

INCAPACIDAD PERMANENTE Y RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO DE «MINUSVALÍA»

(Comentario a las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2006, rec. núm. 1359/2006, y de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005) *

ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

Doctora en Derecho

Profesora Titular de Derecho

del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Europea de Madrid

Extracto:

STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 2006, rec. núm. 1359/2006.

Minusvalías. Reconocimiento automático. La equiparación entre incapacidad permanente total y minusvalía en grado igual o superior al 33%, que realiza el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, tiene lugar *a efectos exclusivamente de la misma*, sin afectar, por tanto, al reconocimiento de grado de minusvalía del Real Decreto 1971/1999 que se realizara conforme a los criterios tasados del mismo. Debe rechazarse la pretensión de la actora de establecer una condena genérica de minusvalía, condenándose al demandado a los solos efectos de aquella ley.

STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 23 de mayo de 2006, rec. núm. 1033/2005.

Gran Invalidez. La gran invalidez no puede concebirse sin la existencia de un tercero, ya que la propia prestación no tiene otra finalidad que la de retribuir a quien atiende al gran inválido. Lo fundamental es la necesidad de que otra persona le asista en los actos esenciales de la vida, con independencia de la situación funcional en la que se encuentre el beneficiario, y realice o no una actividad retribuida, pero no se justifica si la necesidad es de ayudas puntuales. No puede equipararse, ni tener una actuación automática de declaración de gran invalidez, el hecho de que se haya reconocido por el Departamento de Bienestar Social la necesidad de tercera persona, pues dicha calificación tiene en consideración factores que no son transportables directamente a las situaciones de invalidez contributiva.

Palabras clave: minusvalía, discapacidad, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 288, marzo 2007 y en *Normacef Social*.

Sumario

1. Supuestos de hecho y cuestiones planteadas.
2. Delimitación conceptual: incapacidad permanente, minusvalía y figuras afines.
 - 2.1. Incapacitación.
 - 2.2. Incapacidad.
 - 2.3. Invalidez.
 - 2.4. Minusvalía.
 - 2.5. Discapacidad.
 - 2.6. Dependencia.
3. Conexiones y diferencias entre la incapacidad permanente y la minusvalía.
 - 3.1. Reconocimiento de minusvalía y petición de equivalencia automática con incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.
 - 3.2. Reconocimiento de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y equiparación automática con la minusvalía.

1. SUPUESTOS DE HECHO Y CUESTIONES PLANTEADAS

STSJ de Castilla y León/Valladolid de 2 de octubre de 2006.

1. La demandante fue declarada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) afectada de incapacidad permanente absoluta tras emitirse dictamen por el Equipo de Valoración de Incapacidades.

2. Posteriormente solicitó el reconocimiento de minusvalía, iniciándose el correspondiente expediente que concluyó con el reconocimiento de un grado de minusvalía del 23 por 100.

3. La actora recurrió dicha resolución, solicitando en su demanda que se le declarase que alcanzaba un grado de minusvalía superior al reconocido de 23 por 100 o, en todo caso, igual al 33 por 100, basándose, entre otras normativas, en lo establecido en la Ley 51/2003 de 2 de diciembre en su artículo 1.º 2, alegando equiparación automática entre incapacidad permanente y minusvalía.

STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2006.

1. Mediante resolución de fecha de 2 de febrero de 2004, el demandante fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta formulando reclamación previa en la que solicita ser declarado en situación de gran invalidez.

2. El Juzgado de lo Social 18 de Barcelona desestimó la pretensión del demandante.

3. El Departamento de Bienestar Social había reconocido previamente al trabajador la necesidad de ayuda domiciliaria.

4. La demanda fue presentada por el representante legal del trabajador, pues este, que padecía síndrome de Down, había sido declarado incapaz.

Ambas resoluciones plantean la posible relación existente entre la situación de incapacidad permanente, en su grado de total, absoluta o gran invalidez, en el ámbito de la Seguridad Social y la condición de minusválido reconocida en otros ámbitos: laboral o de protección social.

El enfoque de partida es diferente en cada uno de los juicios realizados. En la sentencia del TSJ de Castilla y León/Valladolid se estudia si la existencia de una calificación de incapacidad permanente absoluta con el reconocimiento de la prestación de invalidez basta para atribuir al afectado un porcentaje de minusvalía igual o superior al 33 por 100 y si este reconocimiento ha de serlo no a los meros efectos de la aplicación de la Ley 51/2003, sino con carácter universal, tal y como solicita el recurrente en su recurso.

El TSJ de Cataluña, por su parte, analiza si el reconocimiento de un determinado grado de minusvalía o de la necesidad de ayuda domiciliaria implica necesariamente el reconocimiento de una situación de gran invalidez.

Se hace preciso, pues, determinar si los dos supuestos de hecho que nos ocupan, incapacidad permanente total y minusvalía/discapacidad, precisan de las mismas consecuencias jurídicas; es decir, ¿son equiparables los conceptos de minusválido/discapacitado e incapacitado permanente?

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL: INCAPACIDAD PERMANENTE, MINUSVALÍA Y FIGURAS AFINES

En este apartado intentaremos aclarar qué entiende el legislador por incapacidad permanente y por minusvalía. Definiremos ambos términos y estableceremos las diferencias y posibles conexiones existentes entre ellos y, en su caso, con otros afines ¹.

2.1. Incapacitación.

En el caso analizado en la sentencia de Cataluña, el trabajador, que padecía síndrome de Down, se encontraba incapacitado judicialmente.

El Código Civil (CC) establece una institución de protección para aquellas personas que por padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico no puedan gobernarse por sí mismas ni administrar sus bienes.

¹ *Vid.*, sobre esta cuestión, el Capítulo II del Libro Blanco sobre *La Atención a las personas en situación de dependencia en España*, presentado por el Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales el 23 de diciembre de 2004 (documento de preparación de la Ley de Dependencia), págs. 4 a 12. http://www.tt.mtas.es/periodico/serviciossociales/200501/libro_blanco_dependencia.htm (última consulta, 5 de enero de 2007).

La incapacitación judicial es el único medio para reconocer y declarar la inexistencia o limitación de la capacidad de obrar de los ciudadanos, que de otro modo se presume plena. La regulación de esta incapacitación judicial se establece en los artículos 199 y siguientes del CC y en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículos 756 a 763, con relación a los procesos sobre capacidad de las personas.

Solo es incapaz quien así haya sido declarado en sentencia judicial firme, promovido expediente de incapacitación, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal. El juez declarará el alcance y los límites de la incapacidad en la sentencia constitutiva. La incapacidad podrá ser total (sometida a tutela) o parcial (sometida a curatela). La necesidad de ayuda para realizar las actividades de la vida diaria no requiere en todos los casos la incapacidad judicial, pues muchas de las personas afectadas pueden gobernarse por sí mismas. En el caso analizado por la STSJ de Cataluña, el Departament de Benestar Social de Cataluña sí había reconocido esta necesidad de ayuda domiciliaria ².

2.2. Incapacidad.

El artículo 136 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) ³ dispone que la incapacidad permanente ⁴ «es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas y funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que **disminuyan o anulen su capacidad laboral**» dando lugar a distintos grados de incapacidad.

