegando la prestación si no se había producido un agravamiento.

Este criterio de actuación dio lugar a una nueva serie de pronunciamientos del Tribunal Supremo, de distinto signo en función de que el trabajador, tras la denegación inicial por falta de carencia, hubiera completado sus cotizaciones a través de la suscripción de un convenio especial o mediante el ejercicio de una actividad laboral.

En el primero de los casos, entendía (entiende) el Tribunal Supremo que no cabe el acceso a la incapacidad permanente si, tras la suscripción del convenio especial, reunida ya la carencia y solicitada la incapacidad permanente, las secuelas siguen siendo las mismas, *«pues ello sería desconocer la naturaleza del contrato de seguro y lo aleatorio del riesgo asumido»*. Son reiteradas las Sentencias en este sentido a partir de la de 20 de abril de 1994, recurso 2372/1993.

Por el contrario, si el trabajador reinició una actividad laboral y, tras reunir el período de carencia, solicita nuevamente una incapacidad permanente, no hay ningún obstáculo para su reconocimiento, por más que las secuelas no hubieran experimentado la más mínima variación. Razona el Alto

<sup>12</sup> Sobre la valoración de menoscabos no sobrevenidos agravados con posterioridad a la afiliación cabe destacar la doctrina elaborada por la Sala de lo Social del País Vasco respecto a trabajadores minusválidos de centros especiales de empleo en Sentencias, entre otras, de 18 de octubre de 2005, rec. 1384/2005 y 1701/2006, rec. 2271/2005.

<sup>13</sup> Sentencias de 14 de octubre de 1991, recurso 344/1991; 22 de octubre de 1991, recurso 327/1991, seguidas de otras muchas en la misma línea.

Tribunal que *«las declaraciones de incapacidad permanente sin derecho a prestaciones carecen de efectos jurídicos lo que equivale a la nulidad de las resoluciones administrativas que les afectan. En consecuencia de ello, si el trabajador continúa en la realidad de los hechos desarrollando una actividad laboral y mantiene su situación de alta y su cotización a la Seguridad Social, aceptadas ambas por la Entidad Gestora, cuando posteriormente solicita situación de invalidez y esta es de apreciar por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, habiendo alcanzado en tal momento el período de cotización exigible y demás condiciones legalmente impuestas, le ha de ser reconocida la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente, sin que quepa argüir que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, dada la nulidad de esta, siendo así que el hecho causante se ha producido ahora y no en la fecha en que pretende el instituto fijar la causa de la invalidez»* (Sentencia de 25 de noviembre de 1993, rec. 4181/1992, dictada en Sala General).

Este criterio se reitera abundantemente y se extiende a los supuestos en los que la resolución inicial del INSS no declara una incapacidad sin derecho a prestación por falta de carencia, sino que deniega aquella por tal causa, absteniéndose de calificar el posible grado de la misma, en tanto que la resolución ulterior desestima el reconocimiento del derecho por no haber agravación de las lesiones. Cabe traer a colación la Sentencia de 21 de septiembre de 2005 recaída en el recurso 6651/2003 referida a una trabajadora encuadrada habitualmente en el Régimen General que completó su carencia tras el alta en el Régimen Especial Agrario. Esta circunstancia no es relevante para el Alto Tribunal, que aplica una vez más su doctrina sobre la validez de las cotizaciones anteriores al hecho causante, situando este en el momento en que confluyan secuelas incapacitantes y período de carencia.

Este enfoque ya fue cuestionado por el voto particular emitido respecto de la Sentencia de 25 de noviembre de 1993, que propugnaba el reconocimiento de la validez general de las cotizaciones efectuadas tras el reconocimiento inicial de la incapacidad sin derecho a prestaciones, pero negando eficacia a las mismas para el concreto supuesto de falta de agravación de las secuelas en el momento de la segunda petición, ello en sintonía con lo que había venido siendo la doctrina tradicional de la Sala sobre la materia en sentencias que el voto particular cita. El argumento básico es que el estado incapacitante es un elemento fáctico que se puede constatar y valorar por más que la resolución administrativa inicial recaída pudiera no ser ajustada a derecho.

La doctrina mayoritaria de la Sala es objetable desde otro ángulo, desde la perspectiva del artículo 136.1.2.º párrafo. Si se inicia una actividad laboral que da lugar al alta en un Régimen de Seguridad Social dado, con unas limitaciones físicas establecidas, no cabe valorar estas si no se han agravado en orden a una declaración de incapacidad para el ejercicio de esa profesión. Si ha habido alta y cotización, debe presumirse actividad laboral y si hay actividad laboral no es lógico que esta sea factible en tanto el trabajador no reúne el período de carencia y, justamente, el día que este se completa, el trabajo resulte incompatible con las secuelas.

### **IV.3. La condición de trabajador. Su atenuación como requisito legal.**

Enunciar de forma rigurosa el requisito de la condición de trabajador puede suponer que se generen situaciones de desprotección. Ello determina que el sistema haya articulado desde siempre,

a través de las situaciones asimiladas a las de alta, la posibilidad de proteger a quienes no ostentan la condición actual de trabajador por no ser titulares de una relación laboral activa, pero son merecedores de tal condición por las circunstancias concurrentes.

Las situaciones asimiladas al alta a efectos del acceso a la incapacidad permanente se enumeran en el artículo 20 de la OM de 15 de abril de 1969 y han sido interpretadas, con gran flexibilidad, por la jurisprudencia, que ha restado relevancia a la falta de mantenimiento de una inscripción actualizada e ininterrumpida de demanda de empleo (Sentencia de 16 de diciembre de 1999, rec. 1789/1999), llegando a eximir de la inscripción en casos en que podía presumirse la existencia de graves dolencias impeditivas de tal obligación (Sentencia de 16 de junio de 1992, rec. 1816/1991 y de 17 de septiembre de 2004, rec. 4551/2003).

La configuración de las situaciones asimiladas a la de alta e, incluso, su atemperación jurisprudencial, son compatibles por lo general con el requisito enunciado de concurrencia de la condición de trabajador, aunque no en todos los casos. Así, el artículo 20.1 g) de la OM de 15 de abril de 1969 configura como situación asimilada a la de alta la de aquellos trabajadores que no se encuentran en situación de alta ni en ninguna otra de las asimiladas a esta, después de haber trabajado en puestos que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una incapacidad permanente debida a dicha contingencia. Este precepto posibilita el acceso a una pensión contributiva de incapacidad permanente a quien pudo haber perdido por voluntad propia la condición de trabajador años antes de ver afectada su capacidad de trabajo. Obviamente, al reconocerse la incapacidad, no se remedia una situación de necesidad consistente en la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de ejercicio de una actividad laboral, que es la razón de ser de la incapacidad permanente. Simplemente, se indemniza un daño.

Otra previsión normativa incompatible con la condición de trabajador configurada como requisito para el acceso a la protección, es la posibilidad de lucrar esta desde la situación de no alta prevista en el artículo 138.3 LGSS para los grados de incapacidad absoluta y gran invalidez. No parece razonable que quien no tiene ninguna intención de desempeñar una actividad laboral perciba una pensión por no poder desempeñarla, máxime cuando el ordenamiento contempla en el nivel no contributivo prestaciones de invalidez.

Cabe apuntar que la normativa reguladora de la revisión de los grados de incapacidad prescinde de la condición de trabajador. Reconocido un grado de incapacidad permanente, el interesado puede postular otro distinto y superior cuando concorra agravación de su estado sin que el precepto de aplicación, el artículo 143 LGSS, contenga referencia alguna a la necesidad de que concurren requisitos de otra naturaleza, cuales podrían ser los de alta o asimilada <sup>14</sup>.

<sup>14</sup> De tal forma que el criterio administrativo de actuación fijado por el INSS contempla que, reconocida una incapacidad permanente parcial, cabe instar la revisión de la incapacidad por agravamiento, haya vuelto o no a cotizar el trabajador y se encuentre o no en situación de alta o asimilada. Es más, no se requiere un nuevo período mínimo de cotización pese a que, como es sabido, la carencia para acceder a la incapacidad permanente parcial y al resto de grados de incapacidad permanente, cuando de enfermedad común se trata, puede ser y de hecho lo es por regla general, distinta. (Criterio n.º 22 de 2005).

No parece muy razonable que quien tiene reconocido un grado de incapacidad que le permite desempeñar incluso su propia profesión y se aparta voluntariamente del mercado laboral pueda acceder a una pensión de incapacidad permanente por imposibilidad de desempeño de una profesión ¿habitual? o de otra cualquiera que no se tenía ninguna intención de ejercer y ello en mejores condiciones que un trabajador en activo, pues se le exige completar el período de carencia propio de tales grados.

Desde la perspectiva de la condición de trabajador como requisito para el acceso a la protección, resultaría coherente exigir, para la revisión por agravamiento de la incapacidad permanente parcial o total, la condición de alta o situación asimilada, en la medida en que ambas situaciones protegidas son compatibles con la actividad laboral.

El Tribunal Supremo ha analizado esta cuestión al enfrentarse a revisiones de incapacidades permanentes totales derivadas de accidente de trabajo, en las que permanecían inalterables las secuelas de naturaleza profesional pero habían aflorado otras limitaciones derivadas de enfermedad común. La Sentencia de 4 de noviembre de 2004, recaída en el recurso número 1045/2003 y adoptada en Sala General entiende que la incapacidad permanente total derivada de riesgo profesional puede agravarse a consecuencia de la concurrencia de dolencias comunes hasta alcanzar el grado de incapacidad permanente absoluta y, en tal caso, para obtener derecho a la nueva prestación (pensión de incapacidad permanente absoluta derivada de riesgo común) no es preciso ni reunir el período mínimo de carencia exigido para dicha prestación, ni estar en situación de alta o asimilada. Ahora bien, esta doctrina es objeto de matización por las Sentencias de 14 de febrero de 2006, recurso 4480/2004, y de 12 de junio de 2006, recurso 208/2005, en cuyo fundamento jurídico segundo, final, puede leerse: «...No obstante también es preciso advertir que, como se dijo en nuestra sentencia antes citada de 12 de junio de 2000, normalmente en estos casos se trata de situaciones complejas en las que no es posible establecer una regla única, ni aplicar una solución unitaria válida para todos los supuestos. Por el contrario, para llegar a una solución correcta en cada caso es preciso tener en cuenta las particularidades y circunstancias que en él concurren, entre las que podrá resultar relevante el grado inicial de incapacidad reconocido, pues no es lo mismo, por ejemplo, a efectos de exigir que se reúnan los requisitos del artículo 124 de la LGSS para acceder a la nueva prestación por agravación, que se parta de una incapacidad parcial o que se haga, como en este caso, desde una total».

#### IV.4. Los menoscabos.

El segundo de los elementos definidores de la incapacidad permanente es la concurrencia de menoscabos o, en los términos empleados por el artículo 136.1 LGSS, de *reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas*.

Las reducciones anatómicas son relevantes en la medida en que se traducen en una limitación funcional y toda limitación funcional a su vez tiene su origen en una patología o en un siniestro que afecta a la integridad del trabajador. Aclara la norma que las reducciones han de ser graves, pero la apreciación de tal extremo es objeto de valoración cuando se analiza la concurrencia de un tercer requisito: la incidencia de las reducciones en la capacidad de trabajo, que se abordará a continuación.

Precisa también el precepto que las reducciones han de ser susceptibles de determinación objetiva, lo cual tiene que significar que deben ser constatadas fehacientemente. Sin embargo, es notorio que en una época como la nuestra, en la que los avances en las condiciones higiénicas y en el tratamiento de las patologías son indiscutibles y cada vez menos sorprendentes, se han incrementado paralelamente y en progresión geométrica las incapacidades sustentadas en patologías difusas y de muy difícil objetivación directa. Fibromialgia, fatiga crónica, síndrome ansioso depresivo... están a la orden del día y las numerosas incapacidades que provocan no encuentran su freno en la exigencia de objetivación.

Por último, las reducciones han de ser previsiblemente definitivas, no obstante a la calificación como tales la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral, si la misma se estima médicamente como incierta o a largo plazo. El carácter permanente de la incapacidad permanente, valga la redundancia, es el elemento diferenciador de esta contingencia respecto de otra situación protegida, la incapacidad temporal. Al propio tiempo, ambas están estrechamente relacionadas. En el esquema articulado por el artículo 136 LGSS, la incapacidad permanente debe ir precedida de un proceso de incapacidad temporal. El apartado primero del precepto especifica que el trabajador, antes de acceder a la incapacidad permanente, ha de haber estado sometido al tratamiento prescrito y ha de haber sido dado de alta médicamente y el apartado tercero indica de manera expresa que la incapacidad permanente habrá de derivarse de una situación de incapacidad temporal. Esto es razonable si se considera que durante la situación de incapacidad temporal el trabajador percibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social, encaminada, lógicamente, a su curación. La existencia de un proceso de incapacidad temporal permite constatar, si la curación no ha sido posible, que se han agotado las posibilidades de recuperación, en cuyo caso recaerá un alta con propuesta de incapacidad permanente. Si el proceso de incapacidad temporal finaliza por el transcurso del plazo máximo de duración, existe una presunción de incapacidad permanente que justifica una calificación de la misma.

La necesidad de agotamiento de un previo proceso de incapacidad temporal se excepciona en un doble sentido por el propio artículo 136 LGSS. Por un lado, el tercer párrafo del apartado 1.º establece que no será necesaria el alta médica para proceder a la valoración de la incapacidad permanente en los casos en que concurran secuelas definitivas. Sería el supuesto del trabajador que precisa de asistencia sanitaria pero esta no es susceptible de remediar limitaciones físicas permanentes y previsiblemente incapacitantes. Esta previsión legal, sin embargo, parte de un error de concepto de lo que es la incapacidad temporal. La incapacidad temporal es la situación del trabajador que precisa asistencia sanitaria de la Seguridad Social y está impedido para trabajar por un período de tiempo legalmente tasado. Si se entiende que las secuelas físicas que presenta no se van a poder superar en dicho lapso, la situación de incapacidad temporal debe finalizar con un alta-propuesta de incapacidad, al margen de que el trabajador continúe recibiendo la asistencia sanitaria que resulte precisa.

En segundo lugar, el apartado 3.º del artículo 136 excepciona la necesidad de una previa incapacidad temporal cuando el trabajador carezca de protección respecto a la misma, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé esta misma circunstancia, bien en los casos de acceso a la incapacidad permanente desde la situación de no alta. A estos supuestos deben adicionarse todos aquellos casos en los que el trabajador por cuenta propia haya decidido no acogerse a la protección de la incapacidad temporal, en ejercicio del derecho de opción que la ley le atribuye.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha flexibilizado la exigencia de que la incapacidad permanente derive de una previa incapacidad temporal y entiende factible que el trabajador inste con éxito el reconocimiento de un grado de invalidez desde la situación de alta en una actividad laboral (Sentencias de 10 de noviembre de 1999, rec. 882/1999; 13 de febrero de 2001, rec. 2129/2000 y 27 de enero de 2003, rec. 1363/2002, entre otras).

Lo cierto es que, por lo general, la incapacidad permanente viene precedida de un proceso de incapacidad temporal (en frecuentes ocasiones de reiterados procesos) y que el tránsito de una situación protegida a otra presenta problemas complejos, acentuados por la deficiente regulación legal que a veces peca de insuficiencia y otras de precipitación. No es momento de abordar tal problemática pero sí es necesaria una referencia a la reforma introducida por la disposición adicional 48 de la Ley 30/2005 en el artículo 131 bis 2 LGSS, por más que la nueva redacción tenga sus días contados, si llega a buen puerto el proyecto de ley de medidas en materia de Seguridad Social, actualmente en trámite parlamentario.

Puede aceptarse que, en determinados casos, los plazos máximos de duración de la incapacidad temporal puedan resultar insuficientes atendiendo al período de recuperación que puede resultar de una determinada patología o de las concretas complicaciones que se presenten a una persona dada. Para atender a tales situaciones el sistema comprendía en su acción protectora una prestación, la invalidez provisional, que permitía prolongar la protección hasta un plazo de seis años. Plazo generoso donde los haya que, no obstante, llegaba a agotarse en base a diagnósticos que en modo alguno podían justificar un período de tratamiento médico y de incapacidad para el trabajo de tal calibre.

Derogada tal prestación por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, el artículo 131 bis 2 LGSS pasó a contemplar, en sustitución de la misma, una posibilidad de demora de calificación de la incapacidad permanente, sin que en ningún caso pudieran rebasarse los 30 meses desde el inicio de la situación de incapacidad temporal. En definitiva, la provisionalidad o temporalidad pasaba a tener una duración de dos años y medio frente a los seis de la situación anterior.

Pues bien, esta previsión legal ha sido ahora sustituida por la siguiente:

*«2. Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero del apartado a) del n.º 1 del artículo 128<sup>15</sup>, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente.*

*No obstante lo previsto en el párrafo anterior, en aquellos casos en los que continúe la necesidad de tratamiento médico, por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presenta el trabajador, se valorará y calificará la situación de incapacidad permanente en el grado que corresponda, declarando la situación revisable en el plazo de seis meses. Solo en este supuesto no se exigirá para el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente durante seis meses, un período de cotización distinto al establecido para la situación de incapacidad temporal».*

<sup>15</sup> Plazo de 12 meses o, en su caso, de 18.



Esta previsión normativa supone desnaturalizar el concepto de incapacidad permanente, al calificar como tal una situación que se reconoce como no definitiva. Es incompatible con el concepto legal del artículo 136 LGSS y, en definitiva, no es una situación de incapacidad permanente la introducida por el legislador. Por ello, sus efectos legales, a falta de desarrollo reglamentario, habrá que determinarlos atendiendo a los derechos e intereses en juego en cada caso. Así, la prestación a reconocer será la propia del grado de incapacidad *que corresponda*, pero el régimen de compatibilidades no puede ser el de la incapacidad permanente pues, si continúa la necesidad de tratamiento médico y existe posibilidad de recuperación funcional, la realización de una actividad laboral (al alcance de un incapacitado permanente total propiamente dicho) puede perjudicar tal proceso.

En materia de derechos laborales, no puede sostenerse que tal declaración de incapacidad permanente revisable implique la extinción de la relación laboral al amparo del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

Lo peor de todo es que no se adivina en qué manera la previsión legal puede llegar a ser mínimamente operativa. El plazo de seis meses resulta muy rígido en relación con la anterior demora de calificación que podía acordarse por el período que se considerara oportuno, hasta un máximo de 12 meses una vez agotada la incapacidad temporal. Tampoco hay un ahorro de costes significativo para el Sistema pues lo que no se abona en concepto de demora de calificación se paga como pensión de incapacidad revisable.

En definitiva, nuestro sistema contempla ahora incapacidades temporales, permanentes y temporalmente permanentes, aunque probablemente por poco tiempo, dado que el proyecto de ley al que se ha hecho referencia resucita la demora de calificación, si bien la reduce a un máximo de seis meses.

#### **IV.5. Afectación de la capacidad de trabajo. Grados de incapacidad y calificación de la misma.**

El tercero de los requisitos básicos de la incapacidad permanente que se pueden enunciar es el de la afectación de la capacidad de trabajo. De acuerdo con el artículo 136 LGSS, son constitutivas de incapacidad permanente las reducciones anatómicas o funcionales del trabajador que *disminuyan o anulen su capacidad laboral*.

Nuestro ordenamiento ha clasificado tradicionalmente la incapacidad en cuatro grados:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- Gran invalidez.

El concepto de los tres primeros grados de incapacidad está implícito en su enunciado. Interesa detenerse en la gran invalidez. Tradicionalmente, era configurada como el último escalón en senti-

do ascendente de la incapacidad y definida (art. 135.6 LGSS 1974) como la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta necesitado de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Pero a raíz de la promulgación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, la gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo (disp. final 5.ª de la norma). Cabe, por tanto, imaginar supuestos, sin duda excepcionales, en los que la necesidad de ayuda para las actividades de la vida diaria sea compatible con determinadas actividades profesionales o, incluso, con la habitual del trabajador y, en este caso, la gran invalidez puede concurrir con la merma justificativa de una incapacidad permanente parcial o ni tan siquiera ello.

En definitiva, la gran invalidez no es en sentido propio un grado de incapacidad permanente, pues no se configura en relación a la capacidad de trabajo. Constituye un instrumento protector que requiere, para actualizarse, de la condición de trabajador del beneficiario, pero protege a este ante una situación de necesidad ajena a la derivada de la pérdida de su capacidad laboral.

La calificación de los tres grados de incapacidad propiamente dichos requiere poner en relación los menoscabos con las exigencias de la profesión habitual (caso de los dos primeros grados) o con los requerimientos de toda profesión u oficio (si se trata de la incapacidad absoluta). Es pacífico que no debe identificarse a estos efectos profesión con puesto de trabajo<sup>16</sup>; al propio tiempo puede resultar muy problemático determinar qué profesión debe ser considerada en cada caso como habitual y cómo debe entenderse configurada en cuanto a sus contenidos<sup>17</sup>.