Dichos grados están en función de las reducciones anatómicas o funcionales sufridas por los trabajadores, siempre que disminuyan o anulen su capacidad laboral. En función del porcentaje de la reducción de trabajo del interesado, el artículo 137 del TRLGSS distingue los siguientes grados:

- incapacidad permanente parcial,
- incapacidad permanente total para la profesión habitual,
- incapacidad permanente absoluta y
- gran invalidez.

² Dice la STSJ de Cantabria de 4 de febrero de 2003 (Rec. 605/2002): «ni siquiera una incapacidad declarada judicialmente llevaría implícita incapacidad permanente absoluta. Así lo justifica la Sentencia del TS de 19 de diciembre de 2000, al abordar dos supuestos sustancialmente iguales de incapacitados legalmente que prestaban servicios en un centro de empleo protegido. Y es que también una persona de capacidad limitada puede desarrollar un trabajo siempre que esté autorizado por su representante legal (art. 7.º del Estatuto de los Trabajadores)».

³ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29 de junio).

⁴ El artículo 136 del TRLGSS continúa utilizando la expresión «invalidez» permanente. No obstante, a partir de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, se ha producido un cambio de denominación en la prestación, al sustituirse el término «invalidez permanente» por el de «incapacidad permanente».

Como puede observarse, nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que deberá determinarse en cada caso concreto a través de una serie de elementos que integran el concepto legal de incapacidad permanente ⁵:

- a) alteración grave de la salud,
- b) disminución o anulación de la capacidad laboral y
- c) carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad laboral.

El artículo 137.2 del TRLGSS remitía a un futuro reglamento la fijación del porcentaje de reducción que serviría para calificar la incapacidad permanente. Doce años después de haberse aprobado dicho precepto, todavía no ha sido objeto de desarrollo reglamentario. Continúa, pues, siendo de aplicación la legislación anterior ⁶. En este sentido, el artículo 137 de la LGSS, Decreto 2065/1974 ⁷, define los grados de incapacidad permanente de la siguiente forma:

- a) Se entenderá por *incapacidad permanente parcial para la profesión habitual* la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle, la realización de las tareas fundamentales de la misma.
- b) Se entenderá por *incapacidad permanente total para la profesión habitual* la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.
- c) Se entenderá por *incapacidad permanente absoluta para todo trabajo* la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.
- d) Se entenderá por *gran invalidez* la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La valoración acerca de la incapacidad permanente del trabajador en cualesquiera de sus grados legales, parcial, total o absoluta, se contrae a valorar la capacidad residual que tiene un determinado trabajador tomando como coordenadas de esa valoración primero, las lesiones efectivamente acreditadas y después, su incidencia en el desarrollo efectivo del trabajo y/o profesión que desempeña –incapacidad permanente parcial (art. 137.3 del TRLGSS) e incapacidad perma-

⁵ Sobre la delimitación del concepto de Incapacidad Permanente y la distinción con el concepto de discapacitado existente en el ámbito laboral, *vid.*, GARCÍA QUIÑONES, J.C. [2005]: «El concepto jurídico-laboral de discapacitado», en, *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, (VALDÉS DAL-RÉ, F., dir.; LAHERA FORTEZA, J., coord.), Biblioteca Nueva, págs. 77 a 79.

⁶ Disposición transitoria quinta bis del TRLGSS.

⁷ BOE de 20 de julio.

nente total (art. 137.4 del TRLGSS)– o, en el resto de los trabajos, para el supuesto de anulación de la capacidad laboral –incapacidad permanente absoluta (art. 137.5 del TRLGSS) ⁸–.

En esa valoración, pues, no cabe tener en cuenta las dificultades que pueda tener el trabajador para encontrar empleo por razón de su falta de conocimientos o preparación, pues las limitaciones para el trabajo han de provenir de alteraciones en su salud, según recoge el artículo 137 del TRLGSS y reitera la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) interpretando la normativa precedente, de análogo contenido (por ejemplo, STS de 23 de junio de 1986). Máxime cuando nuestras leyes ya contemplan esa situación y han establecido que, de concurrir en persona mayor de 55 años y pensionista de incapacidad permanente total por un régimen de Seguridad Social protector de los trabajadores asalariados, dé lugar a que, mientras no se tenga empleo, se tenga derecho a cobrar un incremento en la cuantía de esa pensión, de tal forma que se percibe calculada en función del 75 por 100 de la base reguladora, en lugar de hacerlo con el 55 por 100 de la misma ⁹.

2.3. Invalidez.

En la actualidad, el término «invalidez» se reserva a dos supuestos: el regulado por el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) y al que es objeto de protección por la prestación no contributiva de invalidez.

El *SOVI* ¹⁰ es un régimen residual que se aplica a los trabajadores y sus derechohabientes que, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación de este extinguido régimen, carezcan de protección a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. Para este seguro, la invalidez se define como absoluta y permanente para la profesión habitual. Las dolencias determinantes de aquella deben haber sido la causa de cese en la actividad laboral del interesado.

A su vez, dentro también del sistema de la Seguridad Social, la *prestación de invalidez no contributiva de la Seguridad Social* se define en el artículo 136.2 del TRLGSS como aquella que deriva de deficiencias, previsiblemente definitivas, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que **anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes la padecen**. Se regula en los artículos 144 a 149 del TRLGSS, desarrollados por el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (RPNC) ¹¹.

A diferencia de la incapacidad permanente, **la calificación de la invalidez es ajena a la capacidad laboral de la persona**, por lo que se utiliza el término invalidez frente al de incapacidad, propia de una prestación de nivel contributivo. En este sentido, el artículo 136 del TRLGSS traza la diferencia entre ambas basándose en el elemento profesional, puesto que la contributiva solo puede

⁸ GARCÍA QUIÑONES, J.C., «El concepto jurídico-laboral de discapacitado...», *op.cit.*, págs. 77 a 78.

⁹ Artículo 6.º del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en relación con el artículo 139.2 del TRLGSS.

¹⁰ La normativa básica aplicable a esta prestación es el Decreto de 18 de abril de 1947 y la Orden Ministerial de 18 de junio de 1947.

¹¹ BOE de 21 de marzo.

ser causada por quien es trabajador. El inválido podrá prestar servicios en una empresa previa suspensión del derecho a la pensión, que se recuperará automáticamente cuando se extinga el contrato o deje de desarrollar la actividad laboral (art. 144.1, párr. 4.º del TRLGSS).

Se exige que las deficiencias padecidas alcancen una minusvalía igual o superior al 65 por 100, valorándose los factores físicos, psíquicos y sensoriales, así como los factores sociales complementarios (art. 148.1 del TRLGSS).

La determinación del grado de minusvalía se determina de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía ¹² (art. 148.2 del TRLGSS).

También al contrario que en la incapacidad contributiva, no existen diferentes grados de invalidez, aunque se regula una situación específica o complemento de la pensión, para el supuesto de que el particular precise la asistencia de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida como vestirse, desplazarse, comer o análogos, siempre que el interesado padezca una minusvalía o enfermedad crónica igual o superior al 75 por 100. En este caso, el beneficiario tendrá derecho a un complemento de pensión equivalente al 50 por 100 del importe de la pensión (art. 145.6 del TRLGSS).