La calificación corresponde al INSS a través de los órganos y según el procedimiento previstos en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y, en lo que ahora interesa, puede decirse que la

<sup>16</sup> El Tribunal Supremo nos ha recordado en su Sentencia de 28 de febrero de 2005, recurso 1591/2004, que no cabe recurrir al grupo profesional de encuadramiento de la profesión habitual, al amparo del apartado 2.º del artículo 137 LGSS, en la redacción ordenada por el artículo 8.1 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, dada la falta de vigencia de tal previsión legal.

<sup>17</sup> No es momento de analizar en profundidad estas cuestiones. La regulación legal, concisa y antigua, se contiene en el apartado 3.º del artículo 12 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, a cuyo tenor se entenderá por profesión habitual, en caso de accidente, sea o no de trabajo, la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrirlo; en caso de enfermedad común o profesional, aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante los doce meses anteriores a la fecha en que se hubiere iniciado la (incapacidad temporal) de la que derive la (incapacidad permanente). La aplicación estricta de este precepto puede dar lugar a que se reconozca una incapacidad permanente para una profesión cuando el trabajador ha iniciado ya otra que le permite obtener ingresos similares o incluso superiores a la que se ejercía al producirse el accidente (SSTS de 31 de mayo de 1996, rec. 2759/1995 y 23 de noviembre de 2000, rec. 3533/1999). Un supuesto particular es el de las profesiones, como las de policía o bomberos, que comprenden la llamada segunda actividad, a la que corresponden cometidos más livianos, para quienes presentan menoscabos que justifican el apartamiento de las funciones plenas de la profesión. ¿La posibilidad de desempeño de la segunda actividad obstaría a la declaración de incapacidad permanente total? Esa es la tesis del INSS, pero los tribunales no parecen compartirla. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 23 de febrero de 2006, recurso 5135/2004 concluye que, a la hora de determinar la merma que pudiera aquejar al interesado, ha de hacerse en relación al conjunto de actividades que integran la profesión habitual y no solo a las de la segunda actividad. Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco considera que, en el desempeño de la segunda actividad, el policía debe conservar capacidad para el desempeño de las tareas principales de su profesión, por lo que el juicio sobre la posible incapacidad debe basarse en la posibilidad o no del desempeño de las mismas, que son las relativas al mantenimiento y restauración del orden y la seguridad ciudadana, la prevención de hechos delictivos, su investigación y la persecución de los culpables, tareas que imponen una elemental capacidad para el uso y manejo de armas de fuego y demás defensas reglamentarias, como para la conducción de vehículos en condiciones normales, así como una elemental capacidad motriz (por todas, Sentencia de 6 de febrero de 2007, rec. 2389/2006).

calificación obedece al criterio discrecional e individualizado que se adopta en cada caso concreto al valorar los menoscabos y los cometidos profesionales de un trabajador dado. Criterio de calificación que es el utilizado por los tribunales en los numerosísimos procedimientos sobre la materia. *No hay incapacidades, sino incapacitados* es la fórmula acuñada y que cierra el paso a la casación para unificación de doctrina en esta materia.

Ha habido un intento legislativo muy poco afortunado y felizmente fallido de introducir criterios de baremación en la calificación de las incapacidades. El artículo 137 LGSS en la redacción impuesta por la Ley 24/1997, de 15 de julio, dispone lo siguiente:

*«2. La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.*

*A efectos de la determinación del grado de incapacidad se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en que aquella estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.*

*3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.»*

Al no haberse producido en todos estos años el desarrollo reglamentario, la previsión legal no ha entrado en vigor. Cabe entender que felizmente porque un listado de enfermedades no resulta operativo, dado que lo que interesa para calificar no son las patologías, sino los menoscabos derivados de las mismas, que pueden ser muy diferentes. Menoscabos que pueden tener su origen en un accidente y no en una enfermedad. Al margen de ello, la incapacidad se suele referir a una profesión determinada, por lo que no es suficiente para calificar con disponer de un listado de enfermedades o aun de menoscabos. Finalmente, habría que encuadrar el supuesto concreto en cuatro (tres en sentido propio) grados de incapacidad permanente, lo que implica una rigidez reñida con la baremación. No se adivinan las ventajas del neonato sistema y bien porque el Gobierno así lo haya entendido o bien por las dificultades extremas de la empresa, esta no ha llegado a buen puerto.

## V. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Discapacitada<sup>18</sup> es toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales (art. 7.º de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de *Minusválidos*).

<sup>18</sup> Hay que evitar el término minusválido, proscrito de nuestro ordenamiento a raíz de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

Las situaciones de minusvalía se clasifican en grados, plasmados en porcentajes sobre 100 (guarismo que representaría el máximo de discapacidad), aplicando los baremos que se contienen en los anexos al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Un primer baremo valora las deficiencias y discapacidades de carácter físico, psíquico y sensorial. Un segundo baremo tiene en cuenta las circunstancias personales y sociales que pueden influir sobre la persona discapacitada en sentido negativo. La aplicación de este baremo puede incrementar el porcentaje de discapacidad resultante del primero a condición de que en este se alcance un porcentaje del 25%. Se regulan también otros dos baremos, encaminados a valorar la necesidad de asistencia de otra persona y la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos.

Las prestaciones, medidas y actuaciones de todo orden que se contemplan en favor de los discapacitados se condicionan a la concurrencia de un grado mínimo, variable en función de la prestación de que se trate, pero nunca inferior al 33% (RD 383/1984, de 1 de febrero, disp. adic. 6.<sup>a</sup> de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, entre otras normas). Por lo tanto, aunque como consecuencia del proceso de calificación puede llegar a reconocerse un grado determinado de discapacidad, superior o inferior al 33%, no carece de sentido práctico considerar como discapacitado a quien alcance un grado igual o superior al indicado. Conclusión que se refuerza a la vista de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyo artículo 1.2 establece que, a los efectos de la ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

Si se comparan los conceptos de incapacidad permanente y discapacidad resultan diferencias apreciables. Así, el reconocimiento de la minusvalía se vincula a dificultades de integración en los distintos ámbitos, no solo en el laboral, valorándose no solo los menoscabos sino también las circunstancias sociales y familiares. Finalmente, la edad no obsta al reconocimiento de la minusvalía. Este es posible en la más tierna infancia o en el ocaso de la existencia. Por el contrario, la incapacidad permanente tiene en cuenta exclusivamente las dificultades para el trabajo que se derivan de los menoscabos, sin tener en cuenta factores como la edad o falta de preparación del trabajador. Esta vinculación con el trabajo determina límites de edad para el acceso a la protección, dado que esta no cabe con antelación a que se adquiera la condición de trabajador, lo que es factible a partir de los 16 años, ni es posible cuando se ha perdido por el acceso a la jubilación<sup>19</sup>. Asimismo, la norma impide la revisión del grado de incapacidad a partir de los 65 años (art. 143.2 LGSS).

Sin embargo, no es menos cierto que la calificación de la minusvalía, como la de la incapacidad, se basa sustancialmente en los menoscabos funcionales de la persona y que la integración laboral es uno de los principales, si no el primero, de los objetivos que persiguen las políticas en favor de los discapacitados. Si además, el análisis comparativo no se ciñe al estricto ámbito conceptual y se extiende a las previsiones que ha ido articulando el legislador al regular determinados aspectos de la acción protectora de uno y otro colectivo, se llega a la conclusión de que la tarea impuesta no es ociosa y que es preciso profundizar en la correspondencia o asimilación entre discapaz e incapacitado.

<sup>19</sup> Sobre este particular se ha hecho ya referencia a los artículos 136 y 138.1 LGSS y a la discutible Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 2006 (*supra* IV.1).

## VI. CORRESPONDENCIAS Y ASIMILACIONES ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD

De lo dicho hasta ahora se desprende la existencia de dos títulos de atribución de medidas protectoras: la incapacidad permanente y la minusvalía. La declaración de una incapacidad permanente permite acceder a las prestaciones contributivas de incapacidad permanente, a las de la orfandad por anulación de la capacidad de trabajo y a las de invalidez y vejez por invalidez del SOVI. La declaración de minusvalía abre el acceso a las pensiones de invalidez no contributiva, a las prestaciones familiares por hijo a cargo y a las prestaciones y acciones en favor de los discapacitados.

El análisis de las distintas prestaciones y medidas protectoras queda para más adelante. Ahora vamos a abordar otra cuestión, que es la relativa a las correspondencias que puedan existir entre las situaciones de incapacidad permanente y los grados de minusvalía. Está claro que ambas se pueden proyectar sobre una misma persona. Otra cosa es si reconocida una incapacidad permanente ello puede determinar un efecto o vinculación respecto al reconocimiento de la minusvalía y viceversa.

Puede decirse que la correspondencia entre grados de minusvalía y de incapacidad permanente se produce, pero en una sola dirección: el reconocimiento de un grado de minusvalía no va a favorecer decisivamente el acceso a una incapacidad permanente, pero no puede decirse lo mismo en sentido contrario.

El reconocimiento y calificación de ambas situaciones se atribuye a órganos especializados, adscritos a entidades administrativas diversas que aplican sus normas específicas. La incapacidad permanente se reconocerá por el Director Provincial del INSS a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), siguiendo el procedimiento regulado en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y los criterios de valoración resultantes de los conceptos legales de los distintos grados de incapacidad permanente.

A su vez, el reconocimiento, declaración y calificación de la minusvalía se lleva a cabo por los órganos técnicos y Equipos de Valoración y Orientación dependientes de los correspondientes órganos de las comunidades autónomas a quienes hayan sido transferidas las competencias, de acuerdo con el procedimiento y los baremos del Real Decreto 1976/1999, de 23 de diciembre. Esta norma señala expresamente en su artículo 4.2 que la calificación del grado de minusvalía será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas. No se contiene un precepto similar en el Real Decreto 1300/1995 pero la conclusión que se deduce de su articulado es coincidente.

No existe precepto legal alguno ni tampoco pronunciamiento jurisprudencial a tenor del cual un grado determinado de minusvalía constituya un elemento decisivo a valorar por parte del INSS para el reconocimiento de una incapacidad permanente. Cuando se ha esgrimido el grado de minusvalía en los procedimientos judiciales sobre incapacidad permanente, se ha objetado que junto a los menoscabos funcionales son objeto de valoración los factores sociales complementarios relativos entre otros al entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural del discapacitado. La pretensión arti-

culada en el proceso sobre incapacidad permanente tampoco se apoya decisivamente en el grado de minusvalía que se haya podido reconocer. El mismo se aporta junto con las demás pruebas encaminadas a acreditar los menoscabos, como un elemento, entre otros, que coadyuva, pero nunca decisivamente, al éxito de la pretensión. Un supuesto específico que se plantea con relativa frecuencia es el del discapacitado que postula el reconocimiento de la incapacidad permanente tras su actividad laboral en centros especiales de empleo. En tales procedimientos se discute sobre la concurrencia o no de un agravamiento de los menoscabos preexistentes, pero esto es ya otra cuestión.