El RPNC establece en su disposición adicional tercera.2 una *presunción* de que está afecto de minusvalía igual al 65 por 100 quien tenga reconocida en la modalidad contributiva una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo; si tiene reconocida una gran invalidez se presumirá que el interesado está afecto por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 estando necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida. Dicha presunción será «a los efectos previstos» en la disposición adicional tercera.1 de la propia norma reglamentaria, que se refiere al reconocimiento de una pensión de invalidez no contributiva a quien, padeciendo secuelas o dolencias determinantes de incapacidad permanente absoluta, se le ha denegado la pensión contributiva por falta de alguno de los requisitos exigidos para su atribución ¹³.

El TS, en sentencia de 6 de abril de 2006 ¹⁴, recaída en unificación de doctrina, ha considerado que la disposición adicional tercera.2 establece una presunción con efectos limitados al reconocimiento de una pensión de invalidez no contributiva, pero «no extiende el alcance de la misma, fuera del ámbito de la Seguridad Social, a la declaración de minusvalía o discapacidad con proyección en otros campos o sectores del ordenamiento jurídico».

Encontramos así un primer texto legal en el que, al hilo de la regulación de la invalidez, se establece una conexión entre un determinado grado de incapacidad permanente y la minusvalía, estableciendo una equiparación entre ambos, pero en un ámbito muy limitado, el de la Seguridad Social, sin que dicha asimilación tenga otros efectos laborales o sociales.

¹² BOE de 26 de enero de 2000.

¹³ RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍLCHEZ PORRAS, M. [2006]: *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, págs. 380 a 381

¹⁴ Recurso 771/2005.

2.4. Minusvalía.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) ¹⁵ dispone en su artículo 7.º que «a los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválido 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 sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».

Dicha Ley estableció una serie de medidas protectoras para los minusválidos que se encontraran fuera del sistema de protección de la Seguridad Social por no desarrollar una actividad laboral (arts. 12 y ss.). Tales medidas, consistentes en prestaciones sociales y económicas y que destacamos a continuación, fueron desarrolladas por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero ¹⁶:

a) *Subsidio de ingresos mínimos y subsidio por ayuda a tercera persona* ¹⁷.

Ambas prestaciones fueron derogadas por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas ¹⁸, de manera que en la actualidad, los minusválidos deben solicitar las pensiones no contributivas de invalidez. Solamente se encuentran en vigor para aquellas personas que los tuvieran reconocidos antes de la entrada en vigor de esta ley.

b) *Subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte.*

Consiste en una prestación económica de carácter periódico destinada a atender los gastos originados por desplazamientos fuera de su domicilio habitual de aquellos minusválidos que, por razón de su disminución, tengan graves dificultades para utilizar transportes colectivos.

c) *Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica.*

La asistencia sanitaria y farmacéutica tendrá por objeto la prestación de los servicios conducentes a conservar y restablecer la salud de los beneficiarios y se prestarán con idéntica extensión que los de asistencia sanitaria y farmacéutica por enfermedad común, accidente no laboral y maternidad del régimen general de la Seguridad Social. No obstante, la dispensación de medicamentos será gratuita para los beneficiarios.

¹⁵ BOE de 30 de abril.

¹⁶ BOE de 27 de febrero.

¹⁷ El subsidio por ayuda de tercera persona estaba destinado a aquellas personas que, careciendo de recursos económicos personales y con un grado de minusvalía igual o superior al 75 por 100, precisaban de la ayuda de otra persona para la realización de los actos ordinarios de la vida.

¹⁸ Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (BOE de 22 de diciembre).

No se exige un determinado nivel de recursos. Se trata de una ayuda para la persona con discapacidad a quien se conceda y, por tanto, no puede extenderse en ningún caso a los familiares.

d) *Recuperación profesional.*

Incluye tanto aspectos de orientación profesional como de formación, readaptación o reeducación profesional.

e) *Rehabilitación.*

Incluye tanto la rehabilitación en sentido estricto o médico-funcional, como medidas de tratamiento y orientación psicológica para superar la situación o medidas educativas generales o especiales.

La ley prevé, además, en los artículos 37 a 48 una serie de medidas facilitadoras de la integración laboral que apuntan en una doble dirección. Por un lado, en los artículos 38 a 40 se promueve el acceso de los discapacitados a empleos *ordinarios* mediante, en esencia, discriminaciones positivas en forma de cuotas de reserva de empleo e incentivos empresariales a la contratación de este colectivo. Por otro lado, en los artículos 41 a 46, abriendo fórmulas de empleo *protegido* o especial para las personas que, por la naturaleza de la minusvalía, no puedan ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales ¹⁹.

En los artículos 49 a 53 establece un conjunto de prestaciones de servicios sociales cuyo objetivo es garantizar el logro de adecuados niveles de desarrollo personal y de integración en la comunidad: orientación familiar, orientación e información al propio minusválido sobre los servicios y prestaciones a su alcance, atención domiciliaria, actividades deportivas, culturales, de ocio y de tiempo libre, residencias y hogares comunitarios.

Para acceder a dichos beneficios y prestaciones se precisa, como requisito previo, obtener el reconocimiento del grado de minusvalía. La calificación como tal corresponde a las Direcciones Provinciales

¹⁹ El desarrollo posterior a la LISMI de la política de integración laboral de los discapacitados viene determinado por esta doble dimensión. De un lado, la remoción de obstáculos y las ayudas a la inserción del colectivo en trabajos *ordinarios* es detallada en el Real Decreto 1451/1983 de empleo selectivo, más tarde reformado por el Real Decreto 170/2004, y en las leyes 66/1997 y 53/2003, así como por un conjunto de normas estatales y autonómicas de incentivos económicos a la contratación de discapacitados. De otro lado, la regulación del empleo *protegido* para los discapacitados se plasma en el Real Decreto 2273/1985 de centros especiales de empleo y en el Real Decreto 1368/1985, reformado por el Real Decreto 427/1999, que regula la relación laboral en dichos centros, así como, el Real Decreto 27/2000 de contrataciones en estos centros y el Real Decreto 290/2004 de enclaves laborales, sin olvidar las normas estatales y autonómicas con ayudas económicas específicas. En este mismo marco, hay que destacar los artículos 8.º y 9.º de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de los discapacitados. Por último, reviste especial importancia la firma, en octubre de 1997 y en diciembre de 2002, del I y II Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI), sobre medidas para mejorar las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad, así como la aprobación de distintos planes de inclusión social con un importante impacto en esta materia, el último de ellos el IV Plan para los años 2006-2008. *Vid.*, LAHERA FORTEZA, J., «Acceso al Mercado Laboral y contratación de los discapacitados» en *Relaciones laborales...*, *op. cit.*, págs. 94 a 95.

del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) o a las comunidades autónomas a las que haya sido transferida esta entidad y se hará a tenor de lo establecido por el *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía*.

Las situaciones de minusvalía se clasifican en grados según el alcance de las mismas. La calificación del grado de minusvalía responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos establecidos en el Anexo I, y serán objeto de valoración tanto las discapacidades presentes en la persona, como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural que dificultan su integración social (Anexo I B).

El *Anexo 2* contiene el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona para realizar las Actividades de la Vida Diaria (AVD).

Para la determinación del grado de minusvalía, el porcentaje obtenido en la valoración de la discapacidad (conforme al Anexo I A) se modificará, en su caso, con la adición de la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios (Anexo I B) y sin que esta pueda sobrepasar los 15 puntos. El porcentaje mínimo de discapacidad sobre el que se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 por 100.