Veamos lo que sucede en sentido inverso: cuáles son los efectos de la incapacidad permanente reconocida respecto a la declaración de un grado de minusvalía. La disposición transitoria 3.<sup>a</sup> del Real Decreto 317/1991, de 15 de marzo, en materia de pensiones no contributivas, ya había establecido una homologación entre incapacidad permanente y minusvalía, en el supuesto concreto previsto en la misma. Supuesto que, por cierto, no es fácil de identificar por quien no disponga de otros elementos que la lectura del precepto. Regula en definitiva la disposición adicional el supuesto en que el INSS reconocía un grado de incapacidad permanente sin derecho a prestaciones por no reunir el trabajador la carencia precisa. En tal caso, se remitía al organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas copia de la solicitud y resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, se tramitara el oportuno expediente.

Añadía (añade, puesto que está vigente) la disposición adicional que a estos efectos se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65% a quien le haya sido reconocida en la modalidad contributiva, una invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y afecto de una minusvalía en grado igual o superior al 75% a quien le hubiera sido reconocida una gran invalidez.

Como ya se ha apuntado con anterioridad <sup>20</sup>, el Tribunal Supremo, en una serie reiterada de pronunciamientos (a título de ejemplo Sentencias de 14 de octubre de 1991, rec. 344/1991, 6 de octubre de 1992, rec. 2791/1991 y 9 de junio de 1993, rec. 1116/92) concluyó que no es posible adoptar declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas por ser inescindible el doble aspecto, valoración del estado invalidante y cumplimiento de los restantes requisitos legales, que conforma el sistema de protección.

El INSS adaptó sus criterios de actuación a esta doctrina por medio de la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica de 25 de marzo de 1992, de tal forma que cuando la propuesta de la Comisión de Evaluación de Incapacidades (CEI, en la actualidad, EVI) estima la existencia de un determinado grado de incapacidad y se comprueba que el trabajador no acredita los restantes requisitos para causar derecho a la prestación, la resolución del expediente se abstendrá de declarar la existencia de incapacidad permanente en ninguno de sus grados, limitándose a relacionar los requisitos que se consideran incumplidos y a determinar la improcedencia de reconocer el derecho a prestación haciendo constar, asimismo, todas las lesiones que a juicio de la CEI sean definitivas.

De dicha resolución se traslada copia al organismo que reconoce el derecho a las pensiones no contributivas.

<sup>20</sup> *Supra* IV.2.

En consecuencia, puede concluirse que la homologación contemplada en el apartado 2.º de la disposición adicional 3.ª citada carece de virtualidad, porque ya no hay reconocimientos de invalidez absoluta o gran invalidez sin derecho a prestaciones. En este sentido, cabe citar la Sentencia de Castilla-La Mancha de 2 de octubre de 2002, recurso 1157/2002 que, aun reconociendo que existe una propuesta del EVI favorable al reconocimiento de una invalidez absoluta, razona que dicha propuesta no es vinculante por lo que, al no existir resolución del Director Provincial del INSS, no cabe aplicar la disposición adicional 3.ª 2.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo respecto de esta controvertida disposición no apuntan propiamente al alcance de la homologación sino a otro aspecto, solo indirectamente relacionado con la misma. Se trataba de supuestos en los que el juzgado había reconocido una invalidez no contributiva al considerar que concurría una incapacidad permanente absoluta, aun cuando no se hubiera tramitado ningún expediente al respecto. El Tribunal Supremo sienta el siguiente criterio <sup>21</sup>:

*La invalidez no contributiva solo puede fundarse en la existencia de un grado de incapacidad permanente absoluta cuando haya existido precisamente esa calificación administrativa o judicial porque la presunción que establece la disposición adicional 3.ª.2 del Real Decreto 317/2001 no autoriza un sistema alternativo de valoración por los órganos judiciales, a tenor del cual estos pueden optar por la calificación propia de la modalidad contributiva frente a la calificación por baremo, sino que es una regla excepcional para coordinar las valoraciones en las dos modalidades de protección.*

Añade la sentencia, que el supuesto al que remite la disposición adicional 3.ª 2 es el de la existencia de una calificación de incapacidad permanente absoluta en un procedimiento administrativo para el reconocimiento de una prestación contributiva de invalidez, que vale luego para la atribución de un porcentaje de minusvalía, pero la norma no habilita a los órganos judiciales para que recurran al sistema de valoración propio de la modalidad contributiva cuando no ha existido ninguna calificación previa en el procedimiento correspondiente.

En definitiva, una de las posibles interpretaciones, llevada a cabo ya por la Sala de Castilla-La Mancha, es la inaplicabilidad del segundo apartado de la disposición adicional 3.ª. Pero al margen de ello ¿Cuál es el alcance de tal previsión normativa? La presunción legal ¿lo es *iuris et de iure*? ¿Implica necesariamente el reconocimiento de un grado de minusvalía del 65%? Lo que está claro es que la presunción lo es a los exclusivos efectos del reconocimiento de una invalidez no contributiva, por lo que sería perfectamente factible, que valorada la minusvalía de acuerdo con el baremo del Real Decreto 1971/1999, se alcanzara un grado distinto e hipotéticamente muy inferior. De tal forma que una persona se presumiera minusválida a los efectos de la invalidez no contributiva, pero no respecto a las restantes prestaciones y medidas protectoras.

El problema de la homologación se presenta, corregido y aumentado, a raíz de la Ley 51/2003, sin que exista, como en el caso anterior, posibilidad alguna de eludirlo.

<sup>21</sup> STS 9 de diciembre de 1998, recurso 1575/1998 que reitera la doctrina de la Sentencia de 2 de diciembre de 1997 y es seguida por la de 28 de mayo de 2001, rec. 3883/1999.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (art. 1.1) y a sus efectos (apartado 2.º del citado precepto), tienen la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Y añade la norma: *«En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% 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»*.

La ley utiliza los términos «persona discapacitada» para definir al destinatario de las medidas y políticas de protección que anuncia, pero dicha denominación no designa una nueva categoría de beneficiario al margen del minusválido.

Persona con discapacidad es, a la postre, el disminuido con un grado de, al menos, el 33%, porcentaje que siempre ha constituido el umbral mínimo de acceso a las distintas medidas protectoras. Ello es tan cierto que habiéndose optado por ampliar el concepto «persona discapacitada» a los pensionistas de incapacidad permanente, ello se hace por la vía de asimilación a un grado de minusvalía: uno igual o superior al 33%. Tal forma de materializar la asimilación tiene que ser objeto necesariamente de crítica. Si lo que persigue la ley es que un grado de incapacidad permanente, ya sea de total, absoluta o gran invalidez, equivalga, sin más, a otro de minusvalía, lo lógico es fijar un grado concreto, que bien puede ser el 33%. Lo que no tiene sentido es establecer la equiparación en un grado indeterminado, del 33% o superior, porque esa delimitación del grado superior solo puede llevarse a cabo por los órganos competentes para calificar las minusvalías aplicando su propio baremo, el previsto en el Real Decreto 1971/1999 y, en tal caso, puede llegarse al resultado de que el grado de minusvalía no sea superior al 33% sino que sea inferior o, incluso, muy inferior <sup>22</sup>.

Parece, pues, lógico concluir que la homologación operada por la Ley 51/2003 entre incapacidad permanente y minusvalía lo es con grado del 33%. Si corresponde otro mayor ya no lo será por la incapacidad permanente sino porque el pensionista, además de ver limitada su capacidad de trabajo, presenta deficiencias que en aplicación del baremo de minusvalías deben ser calificadas en un grado superior al 33%. Desde esta perspectiva, tampoco cabe sumar a los puntos que resultan de la homologación los obtenidos en la baremación. La condición de disminuido puede venir de uno u otro título, pero no de la unión de ambos <sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Cosa que es perfectamente factible (STSJ País Vasco de 4 de junio de 2002, rec. 545/2002) que contempla un supuesto de hecho en el que el pensionista de incapacidad permanente total y solicitante de un grado de minusvalía había sido valorado con un 2% de menoscabo. La sentencia cita ejemplos en los que una lesión incapacitante profesionalmente no implica ninguna minusvalía (pianista profesional con lesión en dedo de la mano izquierda, trompetista con lesión en los labios). Pueden añadirse otros muchos: peluquera afectada de dermatitis de contacto que fuera de su medio de trabajo permanece asintomática...

<sup>23</sup> En este sentido, cabe citar la STSJ País Vasco de 19 de octubre de 1998, recurso 3166/1998, referida a un supuesto de homologación en aplicación de un criterio administrativo del extinto INSERSO.



Así las cosas, no se comparte la doctrina sentada con rara unanimidad por distintas Salas de lo Social en el sentido de que la homologación prevista en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 implica la obligación del organismo competente para el reconocimiento de la minusvalía de emitir una resolución o certificado de reconocimiento de minusvalía no inferior al 33%<sup>24</sup>.

La falta de previsión del legislador al no regular específicamente cómo deberán acreditar los pensionistas de incapacidad permanente que pretendan acceder a las medidas de fomento de empleo el cumplimiento de los requisitos legales, no autoriza al órgano judicial a imputar a los órganos competentes en materia de minusvalía una obligación de certificación y menos a calificar con un grado de minusvalía al pensionista al margen de los baremos del Real Decreto 1971/1999. Debe bastar, para el acceso a las medidas de fomento de empleo, con la resolución del INSS, que es la entidad que ha reconocido la pensión de la incapacidad permanente, dado que el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 cuando equipara a incapacitados permanentes y discapacitados no precisa de desarrollo reglamentario alguno para su vigencia y producción de efectos.

El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, solventa el conflicto en los términos apuntados: los pensionistas de incapacidad permanente acreditarán el grado de minusvalía del 33% mediante la resolución del INSS que reconoce el derecho a la pensión. Si desean el reconocimiento de un grado superior, deben solicitarlo al IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma que aplicará su baremo específico y seguirá su procedimiento, cabiendo incluso que no se llegue a alcanzar el grado del 33%, en cuyo caso la resolución o certificado se limitará a establecer esta circunstancia.

Al margen de ello y en lo que ahora interesa, la incapacidad permanente, por obra de la Ley 51/2003, es título de atribución de las medidas protectoras articuladas por el ordenamiento jurídico en favor de los discapacitados.

## VII. PRESTACIONES EN MATERIA DE INCAPACIDAD PERMANENTE

### VII.1. Prestaciones económicas.

La acción protectora de la incapacidad permanente se integra en lo sustancial por prestaciones de naturaleza económica y, más en concreto, por pensiones que pueden ser consideradas como vitalicias, dado que la posibilidad de revisión por mejoría del grado reconocido es más hipotética que real, por la escasísima frecuencia con la que se produce.

<sup>24</sup> A esta conclusión llegan las Sentencias de Murcia de 7 de febrero de 2005 y 4 de julio de 2005, Extremadura, 28 de abril de 2005 y País Vasco, 14 de junio de 2005, recurso 416/2005. Esta última sentencia tras un completo análisis de la cuestión debatida identifica la raíz del conflicto que no es otro que la de acreditar el grado de minusvalía por asimilación u homologación cuando el pensionista de incapacidad pretende acceder a medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos. La norma reguladora de las mismas, el Real Decreto 1414/1983, de 11 de mayo, objeto de diversas modificaciones posteriores, se refiere en su artículo 8.º al certificado que acredita el grado de minusvalía extendido por el organismo competente como documento a presentar para acceder a las subvenciones y bonificaciones.

La incapacidad permanente parcial da lugar a una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora, que es la base de cotización del mes anterior a la incapacidad temporal que la precede. La incapacidad permanente total para la profesión habitual se protege con una pensión del 55% de la base reguladora, que se incrementa en un 20% de la edad a partir de los 55 años en atención a la dificultad de encontrar empleo a partir de dicha edad, complemento incompatible con el ejercicio de una actividad laboral o la percepción de la prestación de desempleo. La pensión es sustituible por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario es menor de 60 años, en el buen entendido de que se rehabilita al alcanzar dicha edad. La incapacidad permanente absoluta determina el reconocimiento de una pensión del 100% de la base reguladora. Finalmente, la gran invalidez se protege con una prestación cuyo importe es el 50% de la que corresponde por incapacidad absoluta.

Los requisitos para el acceso a la protección y la cuantificación de las distintas prestaciones se regulan en normas dispersas que dan lugar a una notable y no siempre justificada casuística, en función no solo del grado de incapacidad sino también de la concurrencia o no de la situación de alta o asimilada, la edad del trabajador y la causa (accidente de trabajo o no laboral, enfermedad común o profesional) determinante de la incapacidad <sup>25</sup>.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social contiene algunas previsiones sobre la incapacidad permanente que parece oportuno, cuanto menos, apuntar. El proyecto contemplaba la exclusión de la incapacidad permanente total más allá del cumplimiento de una determinada edad en aquellas profesiones cuyo ejercicio resulta inviable a partir de la misma, previsión lógica que bien podía haberse alcanzado a través de una interpretación integradora de la normativa vigente pero que, sin embargo, no ha prosperado. Por lo que se refiere al período de carencia, se reduce el período de cotización exigible a los menores de 31 años. En materia de gran invalidez, se modifica el sistema de cálculo del complemento, con la finalidad de homogeneizar, hasta cierto punto, su importe al margen de las concretas cotizaciones del trabajador, lo que es razonable, dado que la prestación tiene por objeto retribuir a una tercera persona que asista al gran inválido. Por

<sup>25</sup> No es momento de profundizar en estas cuestiones. La regulación legal se encuentra en las siguientes normas: el artículo 138 LGSS regula los requisitos para el acceso a la protección y, en particular, el período de carencia que ha de reunirse cuando la incapacidad deriva de enfermedad común, que varía en función de la edad del trabajador en la fecha del hecho causante, salvo en el caso de la incapacidad permanente parcial, que requiere 1.800 días cotizados o en los supuestos de acceso a la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez desde la situación de no alta, en cuyo caso hacen falta 15 años cotizados, en este caso aunque la incapacidad derive de accidente no laboral. El artículo 139 regula las prestaciones en lo que atañe a las líneas generales, pero debe ser completado con otros preceptos reglamentarios. Así, si queremos conocer la base reguladora de la indemnización por incapacidad permanente parcial debemos acudir al artículo 9.º del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en tanto que el porcentaje de la pensión de incapacidad permanente total se regula en el artículo 12.2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre y el de la incapacidad permanente absoluta en el artículo 12.4 de la misma norma. El artículo 140 LGSS contiene las normas para el cálculo de las pensiones derivadas de enfermedad común, pero si la incapacidad deriva de accidente no laboral hay que acudir al artículo 7.º del Decreto 23 de junio de 1972, salvo que se trate de trabajadores en situación de no alta, en cuyo caso si es aplicable el artículo 140. Si la incapacidad deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional la prestación se determina en función de los *salarios reales* aplicando las reglas del antiguo reglamento de accidentes de trabajo, Decreto de 22 de junio de 1956. Una locura, en definitiva. Resulta también llamativo el tratamiento fiscal privilegiado de las pensiones de incapacidad permanente. De acuerdo con el artículo 7 f) del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se consideran exentas a los efectos del impuesto las prestaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

último, se introduce una previsión encaminada a que el importe de las pensiones quede afectado por los años de cotización del beneficiario, dado que, en la actualidad, a la base reguladora resultante de promediar un período de cotizaciones, se aplican los porcentajes rígidos de los distintos grados de incapacidad permanente, siendo el importe resultante el mismo para quien ha cotizado toda una vida que para quien lo ha hecho durante escasos años. Sucede, sin embargo, que la ley contempla una garantía de importe mínimo para las pensiones de incapacidad permanente total, de tal manera que los efectos de la norma se neutralizan hasta tal punto que, quienes han contribuido mínimamente, no solo no van a ver minoradas sus pensiones, sino que lucrarán, en muchos casos, mayores importes que los que les permite alcanzar la legislación ahora vigente.

El impacto en la realidad social y económica de las prestaciones de incapacidad permanente alcanza unas dimensiones que desbordan cualquier límite de razonabilidad, por más que, a niveles estadísticos, ello no se vislumbre. Si tomamos los datos de las pensiones del sistema que el INSS ofrece, a marzo de 2007 podemos contabilizar 877.744 pensiones de incapacidad permanente frente a 4.846.007 pensiones de jubilación, lo que las sitúa en una proporción, en términos absolutos, más o menos razonable. Sin embargo la realidad es muy otra. No debe olvidarse el apartado 4.º del artículo 143 LGSS, introducido por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, a cuyo tenor *las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de 65 años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viniere percibiendo.*

En definitiva, las pensiones, pese al cambio de denominación, lo siguen siendo de incapacidad permanente por lo que, si queremos conocer la realidad sin tapujos, debemos proceder a una corrección estadística teniendo en cuenta que si en 1996 los pensionistas de incapacidad permanente eran 1.692.324 y en 1997, tras la reforma, 805.656, hay que adicionar 850.000 a las pensiones de incapacidad y deducir otras tantas de las de jubilación, en los datos ofrecidos correspondientes a marzo de 2007. Las pensiones de incapacidad serían en realidad 1.727.744 y las de jubilación 3.996.007. La proporción entre ambas, cercana al 2 a 1.

## VII.2. Grados de incapacidad y actividad laboral. Normas y criterios en materia de compatibilidad.

La compatibilidad entre los distintos grados de incapacidad y el ejercicio de la actividad laboral y, paralelamente, entre el percibo de las prestaciones y el trabajo, puede en principio deducirse de la propia conceptualización de los distintos grados. Si la incapacidad permanente parcial lo es para el ejercicio de la profesión habitual<sup>26</sup> y no impide el desempeño de la misma aun cuando implica una disminución en el rendimiento de al menos un 33%, por propia definición, tal grado y la prestación que conlleva son compatibles con el mantenimiento de la profesión que se venía ejerciendo.

<sup>26</sup> Sobre qué deba entenderse por profesión habitual, *supra* IV.5.

Por lo que respecta a la incapacidad permanente total, se define legalmente como la que inhabilita para el desempeño de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre que el trabajador pueda dedicarse a otra distinta. En buena lógica, tal incapacidad y la correspondiente pensión serían incompatibles con el ejercicio de la profesión habitual y la consiguiente retribución, pero no habría problema de compatibilidad cuando la profesión fuera otra distinta. En este sentido se manifiesta bien que con no excesiva claridad, el artículo 141.1 LGSS, a cuyo tenor la pensión vitalicia por incapacidad permanente total será compatible con la percepción de un salario en la misma empresa u otra distinta. El precepto reglamentario de desarrollo, el artículo 24.3 de la OM de 15 de abril de 1969, habilita al empresario para reducir el salario correspondiente al nuevo puesto cuando los menoscabos del trabajador afecten a su capacidad para el desempeño del mismo.

Con respecto a la incapacidad permanente total se han suscitado conflictos sobre el alcance de la incompatibilidad cuando el trabajador afectado por la misma cambia de actividad pero inicia una que presenta las mismas o incluso mayores exigencias. El INSS entendía que el reconocimiento del grado de incapacidad permanente total suponía la imposibilidad de ejercicio no solo de la actividad habitual sino de cualquier otra que presentara unos requerimientos funcionales similares. No ha sido ese el criterio del Tribunal Supremo, para el que la declaración de incapacidad permanente total afecta tan solo al ejercicio de la concreta profesión habitual y no autoriza a la entidad gestora a extender la incompatibilidad a cualquier otra profesión, sea cual fuere su contenido. Cabe citar las Sentencias de 17 de mayo de 2006, recurso 1571/2005, 26 de noviembre de 2004, recurso 4266/2003 y 13 de marzo de 2003, recurso 2943/2002. En particular, esta última entiende razonable la tesis del INSS pero constata que no existe norma alguna que permita a la entidad gestora, de oficio, acordar la suspensión de la prestación de incapacidad permanente total. Además, *«dejar permanentemente abierta una resolución declarativa de IPT para efectuar un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones es crear una inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa»*.

Al INSS le quedarían dos caminos, según apunta la sentencia: la revisión de la incapacidad (sin suspender el abono de la pensión), *ateniéndose a las causas que lo permiten y a los efectos que la propia decisión de revisión tenga, en el caso de que la misma proceda o bien solicitar que se deje sin efecto aquella prestación por la vía del artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral*.