Es preciso resaltar que el Anexo 2 relativo a las AVD no se aplica a los menores de dieciocho años, puesto que se utiliza únicamente a los efectos de los artículos 148 y 186 del TRLGSS, es decir, a los efectos de reunir los requisitos para una pensión no contributiva de invalidez o una prestación familiar por hijo a cargo de cuantía superior, reservada a minusválidos mayores de dieciocho años, con un porcentaje igual o superior al 75 por 100, y que como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida diaria, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

La disposición adicional única del Real Decreto 1971/1999 establece que en los certificados y resoluciones de reconocimiento del grado de minusvalía se hará constar como mención complementaria el tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física o sensorial, según corresponda.

El término «minusvalía», no obstante, ha sido definitivamente desterrado del vocabulario jurídico. **La disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia**²⁰, prevé que las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía» se entenderán realizadas a «personas con discapacidad». A partir del 1 de enero de 2007, fecha de entrada en vigor de la ley²¹, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas.

²⁰ BOE de 15 de diciembre.

²¹ La disposición final novena establece que la presente Ley entrará en vigor el primer día del mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

2.5. Discapacidad.

Con anterioridad a la Ley 39/2006, que, como hemos visto, impone la desaparición del término «minusválido» tanto a nivel nacional como internacional, se venían utilizando los términos «discapacitado» o «persona con discapacidad» en vez de minusválido o persona con minusvalía²². *Las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad aprobadas por Resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de Naciones Unidas* ya utilizaron dicha denominación. *La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada el 22 de mayo de 2001 por la Organización Mundial de la Salud*²³, cuyos objetivos son proporcionar una base científica para la comprensión y el estudio de la salud y de los estados relacionados con ella y establecer un lenguaje común para describirlos, dispone que nos encontramos en un marco conceptual donde la **discapacidad engloba la deficiencia, la incapacidad y la minusvalía** y se configura en dos parámetros: a) las funciones y estructuras corporales y b) las actividades, participación y los factores ambientales. En el Anexo I sobre cuestiones taxonómicas y terminológicas señala que «discapacidad es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una condición de salud) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)».

El artículo 13 del *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea* firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997 habilita al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, entre otros motivos, por razón de discapacidad. En su desarrollo, se aprueba la *Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual*, que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*²⁴.

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea establece en el artículo II-81 «la prohibición de toda discriminación, y en particular por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, relación o convicción».

²² Si algo caracteriza el conjunto de los textos internacionales, de la Unión Europea e, incluso, españoles que versan sobre la situación de las personas con discapacidad, es la reivindicación de una concepción de «discapacidad» diferente, más amplia, más compleja y más realista. Una concepción que resulta coherente con el principio de igualdad y no discriminación en su formulación actual. Y para ello se propone la superación de una visión estrictamente médico-sanitaria de la discapacidad, que se viene identificando con el término «minusvalía» y que concibe las posibles situaciones de discriminación desde las propias limitaciones individuales de cada persona, determinando con ello que las actuaciones para hacer más fácil su integración social también se construyan desde esa premisa. El cambio conceptual que se propugna pasaría a poner el énfasis en los determinantes sociales del entorno de cada persona como impedimentos para que esta pueda vivir plenamente sus derechos y libertades básicas. Nos acercaríamos a una «construcción social de la discapacidad» que acentuaría la «responsabilidad colectiva» de las situaciones de exclusión o de dificultad en el disfrute de los mencionados derechos y libertades por quienes cuentan con alguna disfuncionalidad física, psíquica o sensorial. *Vid.*, QUINTANILLA NAVARRO, B. [2006]: «Discapacidad y discriminación: de la igualdad de trato a la accesibilidad universal», *Relaciones Laborales*, n.º 11, junio, pág. 12.

²³ En la 48.ª Asamblea General.

²⁴ BOE de 31 de diciembre.

nes, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Téngase en cuenta, no obstante, que dicho Tratado está pendiente de ratificación y por lo tanto no es Derecho vigente.

Nuestro ordenamiento jurídico ha recogido los nuevos enfoques y estrategias operadas en la manera de entender la discapacidad. Las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también en las condiciones limitativas que en la propia sociedad se oponen a su plena participación. El acceso a los medios de transporte, a la educación, a la cultura, a la información, son algunos de los derechos a los que muchas personas con discapacidad no pueden acceder.

De este modo, para que la igualdad de las personas sea real y efectiva y no meramente formal, se promueven las condiciones que faciliten la plenitud de derechos y la participación en la vida política, económica, social y cultural. Por ello, cuando se habla de discapacidad, cada vez más se utiliza el término derechos humanos aplicando la legislación de no discriminación y no solo utilizando medidas de acción positiva ²⁵.

Buena muestra de los cambios producidos la proporcionan los siguientes textos legales que en diferentes ámbitos materiales han promovido la igualdad real:

- *La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad* ²⁶, establece en el artículo 1.º 2 que a los efectos de esta ley (establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades), tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 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.
- También el *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* ²⁷, dispone que tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. Considera acreditado dicho grado a los pensionistas de la Seguridad Social y de clases pasivas mencionados anteriormente, si bien añade que se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

²⁵ *Vid.*, sobre el tratamiento de la discapacidad desde el enfoque de los derechos humanos, VALDÉS DAL-RÉ, F., «Derechos en serio y personas con discapacidad: una sociedad para todos», *Relaciones Laborales...*, *op. cit.*, págs. 374 a 385.

²⁶ BOE de 3 de diciembre.

²⁷ BOE de 10 de marzo.

- La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, establece que únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:
 - a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y
 - b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.
- Para el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, tienen la consideración de personas con discapacidad las mismas que en el caso anterior, aunque añade a los discapacitados que tengan una incapacidad declarada judicialmente, independientemente de su grado.

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico, conceptualizado el término discapacidad con el doble componente de factores personales y ambientales, no se es minusválido o discapacitado, sino ciudadano beneficiario de derechos económicos, servicios o ayudas que los organismos públicos otorguen para conseguir la igualdad real, porque se acredita, entre otros requisitos, el grado de minusvalía exigido por la legislación respectiva. Legislación denominada de igualdad de oportunidades, que debe establecer medidas de acción positiva complementadas con nuevas garantías sobre no discriminación, para hacer efectivos sus derechos²⁸.

2.6. Dependencia.

Creemos necesario introducir un apartado para definir la situación de dependencia, pues, a partir de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, las reclamaciones de los beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente en el grado de gran invalidez podrán ir encaminadas a solicitar un reconocimiento automático de la situación de dependencia.

Dicha ley define en su artículo 2.º 2 la dependencia como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, **precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria** o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de **otros apoyos para su autonomía personal**».

Por «Actividades Básicas de la Vida Diaria, se entienden las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (art. 2.º 3)».

²⁸ Libro Blanco sobre «La Atención a las personas en situación de dependencia...», *op. cit.* págs.11 a 12.

Son «necesidades de apoyo para la autonomía personal las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad».

Como en la gran invalidez, se acude de nuevo como elemento definitorio de la nueva contingencia, a la necesidad de ayuda de otra persona para los actos básico de la vida.

La proximidad que existe entre ambas situaciones explica que la disposición adicional novena de la Ley 39/2006 prevea que «**quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez** o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, **tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta Ley**».