Esta segunda vía implica el ejercicio de una acción judicial por parte del INSS encaminada, no a la revisión por mejoría del grado de incapacidad permanente en su día reconocido, sino a la declaración de nulidad de la resolución administrativa que lo otorgó, por considerar la misma no ajustada a derecho dado que en realidad el trabajador no estaría afecto de la incapacidad de trabajo declarada. Como es fácil suponer, las posibilidades de éxito de una actuación de este tipo son muy escasas, sobre todo si se pretende justificar la revocación del derecho en hechos posteriores al reconocimiento del mismo, como el desempeño de nuevas actividades profesionales y deducir de ello una inicial capacidad de trabajo incompatible con el grado reconocido.

La revisión del grado de incapacidad por mejoría tampoco tendrá posibilidades ciertas de éxito si se pretende fundamentar la mejoría en la recuperación de capacidad funcional deducible del hecho de iniciar una determinada actividad.

Como es conocido, el carácter permanente de la incapacidad no obsta a que las resoluciones que reconocen o confirman los grados de incapacidad sean susceptibles de revisión. La regulación de la misma, sumamente escueta, se encuentra en el artículo 143 LGSS y contiene previsiones relativas a los plazos para llevarla a cabo <sup>27</sup>, las causas (error de diagnóstico, agravamiento o mejoría), y el objeto de la revisión. Este no es otro que el estado invalidante. Por estado invalidante se viene entendiendo el resultante de las limitaciones funcionales del trabajador, de tal manera que el éxito de la revisión está condicionado, en primer término, al hecho de que se produzca una variación en el mismo y, en segundo lugar, a que tal alteración presente una entidad suficiente. La STS de 31 de octubre de 2005, recurso 3383/2004 lo expresa con claridad diáfana: *Tanto la revisión por mejoría, como la procedente por agravación, exigen conceptualmente la comparación entre dos situaciones: la contemplada en la resolución que concedió la prestación, declarando el grado que se pretende revisar, y el estado actual del beneficiario, de tal modo que si la situación ha mejorado, deberá efectuarse la revisión a la baja, pero si el estado actual del beneficiario coincide con el pretérito que dio lugar al reconocimiento, no puede efectuarse la revisión por mejoría.*

Pues bien la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social procedió a una reforma del artículo 143 LGSS de la que nadie parece haberse percatado o, lo que es peor, a la que nadie atribuye efecto alguno. Será objeto de revisión, a partir de la reforma, no el estado invalidante, sino el estado invalidante *profesional*. ¿Qué puede significar esta adición? En una de las interpretaciones posibles, nada, sería superflua. Las incapacidades de nuestro Sistema de Seguridad Social, por definición legal, son profesionales y la revisión de grado procede, no simplemente porque el estado físico del trabajador se haya agravado o haya experimentado una mejoría, sino porque tal agravación o mejoría presentan una entidad suficiente como para afectar a la capacidad de trabajo en una medida tal que resulten justificados el reconocimiento de un superior grado o la rebaja o privación del inicial. Pero hay una segunda interpretación posible. La reforma vendría a salir al paso de algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales que se acaban de citar, ampliando los elementos a valorar a los efectos de una revisión de grado. La referencia al *estado invalidante profesional* autorizaría a revisar por mejoría aunque las limitaciones físicas permanecieran invariables cuando se pudiera constatar, a través de un hecho dado, que la capacidad de trabajo del beneficiario ha experimentado una evolución favorable. Ese hecho no sería otro que el efectivo desempeño de una actividad laboral que requiera de unas exigencias físicas similares a las de la profesión para cuyo ejercicio se reconoció una incapacidad permanente total. Esta interpretación supone trasponer al plano individual el principio general en materia de incapacidades, a tenor del cual no hay incapacidades, sino incapacitados. De la misma forma que una patología no afecta en igual medida a dos personas distintas, debe admitirse que unas mismas limitaciones pueden tener, para la persona que las sufre, un distinto alcance en función del momento temporal de que se trate y si por el transcurso del tiempo, por el afán de superación, por la mejora de las condiciones de trabajo, el incapacitado se siente en disposición y posibilidad de desempeñar una actividad de exigencias equivalentes a las que requería su profesión habitual, el hecho de que las limitaciones físicas permanezcan inalterables no debería obstar a la revisión por mejoría. Pero si tal era la intención del legislador, sin duda, debería haber sido más explícito.

<sup>27</sup> Cuestión de evidente interés pero que no procede examinar ahora.

Finalmente, por lo que se refiere a la incapacidad permanente absoluta <sup>28</sup>, si se atiende a su definición legal («la que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio»), no cabría otra conclusión que la incompatibilidad entre la misma y cualquier actividad profesional. Sin embargo, el artículo 141.2 LGSS establece que la pensión vitalicia de incapacidad permanente 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 a efectos de revisión. Este precepto autoriza el desempeño de actividades que, de ser lucrativas, determinarán el alta y cotización en un régimen de Seguridad Social a la par que se conservaría el derecho a seguir percibiendo la pensión, siempre y cuando se cumplan dos condiciones, que la nueva actividad sea compatible con el estado del beneficiario, esto es, que no resulte perjudicial, y que el ejercicio de la nueva actividad no represente un cambio en la capacidad de trabajo a efectos de revisión. Cabría entender, dada la redacción del precepto, que el legislador no vincula tal revisión al hecho de que el estado físico del trabajador haya experimentado una mejoría, posibilitando la rebaja de grado por el cambio de capacidad de trabajo que se objetiva, precisamente, por el ejercicio de la actividad. No es ese, sin embargo, el criterio de los tribunales <sup>29</sup>.

### VII.3. Prestaciones recuperadoras.

¿Son las prestaciones económicas las únicas previstas por nuestro ordenamiento para las situaciones de incapacidad permanente? En principio (¿o sería más exacto decir *en un principio*?) no. El sistema ha contemplado tradicionalmente las llamadas prestaciones recuperadoras. El artículo 38 LGSS que enumera las prestaciones que integran la acción protectora enuncia, entre estas, la recuperación profesional cuya procedencia se aprecie en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional o accidentes, sean o no de trabajo y se refiere también a las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos. De acuerdo con el artículo 54 LGSS, los derechos que integran la prestación de recuperación profesional son los regulados en el título II de dicha ley (en concreto, capítulo VI, arts. 153 a 159) y se prevé que también puedan disfrutar de los mismos los discapacitados en edad laboral.

Pues bien, sorpresivamente, sin justificación alguna plasmada en su exposición de motivos, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre <sup>30</sup>, ha derogado los artículos 153 a 159 LGSS, dejando sin contenido las prestaciones recuperadoras del sistema.

Parece oportuno, antes de proceder a una valoración de semejante medida, recordar brevemente el contenido de la normativa derogada. La sección 1.<sup>a</sup> del capítulo VI, bajo el epígrafe «prestaciones recuperadoras» contemplaba como tales el tratamiento sanitario adecuado (especialmente, la rehabilitación funcional), la orientación profesional y la formación profesional, por readaptación al trabajo habitual anterior o por reeducación para un nuevo oficio o profesión. Estas medidas o pres-

<sup>28</sup> La gran invalidez, como ya se ha apuntado, no es propiamente un grado de incapacidad permanente.

<sup>29</sup> La Sala de lo Social del TSJ del País Vasco afronta estas cuestiones en su Sentencia de 11 de octubre de 2005, recurso 1109/2005.

<sup>30</sup> Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, disposición derogatoria única, d).

taciones se articulaban de una manera coordinada, de tal forma que se contemplaba un plan o programa de recuperación, atendiendo a las aptitudes y facultades residuales del trabajador, edad, sexo y residencia. En el caso de incapacidades recuperables, el plan contemplaba también las características de su antigua ocupación y sus deseos razonables de promoción social.

La sección 2.<sup>a</sup> contenía un único precepto, el artículo 156, regulador del subsidio de recuperación, que se podía percibir mientras se desarrollaba la recuperación profesional. Su importe coincidía con el del subsidio de incapacidad temporal y era incompatible con este y con la percepción del salario, lo que lo convertía en una prestación más virtual que real.

La sección 3.<sup>a</sup>, bajo el epígrafe «empleo selectivo», remitía a la regulación reglamentaria medidas de reserva de puestos de trabajo y derechos de readmisión a favor de trabajadores incapacitados, así como diversas medidas complementarias (acondicionamiento de puestos de trabajo, subvenciones en el pago de cotizaciones, etc.).

Si volvemos la vista atrás, podemos constatar que uno de los principios inspiradores de nuestro sistema, enunciado en la norma originaria del mismo, la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963, es el de la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación. *«Una de las preocupaciones principales de la ley es la de potenciar al máximo, frente a las clásicas prestaciones económicas, el acceso de las personas comprendidas en su campo de aplicación a las de carácter técnico, tanto preventivas como recuperadoras, rehabilitadoras y reeducadoras»*, puede leerse en el apartado *justificación y directrices* de la ley de bases. Y si reparamos en la norma reguladora del procedimiento en materia de determinación y calificación de incapacidades (RD 1300/1995, de 21 de julio), comprobamos que el EVI está integrado por un experto en recuperación y rehabilitación, propuesto por el IMSERSO o por el órgano competente del Estado o de la comunidad autónoma respectiva, cuando del expediente se deduzcan indicios razonables de recuperación del trabajador (art. 2.4).

La idea de que las prestaciones recuperadoras hayan dejado de existir, por irracional e inaceptable, debe ser rechazada de antemano. Lo que se ha producido es un cambio de enfoque o perspectiva en el diseño y estructuración de las medidas protectoras, situando en el punto de vista de las mismas al discapacitado, término que englobaría tanto a los incapacitados permanentes como a los afectos de minusvalía. Ciertamente, no tenía sentido mantener unas prestaciones recuperadoras dentro de la acción protectora del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social para quienes, incorporados al mismo por su condición de trabajadores, han perdido en todo o en parte su capacidad de trabajo y otras prestaciones de la misma naturaleza en el marco de los servicios sociales del sistema, o extramuros del mismo, para quienes presentan menoscabos funcionales que dificultan su incorporación al mercado laboral. Las medidas que se pueden adoptar para lograr la reintegración de los primeros y el acceso de los segundos al mundo del empleo, son en gran medida coincidentes.