3. CONEXIONES Y DIFERENCIAS ENTRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y LA MINUSVALÍA

Del estudio realizado en el apartado anterior puede extraerse la conclusión de que la incapacidad permanente y la minusvalía/discapacidad no son términos sinónimos e intercambiables y pertenecen a ámbitos jurídicos diferentes que se rigen por principios propios. La calificación y el reconocimiento de cada situación se realiza en el caso de la incapacidad permanente por el INSS y en el caso de la minusvalía/discapacidad por los servicios sociales. La valoración que dichos órganos realizan tiene, además, en cuenta parámetros distintos.

Como señala GARCÍA QUIÑONES²⁹, sin embargo, no puede hablarse de una absoluta incompatibilidad entre ambas situaciones, pudiendo estar incluido un mismo trabajador dentro del ámbito subjetivo de ambas dimensiones de la discapacidad, si es que tiene reconocida la condición de minusválido –ámbito laboral– y también la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, parcial, total, absoluta –ámbito de la Seguridad Social–. Una práctica bastante corriente es que en los procesos de solicitud de incapacidad permanente, por cualquiera de sus grados, parcial, total y absoluta, bien en la fase administrativa, bien en la judicial, la alegación por el trabajador del reconocimiento de su condición de minusválido como una prueba adicional que ayuda a acreditar la entidad de sus dolencias que padece, y, con ello, de la falta de capacidad residual para desempeñar su trabajo en condiciones normales de efectividad por tener una limitación superior al 33 por 100 –incapacidad permanente parcial– para acreditar la imposibilidad de su realización -incapacidad permanente total- o para invocar su incapacitación para el desempeño de cualquier profesión u oficio al margen de la profesión habitual –incapacidad permanente absoluta–.

Conviene insistir en que el grado de minusvalía no tiene carácter vinculante para el órgano administrativo o judicial encargado de valorar la pérdida de capacidad para trabajar. Tiene solo un valor presuntivo y para ello será necesario precisar qué parte del porcentaje de la minusvalía respon-

²⁹ GARCÍA QUIÑONES, J.C., «El concepto jurídico-laboral...», *op. cit.*, pág. 79.

de a una incapacidad para trabajar, excluyendo por ejemplo, los factores sociales complementarios. Así en la STSJ de Cantabria de 4 de febrero de 2003³⁰, con relación a pensión de orfandad de mayor de 18 años incapaz para trabajar, no se da valor al grado de minusvalía, pues la calificación como tal «lo fue en el porcentaje del 65 por 100, con el que ha venido existiendo una determinada relación o correspondencia de la incapacidad absoluta, según la disposición adicional tercera.2 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo [Sentencia de esta Sala, de 1 de marzo de 1999 (rec. 1095/1997)]. Sin embargo, los factores físicos o psíquicos representan un grado de discapacidad global del 59 por 100 (folio 39), excluidos los factores sociales complementarios».

Puede advertirse, principalmente en las sentencias de suplicación, cómo es frecuente que el reclamante no se limite a aportar su condición de minusválido como prueba de una incapacidad para trabajar o viceversa, sino que solicite el reconocimiento de la equivalencia automática entre ambas situaciones. Dicha práctica, creemos, se ha venido extendiendo a raíz de la aprobación de algunas leyes, que establecen presunciones a favor de la consideración como minusválido/discapacitado de quien ha obtenido del INSS el reconocimiento de una prestación de incapacidad permanente.

3.1. Reconocimiento de minusvalía y petición de equivalencia automática con incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Los Tribunales vienen rechazando el reconocimiento automático en el campo de la Seguridad Social, de las calificaciones realizadas por los servicios sociales en el ámbito de la minusvalía/discapacidad.

Así, con relación a la pensión de orfandad para mayores de 18 años incapacitados para trabajar, regulada en el artículo 175.1 del TRLGSS, la STSJ de Galicia de 5 de marzo de 2001³¹ rechazó la equiparación entre una minusvalía del 75 por 100 y la incapacidad permanente absoluta. La Sala negó la existencia de intercomunicación entre las distintas situaciones protegidas en el sistema contributivo y en el no contributivo de la Seguridad Social, por lo que el hecho de que el EVO hubiera reconocido al actor una minusvalía del 75 por 100, ninguna influencia tenía para la resolución de la cuestión litigiosa, siendo distintas –y sin equiparación posible– la regulación de la prestación por invalidez permanente no contributiva y la prestación de orfandad por incapacidad para el trabajo. En la primera se precisa, como requisitos legalmente establecidos, el reconocimiento del grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 y para alcanzar dicho menoscabo no solo se tienen en cuenta los padecimientos del enfermo y su capacidad laboral sino otros factores complementarios, sociales, económicos, familiares, culturales ajenos a la incapacidad para el trabajo. Por el contrario, la prestación de orfandad para mayores de 18 años en el régimen contributivo de la Seguridad Social está condicionada en su causación al hecho de que el beneficiario esté incapacitado para todo trabajo, con incapacidad absoluta en los términos exigidos por el artículo 137.5 de la LGSS, grados inexistentes en la invalidez no contributiva, por ser distinta la naturaleza de la protección dispensada en uno y otro sistema. Una persona con un grado de invalidez del 65 por 100 que da acceso a la pensión de invalidez no contributiva puede no estar impedida para poder desarrollar una actividad laboral de forma absoluta³².

³⁰ Recurso 605/2002.

³¹ Recurso 3961/2001.

³² En el mismo sentido, STSJ del Principado de Asturias de 8 de abril de 2005 (Rec. 739/2004).

En el caso enjuiciado por la STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 2006, objeto de este comentario, el trabajador, para acceder a la prestación de gran invalidez, solicita de la Seguridad Social que reconozca la necesidad de asistencia de tercera persona por el mero hecho de que el Departament de Trebal Social le hubiera reconocido una ayuda domiciliaria. La Sala empieza recordando que la gran invalidez no puede concebirse sin la existencia de un tercero ya que la propia prestación no tiene otra finalidad que la de retribuir a quien atiende al gran inválido, por tanto, lo fundamental es la necesidad de que otra persona le asista en los actos esenciales de la vida, con independencia de la situación funcional en la que se encuentre beneficiario y realice o no una actividad retribuida; la gran invalidez existe si la asistencia es necesaria, incluso aunque no haya habido agravación de las dolencias anteriores. Dicha necesidad debe ser «constante» y no se justifica si la necesidad es de ayudas puntuales.

En el caso concreto, solo se deduce que el trabajador tenía una ayuda domiciliaria, pero no constaban los términos de esta. No toda necesidad de ayuda implica necesariamente la imposibilidad de realizar los actos esenciales para la subsistencia que es lo que se viene exigiendo por la jurisprudencia.

Por otro lado, no puede tampoco equipararse, ni tener una actuación automática de declaración de gran invalidez, el hecho de que se le haya reconocido por el Departament la necesidad de tercera persona, pues **la calificación de Bienestar Social tiene en consideración factores que no son traspolables directamente a las situaciones de invalidez contributiva, como es el caso.**

3.2. Reconocimiento de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y equiparación automática con la minusvalía.

Tras la entrada en vigor de la Ley 51/2003 han sido numerosos los casos en los que pensionistas de la Seguridad Social con una incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez han solicitado de los correspondientes servicios sociales un reconocimiento de la minusvalía en un grado del 33 por 100 como mínimo. Cuando el órgano evaluador reconoce un grado inferior, habitualmente se impugna en sede jurisdiccional la resolución administrativa, solicitando la aplicación del artículo 1.º 2 de aquella Ley.

Esta cuestión, **el reconocimiento automático de una minusvalía igual o superior al 33 por 100 a quien tiene reconocida una invalidez permanente en grado de total o superior**, está dando lugar a pronunciamientos contradictorios por parte de los TSJ. Podemos destacar dos líneas interpretativas:

- Unos Tribunales defienden la independencia de la declaración de minusvalía respecto de los reconocimientos de incapacidad permanente efectuados por el INSS, así como una interpretación de la equiparación de los minusválidos contenida en la Ley 51/2003, circunscrita solo a los efectos previstos en la misma y no al reconocimiento general de la condición de minusválido que debe realizarse exclusivamente por los órganos competentes de las Administraciones Públicas aplicando los baremos y tablas del Real Decreto 1971/1999.

- La interpretación que sostienen otros Tribunales considera que la Ley 51/2003 estableció una equiparación de la incapacidad permanente en grado igual o superior a la total minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, a todos los efectos. Dentro de esta corriente, a su vez, no es pacífica la cuestión relativa a la necesidad de que dicha homologación requiera o no un acto administrativo, conforme al procedimiento señalado en el Real Decreto 1971/1999.

En la primera línea interpretativa se sitúa la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León/Valladolid³³ que, en sucesivas resoluciones, viene rechazando que del texto del artículo 1.º 2 se desprenda una equiparación automática. Las razones que se esgrimen son las siguientes:

- a) En primer lugar, porque ese texto no vendría sino a establecer dos vías o procedimientos para el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad:
 - la vía que consiste en el reconocimiento de aquel grado de minusvalía por el procedimiento reglamentario y que no es otro que el establecido en el Real Decreto 1971/1999, y
 - la vía que supone la legal equiparación a tal grado de minusvalía de quienes tengan la condición de prestatarios de incapacidad profesional permanente en alguno de los grados antes señalados.

Por consiguiente, sería esa ficción o equiparación establecida en la Ley 51/2003 la que convertiría en detentadores (*sic*) de la condición de personas con discapacidad a los beneficiarios de las prestaciones antedichas y ello con absoluta independencia del grado de minusvalía que esos beneficiarios pudieran acreditar por aplicación de las normas de determinación de la discapacidad contenidas en el ya citado reglamento. En consecuencia también con ello, el título que avalaría la condición de persona con discapacidad en las hipótesis relacionadas con el litigio que se examina no sería otro que la resolución administrativa o jurisdiccional que reconociera la afectación del trabajador de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, título ese que, *ope legis*, atribuiría aquella condición e impondría la obligación de su reconocimiento en el ámbito del que se trate.

- b) En segundo lugar, el artículo 7.º 2 de la LISMI establece que el reconocimiento del derecho a la obtención de los beneficios de esa ley y, por ende, el reconocimiento de la condición de persona con minusvalía «deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes Equipos Multiprofesionales calificadoros», concreción reglamentaria de lo anterior que se efectuó por el tan citado Real Decreto 1971/1999.
- c) En tercer lugar, la Ley 51/2003 no alteró el reglamento acabado de citar, introduciendo como criterio de reconocimiento de un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 la circunstancia de ser pensionista de invalidez profesional, puesto que el artículo 4.º de aquel reglamento continúa preceptuando que la calificación del grado de minusvalía responde a los criterios técnicos que se describen en los baremos contenidos en el Anexo I del mismo

³³ 3 de abril de 2006 (Rec. 353/2006), 8 de junio de 2005 (Rec. 843/2005) 13 de julio de 2005 y 18 de septiembre de 2006.

- y establece complementariamente que la calificación del grado de minusvalía así actuada «será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas».
- d) Frente a la objeción de que no parece lógico que se conceda una incapacidad total y no se tenga una minusvalía del 33 por 100, habría que recordar que **la invalidez tiene un marcado carácter profesional** y que puede haber actividades que exijan especial destreza que no puedan desarrollarse con una mínima afectación física, **mientras que la minusvalía parte de parámetros completamente distintos, y regulados *ex lege***³⁴.
- e) Por lo tanto, el grado de minusvalía continúa regulándose en el Real Decreto 1971/1999 y si otra ley considera a sus solos efectos que personas en las que concurran ciertas circunstancias deben ser consideradas minusválidas en cierto porcentaje, lo que el solicitante debe realizar es alegar su condición de incapaz ante los órganos competentes pero no solicitar una declaración genérica de minusvalía en un grado que no se tiene.

La Sala, en fin, considera que la situación creada por el artículo 1.º 2 de la Ley 51/2003 no suscita un problema de jerarquía normativa, sino de integración ordinamental, integración consistente en la existencia de dos procedimientos para el acceso a la condición de persona con discapacidad: el ordinario al que se refería la LISMI y que se desarrolló por el Real Decreto 1971/1999, y el que surge como consecuencia de la equiparación legal llevada a cabo por aquella tan citada ley, que atribuye incondicionalmente un grado de minusvalía del 33 por 100 a todo incapacitado permanente para el trabajo, en los grados de incapacidad total, absoluta o gran invalidez.

De acuerdo con la interpretación anterior, la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 2 de octubre de 2006, objeto de este comentario, equipara la situación de incapacidad permanente absoluta a una minusvalía de un 33 por 100 pero «únicamente a los efectos de la citada ley», la cual tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Precisa, a modo de aclaración, que, en todo caso, quedaría fuera del ámbito de la Ley 51/2003, el reconocimiento del grado de minusvalía que se realizará conforme a los criterios tasados en el Real Decreto 1971/1999.

Conforme a la interpretación del TSJ de Castilla y León/Valladolid, sería posible, pues, que una persona con incapacidad permanente absoluta tuviera reconocida por los servicios sociales una minusvalía del 23 por 100, por ejemplo, pero que a los solos efectos de los beneficios establecidos en la Ley 51/2003 se le considerase con una minusvalía del 33 por 100, lo que le permitiría, por ejemplo, acceder a las medidas de fomento del empleo; es decir, en unos ámbitos de su vida tendría una minusvalía en un porcentaje y en otros ámbitos tendría un porcentaje mayor³⁵.

La doctrina de suplicación mayoritaria, como vamos a ver a continuación, entiende, por el contrario, que el grado de minusvalía, cuando se reconoce por aplicación del artículo 1.º 2 de la Ley 51/2003, es único para todos los ámbitos: como mínimo del 33 por 100, aunque puede ser superior lógicamente.

³⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 20 de mayo de 2005 (Rec. 666/2005).

³⁵ En el mismo sentido, *vid.*, STSJ de Aragón de 15 de junio de 2005 (Rec. 374/2005).