En definitiva, los contenidos que integraban las derogadas prestaciones *recuperadoras* subsisten en nuestro ordenamiento <sup>31</sup>. El tratamiento sanitario adecuado y la rehabilitación funcional se seguirán prestando a cargo del sistema público de Seguridad Social, pues integran el contenido de la prestación

<sup>31</sup> Excepción hecha del subsidio de recuperación.

de asistencia sanitaria, de acuerdo con el artículo 98 LGSS, Texto Refundido de 30 de mayo de 1974. Las medidas de orientación, formación, readaptación o reeducación se contemplan en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos y conforman las políticas activas de empleo, en el marco del capítulo II, título II de la Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre. Por lo que se refiere a la reserva de puestos de trabajo y derechos de readmisión a favor de trabajadores incapacitados, la Ley 13/1982, contiene sus propias medidas de reserva de puestos de trabajo (art. 38) y además habilitó al ejecutivo para dictar las normas de desarrollo sobre el empleo selectivo regulado en la sección 3.ª del capítulo VI del título 2.º LGSS, coordinando las mismas con lo dispuesto en la presente ley» (art. 40). En ejercicio de la habilitación se promulgó el Real Decreto 1452/1983, de 11 de mayo, que en su capítulo 1.º, bajo el epígrafe «empleo selectivo» regula el derecho de reincorporación a la empresa de los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente parcial, así como las preferencias para su incorporación de trabajadores afectados de incapacidad permanente total o absoluta que, después de percibir prestaciones de recuperación profesional, hubieran recobrado su capacidad laboral. Finalmente, por lo que atañe a las medidas complementarias (acondicionamiento de puestos de trabajo, subvenciones en el pago de cotizaciones...) la asimilación entre incapacitados y discapaces llevada a cabo por la Ley 51/2003 extiende a los primeros los beneficios destinados en un principio a estos últimos.

Siendo esto así, la medida legislativa no está exenta de crítica. No se entiende por qué el legislador no introdujo la más mínima explicación en la exposición de motivos de la ley respecto de la derogación operada y por qué no hizo referencia al nuevo enfoque de las políticas en materia de reinserción e integración laboral que, por otra parte, no está reñido con un tratamiento específico de los incapacitados permanentes en aquellos aspectos que resulte preciso.

## VIII. ACCIÓN PROTECTORA A FAVOR DE LOS DISCAPACITADOS

Las prestaciones económicas periódicas a favor de los discapacitados no tienen la relevancia de las pensiones contributivas de incapacidad permanente, pero han supuesto un avance cuantitativo y, más aún, cualitativo en la implantación del estado del bienestar. En el nivel no contributivo del sistema se contemplan pensiones de invalidez que tienen como destinatarios a quienes residan legalmente en nuestro país y presenten un grado de minusvalía no inferior al 65%. El beneficiario ha de ser mayor de 18 años y menor de 65 en la fecha de la solicitud y no ha de superar un determinado límite de ingresos. La cuantía de la pensión se actualiza por las leyes anuales de presupuestos y en 2007 alcanza el importe mensual de 312,43 euros. La regulación legal se contiene en los artículos 144 a 149 LGSS y la norma de desarrollo es el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo. Cabe destacar la reforma introducida por la Ley 8/2005, encaminada a favorecer el acceso al trabajo de los discapacitados beneficiarios de la pensión, a través de la compatibilidad, con ciertos límites temporales y cuantitativos, de la pensión y los ingresos provenientes de la actividad laboral (art. 147 LGSS) <sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Es objeto de regulación minuciosa el requisito de carencia de ingresos o rentas, que se determina no solo en función de los que sean propios del beneficiario, sino también de los que correspondan a los restantes miembros integrantes de la unidad familiar. Por otra parte, la cuantía de la pensión se ve afectada si en una misma unidad familiar concurren varios beneficiarios o si se perciben ingresos o rentas por importe que no llegue a impedir el nacimiento del derecho. Por el contrario, si el grado de minusvalía es del 75% la pensión se incrementa en un 50%.



Sorprende que el artículo 147 LGSS prevea que las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva 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. Sorprende porque el concepto legal de invalidez no contributiva (art. 136.2 LGSS) no contiene referencia alguna a la afectación de la capacidad de trabajo como requisito. La incompatibilidad entre invalidez no contributiva y trabajo no deriva de la minusvalía, sino del requisito de carencia de rentas, cuyo cumplimiento por quien desempeñe una actividad laboral es complicado.

Otra prestación económica de carácter periódico es la asignación familiar por hijo a cargo. Como ya se ha apuntado <sup>33</sup>, se trata de una prestación que integra el nivel no contributivo y cuyo beneficiario es quien tiene un hijo <sup>34</sup> a su cargo, de tal manera que este asume la condición de sujeto causante de la protección. La regulación legal se contiene en los artículos 181 y ss. de la LGSS y el desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre. Si el hijo o acogido tiene la condición de minusválido no se exige al beneficiario el requisito general de carencia o limitación de rentas. Si el grado de minusvalía es igual o superior al 33% sin alcanzar el 65% la prestación consiste en un subsidio mensual de 48,47 euros <sup>35</sup> que se extingue cuando el hijo o acogido cumple los 18 años. Si el grado de minusvalía es igual o superior al 65%, el importe del subsidio es de 312,43 euros mensuales <sup>36</sup> y la prestación no se extingue por causa de la edad. En este caso, además, se atribuye la condición de beneficiario al propio discapacitado mayor de 18 años que no haya sido incapacitado judicialmente y que conserve su capacidad de obrar (art. 182.2 LGSS). A la luz del tenor literal de la norma, la condición de beneficiario se desplaza del padre al hijo, por el hecho de acceder a la mayoría de edad, siempre que conserve su capacidad de obrar y no haya sido incapacitado y ello en todo caso, no solo en el muy excepcional de abandono, sino también en situaciones de convivencia familiar o vida independiente del hijo <sup>37</sup>.

Las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo son incompatibles con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva. Son compatibles en cambio con la pensión de orfandad que este pueda percibir y con el ejercicio, por el hijo o acogido, de una actividad profesional, siempre que sus ingresos anuales en concepto de rendimientos de trabajo no superen el 75% del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.

Cabe referirse también a las prestaciones económicas periódicas que se regulan en la Ley 13/1982, de 13 de abril, de integración social de minusválidos. El subsidio de garantía de ingresos mínimos y el subsidio de ayuda de tercera persona fueron suprimidos por la Ley 26/1990, que introdujo en nuestro ordenamiento las pensiones no contributivas de invalidez, pero siguen siendo percibidos por quienes los tuvieran reconocidos en la fecha de entrada en vigor de dicha ley. Sus importes

<sup>33</sup> *Supra* III.

<sup>34</sup> O acogido, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

<sup>35</sup> Importe correspondiente a 2007.

<sup>36</sup> (468,65 euros si el grado de minusvalía es igual o superior al 75% y concurre necesidad de ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida). Importes referidos a 2007.

<sup>37</sup> Esta posibilidad fue introducida por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre. Tradicionalmente la configuración del hijo como beneficiario se vinculaba a los casos de fallecimiento de los padres o abandono familiar.

respectivos, para 2007, son 149,86 euros y 58,45 euros. Por último, el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, a favor de discapacitados con problemas graves de movilidad, tiene un importe, en 2007, de 49,54 euros.

Con todo, en lo que concierne a la acción protectora de las personas con discapacidad, destacan las prestaciones de naturaleza técnica: prestaciones sanitarias encaminadas al restablecimiento de la salud, rehabilitación médico-funcional dirigida a la recuperación y desarrollo de las capacidades residuales, y recuperación profesional, que persigue la inserción laboral (reinserción en su caso), así como medidas de integración social<sup>38</sup>.

Importancia capital alcanzan las medidas encaminadas a la integración laboral de los discapacitados. Se regulan los centros especiales de empleo para acoger a quienes no puedan ejercer una actividad profesional en las condiciones habituales<sup>39</sup> pero la finalidad primordial es la incorporación al mercado ordinario de trabajo. Para conseguir tal propósito se articulan medidas de adaptación del puesto de trabajo y accesibilidad de la empresa, reserva de puestos de trabajo en empresas que alcancen un determinado número de trabajadores y un conjunto de ayudas, subvenciones y desgravaciones encaminado a promover la colocación. Las previsiones del Título VII de la Ley 13/1982 han sido objeto de desarrollo por el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que a su vez ha sido objeto de modificación por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero. La Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo regula el programa de fomento del empleo que contempla importantes bonificaciones encaminadas a favorecer la contratación de (entre otros colectivos) los discapacitados.

Existen ventajas fiscales en favor de los discapacitados. El artículo 154 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas contempla reducciones sobre la base imponible del impuesto, por razón de discapacidad o para aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas.

Completarían la acción protectora medidas en el ámbito educativo, facilidades y descuentos en los transportes, ayudas y beneficios en el ámbito local...

## IX. PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE

Una vez analizados los conceptos de incapacidad permanente y discapacidad, así como las correspondencias entre una y otra figura y la acción protectora prevista para cada una de ellas, es momento de concretar algunas reflexiones en relación a la incapacidad permanente, aventurando determinadas propuestas en aras a una posible reforma legal. Son las siguientes:

<sup>38</sup> Títulos V y VI de la Ley 13/1982 y Real Decreto 383/1984. Convocatorias anuales de ayudas individuales.

<sup>39</sup> Existen centros ocupacionales para los que ni siquiera puedan acceder a los centros especiales.

## **1. La prestación de incapacidad permanente protege en la actualidad situaciones de necesidad que nada tienen que ver con los menoscabos funcionales.**

Esta afirmación se sustenta en el número de pensionistas de incapacidad permanente. Como ya se señaló <sup>40</sup> los pensionistas de incapacidad permanente, a marzo de 2007, está en torno a los 1.730.000. En un país en paz desde hace décadas con una situación sanitaria e higiénica adecuada, una preocupación creciente por las condiciones de trabajo y el desarrollo de políticas de prevención de riesgos laborales, no es en absoluto lógico que haya tal número de incapacitados, por lo que hay que aceptar una realidad: la incapacidad permanente protege también otras situaciones, como puede ser la pérdida del empleo, a la par que posibilita el abandono de actividades profesionales que se consideran poco satisfactorias por su contenido, horarios, retribuciones, dificultad de conciliar la vida familiar, necesidad de atender a menores o ancianos...

## **2. La litigiosidad en materia de incapacidad permanente es indicativa de una regulación legal inadecuada.**

Los informes anuales que publica el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social permiten hacerse una cabal idea del peso específico de la incapacidad permanente en la litigiosidad. El último de los informes publicados es el de 2005 que contiene también los datos de los años anteriores, a partir de 1997.

El número de procesos iniciados en los Juzgados de lo Social contra resoluciones del INSS ascendió en 2005 a 60.670. Pues bien, de ellos, 43.841 lo fueron en materia de incapacidad permanente, lo que supone un 72,26% del total. Frente a esta realidad, las cifras relativas a las restantes prestaciones resultan testimoniales: 2.508 procedimientos sobre jubilación (4,1%), 1.513 sobre muerte y supervivencia (2,49%). Cabría destacar los 9.932 procedimientos en materia de incapacidad temporal (16,37%). En definitiva, los procedimientos sobre prestaciones que protegen situaciones de necesidad relacionadas con la alteración de la salud supondrían prácticamente el 90% del total.