Frente a la argumentación de que la equiparación se realiza a los «solos efectos de la Ley 51/2003», la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura defiende que aquella **no solo opera de forma automática sino que tiene carácter universal, produciendo efectos más allá de dicha ley**. Resultan de especial interés las argumentaciones recogidas en la sentencia de 28 de febrero de 2005³⁶, en la que fue ponente CARDENAL CARRO. Empieza haciendo una interpretación histórica del precepto, indagando cuál fue la voluntad del legislador. Se constata así, que en la tramitación de la ley se presentaron varias enmiendas al texto interpretado, que ya aparecía en estos términos en el proyecto de Ley y no sufrió modificación alguna durante la tramitación. Así, la enmienda número 125 presentada en el Congreso de los Diputados, que tuvo por primer firmante al Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), recogía como redacción propuesta la siguiente: «2. A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas quienes lo acrediten mediante certificado o resolución del grado de minusvalía expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, el cual tendrá validez en todo el territorio estatal» y como justificación que «Se considera que al tratarse de una norma de carácter general, la consideración de persona con discapacidad debe otorgarse a todas aquellas que presenten un cierto grado de minusvalía». El rechazo de dicha enmienda, permitiría aventurar que lo que se hizo, en relación a la atribución del grado de un 33 por 100 de minusvalía a los colectivos reseñados, fue consciente, pues no se quiso limitar el alcance de la declaración ni incluir a colectivos incapacitados con minusvalías de menor entidad³⁷.

La misma solución se alcanza si se hace una interpretación literal del precepto, a la que acude la STSJ de Extremadura cuando señala: «... tampoco el hecho de que la norma utilice la fórmula "se considerarán" permite alcanzar la conclusión que se propugna, pues si precisamente otro de los argumentos que se utilizan en la discrepancia con la Sentencia de instancia es el de que conforme a los baremos del Real Decreto 1971/1999, la percepción de una prestación pública de aquellas a las que hace referencia el artículo 1.º 2 no implicaría alcanzar el 33 por 100 de grado de minusvalía necesariamente, es lógica una fórmula verbal que califique como asimilación tal atribución, es decir, se les "considera afectados" por tal grado en el caso de que de suyo, con aplicación de los baremos, no la alcancen, con lo que la expresión verbal utilizada es la coherente con la interpretación de la Sentencia de instancia».

Entiende la Sala, confirmando la sentencia de instancia, que el precepto controvertido establece una orden expresa para reconocer el porcentaje del 33 por 100. «Si bien una fórmula más determinan-

³⁶ STSJ de Extremadura de 28 de febrero de 2005 (Rec. 3/2005) (Ponente: Miguel Cardenal Carro).

³⁷ En el debate en la Comisión, el representante del grupo parlamentario que sostenía con mayoría absoluta en ambas cámaras al entonces Gobierno de la Nación se refirió a las pretensiones del Grupo parlamentario firmante de la enmienda en estos términos: «Las diferencias no existen tampoco en ámbitos que han sido subrayados convenientemente por el portavoz de CiU, por ejemplo en el ámbito laboral. ¿Es que no estamos nosotros de acuerdo con una nueva revisión de prestaciones? Probablemente sí. ¿Es que no estamos de acuerdo en modificar el régimen de figuras que están dentro de la incapacidad laboral y que no tienen cabida en este foro? Probablemente sí. ¿En el ámbito del proceso de transposición de la Directiva 2000/78 vamos a poder estar de acuerdo en muchas cosas? Sí, pero probablemente este no sea el marco adecuado» (Congreso, Diario de Sesiones de comisiones n.º 805). Se rechazaba así una ampliación más amplia, pero ceñida a las figuras que el diputado denomina «incapacidad laboral». Esta enmienda fue presentada también en el Senado con idéntico texto y justificación, numerada entonces como la 82, y corrió igual suerte. En el Congreso solo se presentó otra enmienda por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), identificada con el número 17, que pretendía modificar la redacción del último párrafo del artículo 1.º 2 en un aspecto que no incide en su contenido, proponiendo como redacción que «La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en el territorio del Estado», con la justificación de que «En la actual realidad administrativa, la expresión correspondiente al territorio es Estado. La cual queda reflejada en textos de ámbito superior».

te, por ejemplo en párrafo separado, podría juzgarse más clara, lo cierto es que la equiparación aparece además en términos que eluden la ambigüedad, pues si lo pretendido fuera lo sostenido por la recurrente, pudiera no haberse cortado con un punto y seguido la frase que comienza señalando "A los efectos de esta Ley", y además podría no haberse considerado expresamente afectados por una minusvalía del 33 por 100 a los sujetos mencionados, sino simplemente señalar que son "personas con discapacidad" a los efectos de la Ley, pues la interpretación de la Junta de Extremadura exige sostener una perífrasis en la norma, que primero define a las personas con discapacidad como las que tengan reconocida una minusvalía del 33 por 100, y a continuación reconoce ese porcentaje a "los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad", cuando si lo propuesto fuera lo sostenido en el recurso, hubiera sido más sencillo eludir esta equiparación, y directamente caracterizar como discapacitados a quienes tengan reconocidas las citadas prestaciones».

No solo las interpretaciones histórica y literal avalarían la equiparación automática de ambas situaciones, sino también una interpretación sistemática de distintos preceptos. Resulta ilustrativo al respecto el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre³⁸, que regula el acceso de los discapacitados al empleo público, en desarrollo de la Ley 53/2003. Como señala en su dictamen el Consejo de Estado (Expediente 2842/2004), en la elaboración de esta disposición se dio audiencia al CERMI y en su informe fechado el 27 de noviembre de 2004 solicitaron expresamente que se utilizara como definición de minusválido la contenida en el artículo 1.º 2 de la Ley 51/2003, solicitud que el Consejo de Estado estimó, siendo el texto del artículo 1.º 1 de esa disposición el siguiente: «1. Las personas con cualquier tipo de discapacidad tendrán derecho a acceder al empleo público en las condiciones reguladas en este Real Decreto. A los efectos de esta Norma, se entiende por persona con discapacidad la definida en el artículo 1.º 2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, es decir, aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100».

Si se utiliza el concepto del precepto cuya interpretación se requiere aquí, y no es preciso mencionar la equiparación que contiene respecto de los trabajadores afectados por incapacidades permanentes ya reseñados, es que esa homologación tiene virtualidad a todos los efectos.

Por otro lado, frente a la pretensión de que la norma nace con vocación de encerrar esa definición en sí misma, es incoherente con otros de sus preceptos. Así, por ejemplo, su disposición adicional cuarta, tras la rúbrica «Modificación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social» establece un nuevo texto para la disposición adicional sexta de esa Ley 24/2001, del siguiente tenor: «Disposición adicional sexta. *Grado mínimo de minusvalía en relación con las medidas de fomento del empleo y las modalidades de contratación.* El grado mínimo de minusvalía necesario para generar el derecho a los beneficios establecidos en las medidas de fomento del empleo para el mercado ordinario de trabajo a favor de los discapacitados, así como para que las personas con discapacidad puedan ser contratadas en prácticas o para la formación en dicho mercado ordinario de trabajo con aplicación de las peculiaridades previstas para este colectivo deberá ser igual o superior al 33 por 100». El argumento de que la equiparación se pretende solo a efectos de la Ley 51/2003, llevaría a un absurdo, pues parte de su contenido precisa-

³⁸ BOE del día 17.

mente es modificar otras normas; es decir, habiendo esta ley incluido en el concepto de minusválido que define, con un grado del 33 por 100, a los colectivos señalados y conteniendo también la voluntad expresa de beneficiar a quienes ostenten dicho porcentaje su disposición adicional cuarta, al plasmar esta última decisión en una ley diferente no se aplicaría, según el criterio de la recurrente, a quienes la misma ley ha atribuido ese porcentaje de minusvalía.