La hegemonía de la incapacidad permanente en la litigiosidad se refuerza aún más si se relacionan los procedimientos contenciosos con el número de expedientes resueltos. Mientras en 2005 se resolvieron 314.265 expedientes de jubilación, lo que sitúa la relación con los procesos en el 0,80%, los expedientes resueltos en materia de incapacidad permanente ascendieron a 170.300, por lo que la relación es del 25,74%. Esto es, de cada cuatro resoluciones dictadas por el INSS en materia de incapacidad permanente más de una es impugnada ante los juzgados. El dato es suficientemente elocuente.

En el capítulo de los resultados cabe apuntar que en 2005 los Juzgados de lo Social dictaron 41.506 sentencias en materia de incapacidad permanente, de las cuales un 37% estimaron total o parcialmente las pretensiones de los actores.

<sup>40</sup> *Supra* VII.1.

Estos datos corresponden al total nacional. Si se analiza la situación en algunas comunidades y provincias se constatan notables distorsiones. León, con menos de la mitad de trabajadores afiliados que Zaragoza tiene más procedimientos de incapacidad permanente. Como los tiene más Guipúzcoa que Vizcaya, cuando la primera cuenta con 296.914 trabajadores afiliados y la segunda con 450.998. Galicia, Asturias y algunas provincias levantinas y andaluzas destacarían también en este ranking. Por lo que se refiere a los resultados, hay provincias donde la obtención de una pensión de incapacidad permanente en el juzgado parece estar al alcance de la mano: en las Palmas se estimaron el 60% de las demandas, en Alicante y Navarra el 54%, en Ourense el 47%... Si este análisis descendiera al nivel de juzgados, se constataría que en una misma localidad conviven órganos jurisdiccionales restrictivos junto con otros extremadamente *generosos*.

El número de recursos de suplicación en materia de incapacidad permanente es también considerable. Se presentaron 24.137 en 2005, 16.679 contra el INSS y 7.458 por la entidad gestora. Si los juzgados dictaron 43.841 sentencias en materia de incapacidad, la proporción entre sentencias y recursos es del 55%.

No se trata de restringir el acceso a la jurisdicción en materia de incapacidad permanente, plenamente garantizado por el artículo 24 CE y debe asumirse que los órganos jurisdiccionales discrepen de las calificaciones efectuadas por la entidad gestora, pero el elevadísimo índice de litigiosidad y el muy alto porcentaje de revocaciones son el fiel exponente de un defecto estructural en la regulación.

### **3. Las reformas introducidas por la ley de en materia de Seguridad Social no alteran sustancialmente la regulación actual.**

La ley contiene medidas de reforma que pueden calificarse de epidérmicas. Como ya se ha apuntado (*supra* VII.1) la que podía revestir un mayor alcance (vincular la cuantía de la pensión a los años cotizados) está neutralizada en la propia norma, que prevé una cuantía mínima para la pensión de incapacidad permanente total y computa como cotizados los años que medien entre la fecha del hecho causante de la prestación y la edad de jubilación.

### **4. Introducir un sistema baremado para calificar la incapacidad permanente no parece la solución adecuada.**

Si el objetivo es adecuar la dimensión de la incapacidad en el sentido de que solo accedan a la protección quienes verdaderamente presenten menoscabos funcionales que les hagan acreedores de la misma, sustituir el actual sistema de valoración por otro baremado no produciría ningún efecto apreciable. Simplemente se trasladaría la controversia al ámbito del baremo y se cuestionaría el apartado del mismo a aplicar o el número de puntos que deben ser asignados en función de un apartado dado.

No variarían ni el número de solicitudes en vía administrativa ni el número de procedimientos judiciales. Los pleitos en materia de incapacidad permanente serían como los que ahora tienen lugar cuando se cuestiona el grado de minusvalía. El Magistrado de instancia, valorando las pruebas practicadas, procede a asignar puntos en aplicación del baremo y fija un determinado porcentaje.

## **5. La asimilación entre pensionista de incapacidad permanente y discapacitados debe suponer un cambio en las perspectivas y contenidos de la protección de los primeros.**

Cuando la Ley 51/2003 reconoce un grado de minusvalía a los afectados por una incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, les otorga un estatus que garantiza el acceso a una pléyade de prestaciones y medidas encaminadas, entre otros aspectos, a la rehabilitación funcional, el desarrollo de capacidades residuales, la recuperación profesional y la efectiva integración laboral. Ello sin límite alguno en razón del grado de incapacidad reconocido <sup>41</sup>.

Esta nueva realidad es incompatible con el actual sistema de protección conformado de manera exclusiva por prestaciones de naturaleza económica, reparadoras de un daño que se identifica con la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de ejercicio de una actividad laboral.

La capacidad laboral del incapacitado permanente de la que, por otra parte, siempre ha habido manifestaciones en nuestro ordenamiento <sup>42</sup> deja de ser una antítesis para convertirse en una realidad insoslayable que debe inspirar cualquier proyecto de reforma que se quiera articular.

## **6. La acción protectora en materia de incapacidad permanente debería contemplar un solo grado: la incapacidad absoluta y permanente para todo trabajo de la profesión habitual <sup>43</sup>. Esto es, la actual incapacidad permanente total.**

La gran invalidez, como ya se ha apuntado (*supra* IV.5) no es un grado de incapacidad permanente propiamente dicho porque se define en función de parámetros ajenos a la capacidad laboral de quien la sufre. Debe sin duda ser protegida pero no por medio de una prestación contributiva de incapacidad permanente, sino en el ámbito de la Ley 26/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

<sup>41</sup> Bien sintomático es el hecho de que el derogado artículo 150 LGSS, al regular el empleo selectivo limitaba los derechos de los incapacitados absolutos y grandes inválidos a la admisión en centros piloto de carácter especial.

<sup>42</sup> Compatibilidad de la incapacidad permanente parcial con la propia profesión, posibilidad del incapacitado permanente total de desempeñar otra distinta, reconocimiento a incapacitados absolutos y grandes inválidos de la posibilidad de desempeñar actividades laborales compatibles con su estado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

<sup>43</sup> Como puede apreciarse, se recurre a la fórmula empleada por el venerable SOVI. Nada nuevo bajo el sol. Tan cierto en el mundo jurídico como en cualquier otro ámbito.

La protección de la incapacidad permanente parcial carece de justificación razonable, pues es compatible con el mantenimiento de la actividad profesional habitual y con la correspondiente retribución. La mayor penosidad o dificultad en el trabajo deberá ser paliada mediante la adopción de medidas preventivas y de protección, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

El grado de incapacidad absoluta debe ser suprimido, porque la protección que conlleva no es coherente con el reconocimiento del derecho al ejercicio de una actividad laboral por parte del incapacitado permanente y el fomento de la misma. No es solo que la LGSS permita el desempeño de actividades profesionales compatibles con tal grado de incapacidad, sino que la Ley 51/2003 asimila a incapacitados permanentes y discapacitados, posibilitando a los primeros el acceso a las medidas de fomento de empleo para el mercado ordinario y a la contratación en prácticas o para la formación con las peculiaridades previstas para los últimos.

En definitiva, restaría un único grado de incapacidad, la incapacidad absoluta y permanente para el ejercicio de la profesión habitual.

## **7. La prestación económica por incapacidad permanente debería tener un carácter subsidiario respecto a la integración laboral.**

El órgano competente para proponer la declaración de una incapacidad permanente debería decidir si el trabajador presenta aptitud para su integración laboral, en cuyo caso no generaría derecho a pensión de incapacidad permanente, sino que accedería a los procesos de recuperación profesional y a los programas de orientación, formación y readaptación o reeducación profesional que le habilitaran para el desempeño de una actividad compatible con su estado. Durante el desarrollo de tales programas percibiría el subsidio de recuperación<sup>44</sup> (derogado por la Ley 52/2003). Finalizados estos, el acceso a un nuevo trabajo se vería facilitado por las bonificaciones del programa de fomento de empleo y las reducciones de cuotas y las subvenciones previstas en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Si concluyeran los programas formativos y de recuperación profesional y no se produjera la incorporación al mundo laboral, el beneficiario podría acceder a la protección por desempleo, si reuniera los requisitos legales para ello.

El derecho a pensión se reconocería tan solo cuando, a juicio del órgano calificador, no existieran posibilidades ciertas de recuperación profesional, bien en razón de las limitaciones funcionales concurrentes, bien atendiendo a la edad del beneficiario. El porcentaje para el cálculo de la pensión podría ser del 75% a aplicar sobre la base reguladora<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Que debería ser reintroducido en el ámbito de la acción protectora, pues como ya se indicó (*supra* VII.3) fue derogado por la Ley 52/2003.

<sup>45</sup> Como contempla el proyecto de ley de medidas en materia de Seguridad Social actualmente en fase de trámite parlamentario, la base reguladora se calcularía promediando las cotizaciones de un período temporal dado, en función de la edad del beneficiario y estaría también afectada por los días efectivamente cotizados.

Tal pensión sería compatible con el ejercicio de cualquier actividad laboral distinta de la habitual del beneficiario pero, en tal caso, el importe de la pensión se reduciría al 50% de la base reguladora. Tal compatibilidad es consecuencia del principio inspirador de la regulación: la reinserción profesional del incapacitado, que debe regir en todo caso, aun en aquellos en los que el órgano calificador de la incapacidad permanente hubiese considerado que no era factible la reinserción.

La pensión debería tener el mismo trato fiscal que las restantes prestaciones económicas del sistema y estar sujeta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, máxime cuando por efecto de la asimilación legal operada, el incapacitado permanente accede a las desgravaciones fiscales en favor del afectado por un grado de minusvalía superior al 33%.

## **8. La subsidiariedad del derecho a pensión jugaría como elemento disuasorio del acceso a la incapacidad permanente.**

Si la protección de la incapacidad permanente consiste, con carácter principal, en programas y medidas de reinserción social, la presión sobre los órganos calificadores administrativos y, derivadamente, sobre los órganos jurisdiccionales, disminuirá sin duda de forma considerable. La incapacidad permanente dejará de ser el refugio de otras situaciones de necesidad, como el desempleo, o el remedio a situaciones de insatisfacción laboral o personal <sup>46</sup>. Accederán a la incapacidad permanente quienes en verdad presenten menoscabos que afecten de manera grave a su capacidad de trabajo. Los recursos económicos que se liberen podrían ser destinados a las políticas de inserción.

<sup>46</sup> Que están sin duda en el origen de fibromialgias, fatigas crónicas, síndromes ansioso depresivos...