Por otro lado, el hecho de que el Real Decreto 1971/1999 no haya sido modificado, en concreto en su artículo 4.º 2, no es argumentación suficiente para negar la equiparación automática, habida cuenta del principio de jerarquía normativa consagrado en el artículo 9.º 3 de la Constitución Española y la derogación tácita sobre cualquier norma anterior del mismo o inferior rango y de diferente contenido³⁹. El TSJ de Extremadura no niega la complementariedad existente entre la Ley 51/2003 y el Real Decreto 1971/1999, pero esa complementariedad bien puede suponer que, dado el superior rango jerárquico de la aplicada, deba interpretarse el reglamento desde el texto de la ley y, por tanto, entender procedente la concesión de tal grado cuando, según los criterios del reglamento, no se alcance el porcentaje del 33 por 100 pero concurra la condición personal a que alude el artículo 1.º 2 de la Ley 51/2003.

En el seno de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco se ha producido, respecto de esta controvertida cuestión, un cambio significativo de criterio. Si bien empezó defendiendo la equiparación únicamente para el ámbito de la Ley 51/2003, posteriormente, en la sentencia de 14 de junio de 2005⁴⁰ modificó esta apreciación considerando que el artículo 1.º 2 en su literalidad implica que quien sea beneficiario de una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o de gran invalidez, cumple la condición de minusválido en virtud de la asimilación legal dispuesta en la norma sin necesidad de atenerse al sistema de valoración de la discapacidad establecido con carácter general. Expresa este Tribunal en dicha resolución que el texto de la norma es claro, preciso e incondicional, gozando de eficacia inmediata y directa, de modo que los beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente total tienen atribuido y ostentan automáticamente el derecho a ser considerados afectados por una minusvalía en el porcentaje reseñado a los efectos de dicha ley y también de todas aquellas normas que establezcan tal homologación, y ello con independencia de las normas para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía regulado en el Real Decreto 1971/1999.

Bajo este ángulo, el artículo 1.º 2 de la Ley 51/2003 no supondría una derogación del Real Decreto 1971/1999, al que habrá de acudirse cuando la minusvalía se declare de acuerdo a dicho sistema pero que resulta inaplicable cuando lo perseguido es la asimilación legal del pensionista de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

En la misma línea favorable a la equiparación automática y con efectos universales, la STSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2006⁴¹ resulta muy novedosa, pues de forma clara plantea que **a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003, los conceptos de discapacidad e incapacidad han dejado de ser acepciones distintas**. No es posible hablar de unas «normas reguladoras de la

³⁹ En el mismo sentido, STSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2006 (Rec. 126/2006).

⁴⁰ Recurso 416/2005. *Vid.* también, STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2005 (Rec. 2433/2005).

⁴¹ Recurso 1227/2005. *Vid.* comentario a esta sentencia en TUSET DEL PINO, P. [2006]: «La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez (Comentario a la STSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2006, Ar. 754)», *Aranzadi Social*, n.º 5, julio de 2006, págs. 23 a 27.

minusvalía» como algo distinto y separado de la Ley 51/2003. La nueva norma da una definición del concepto de discapacidad, innovando así el ordenamiento jurídico que a partir de ella no podrá olvidar dicho precepto en la interpretación que se haga del resto de las normas que lo componen.

La nueva ley se mueve en la estrategia de «lucha contra la discriminación» y en la de «accesibilidad universal» desarrollando medidas en favor de un modelo de vida independiente. Pues bien, como señala el TSJ de Cantabria, es dentro de estas nuevas estrategias, que no derogan sino que «confluyen con la antigua pero vigente LISMI», en la que se inserta la nueva definición, que no limita su alcance «a los efectos de esta Ley», sino que se extiende en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social en los que es preciso garantizar el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades. En otras palabras, superando las políticas asistencialistas ⁴², **se es discapacitado tanto a la hora de acceder a los subsidios previstos en el artículo 12 de la LISMI como a la hora de acceder a las medidas de fomento del empleo previstas en el artículo 26 de la Ley 56/2003, de Empleo, o a los demás programas o prestaciones y servicios sociales destinados a facilitar la plena integración y participación en condiciones de igualdad de las personas a las que el ordenamiento jurídico califica como personas con discapacidad**, ya que de lo contrario, se estaría burlando el espíritu y finalidad de la norma.

Con relación a la necesidad de que la atribución de la condición de minusválido a los pensionistas de invalidez de la Seguridad Social se certifique mediante una resolución administrativa, la STSJ de Cantabria de 6 de febrero de 2006 hace derivar dicha exigencia del propio tenor literal de la ley, que, en el mismo artículo 1.º 2 aclara que «la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional». En la actualidad, el procedimiento a seguir es el señalado en el Real Decreto 1971/1999. Pese a que no establezca ningún procedimiento especial para realizar la homologación, esta se produce por ministerio de la Ley ⁴³ y, en consecuencia, a toda persona que haya sido declarada incapacitada permanente total siguiendo el procedimiento establecido en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, se le deberá reconocer «en todo caso» un grado de minusvalía equivalente al 33 por 100 a partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003.

Recientemente y para poner fin a las heterogeneidad de las decisiones administrativas, en algunas ocasiones contradictorias, que desde distintos órganos de las administraciones públicas vienen resolviendo sobre la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía previsto en el artículo 1.º 2 de la Ley 51/2003, se ha publicado el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre ⁴⁴ por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁴² Sobre esta cuestión, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F. [2005]: «Del modelo asistencial al modelo social de discapacidad», *Relaciones Laborales*, n.º 10, mayo, pág. 1.

⁴³ Para MOLINA NAVARRETE, C. [2004]: («Del "principio" al "derecho" a la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 251, febrero, pág. 175) el artículo 1.º 2 establecería una presunción *iuris et de iure* en virtud de la cual se considerará afectada por una «minusvalía» en grado igual o superior al 33 por 100 a todo pensionista de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez.

⁴⁴ BOE de 16 de diciembre.

En el artículo 2.º se dispone que a los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía *igual al 33 por 100* se acreditará mediante los siguientes documentos:

- a) Resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.
- b) Resolución del INSS reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

A estos efectos, el Reglamento aclara que **en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por 100 de los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, a que se hace referencia en el párrafo a) 1.2 de este Real Decreto.**

A los efectos de lo dispuesto en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el grado de minusvalía *superior al 33 por 100* se acreditará mediante los siguientes documentos:

- a) El grado de minusvalía superior al 33 por 100 se acreditará mediante resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.
- b) Los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.º 2 del presente Real Decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por 100. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía.
- c) Cuando, como consecuencia de lo previsto en el párrafo anterior, no se alcanzara un grado de minusvalía superior al 33 por 100, la correspondiente resolución o certificado se limitará a establecer esta circunstancia.

Como puede observarse, la citada norma resuelve el problema relativo a forma de acreditar la equivalencia y la necesidad o no de que el pensionista solicite del IMSERSO la calificación de minusvalía, pero continúa utilizando la expresión «a los efectos de la Ley 51/2003», es decir, no se pronuncia sobre el carácter universal de la equivalencia entre incapacidad y minusvalía.

A modo de conclusión, el estudio realizado revela la necesidad imperiosa de que, ante una cuestión de vital importancia para uno de los colectivos más desfavorecidos de nuestra sociedad, el TS se pronuncie en unificación de doctrina, aclarando de forma definitiva si la condición de incapacitado permanente se equipara a la de persona con discapacidad en todos los ámbitos en los que este último concepto despliega sus efectos.