

LA VALORACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. UN PROCESO ADMINISTRATIVO CON MÁS SOMBRAS QUE LUCES

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 16/11/2018

Fecha de aceptación: 24/12/2018

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DE LA COMPLEJIDAD DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN Y VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y LA FALTA DE AUTONOMÍA PERSONAL. 2.1. Un aspecto previo. Su delimitación de otras figuras afines. 2.2. Aspectos y consideraciones básicas sobre el procedimiento administrativo para la determinación y valoración de situaciones de dependencia y de falta de autonomía personal. 2.3. La revisión del grado de dependencia. 3. UNA VISIÓN COMPARATIVA CON LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, INVALIDEZ, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD JUDICIAL. 3.1. La valoración de la incapacidad permanente. 3.2. La valoración de la invalidez no contributiva. 3.3. La valoración de la gran invalidez y la necesidad del concurso de otra persona. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD. 4.1. Sobre la “bondad” o eficacia de los baremos. 4.2. Puntos de encuentro entre las situaciones de incapacidad, invalidez, discapacidad y dependencia. 4.3 Últimas reflexiones.

RESUMEN: El presente estudio aborda el complejo proceso administrativo en la determinación y valoración de las situaciones de dependencia y/o falta de autonomía personal,

pese a que está dotado de una cierta objetividad en su determinación. La realidad se ha venido imponiendo y nos muestra un proceso administrativo muy complejo con ciertas dosis de subjetividad de los evaluadores y con un resultado de inseguridad jurídica para el llamado a ser beneficiario de los derechos reconocidos en la LD. A ello se une también los problemas, a la hora de aceptar o no que haya “pasarelas” con otras situaciones que pueden llegar a coincidir en una persona, como la condición de incapacitado para el trabajo/ incapacitado judicial/ o discapacitado con la de dependiente.

ABSTRACT: The present study addresses the complex administrative process in determining and evaluating situations of dependence and/or lack of personal autonomy, although it is endowed with a certain objectivity in its determination. The reality has been imposed and shows a very complex administrative process with certain doses of subjectivity of the evaluators and a result of legal uncertainty for the call to be beneficiary of rights recognized in LD. This also binds problems, when accepting or not having “footbridges” with other situations that may coincide in a person, such as the condition of incapacitated for work/incapacitated judicial/or disabled with that of dependent. The assessment and determination of the dependency situation. An administrative process with more shadows than lights.

PALABRAS CLAVE: Dependencia, valoración, asimilaciones, discapacidad, incapacidad.

KEYWORDS: Dependence, valuation, assimilation, handicap, inhabity.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LD), proclama como objetivo de la misma “... regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia ...”; y en su artículo 2 recoge las definiciones relativas a qué debe entenderse por autonomía. Dependencia, actividades básicas de la vida diaria y necesidades de apoyo para la autonomía personal, que configuran la falta de autonomía personal y la situación de dependencia.

El procedimiento para la determinación de la dependencia y/o falta de autonomía personal se norma en los arts. 26 y siguientes de la LD y parten del siguiente esquema básico:



En realidad, más que un procedimiento administrativo nos encontramos con dos, uno previo a otro: a) El de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia¹; y b) El de reconocimiento de la prestación o prestaciones en función del Programa Individual de Atención (PIA). El plazo previsto en la ley entre solicitud y reconocimiento de la prestación es de seis meses, salvo cuando se trate de prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, que quedarán sujetas a un

1 El reconocimiento de la situación de dependencia viene determinado por el grado de autonomía de la persona para el desenvolvimiento en tareas básicas de la vida diaria, en este sentido véase: STSJ (cont. adv.) 35/2017, de 1 de febrero (JUR 2017/6223).

plazo suspensivo máximo de dos a años². La concreta valoración de la situación se lleva a cabo actualmente por el baremo aprobado por RD 174/2011, de 11 de febrero³ (BVD). El baremo cuenta con cuatro anexos.

El anexo I⁴ recoge el baremo de valoración en grados (tal y como indica el art. 26.1 LD), distinguiendo tres grados⁵: -Grado I o Dependencia moderada. Entendiendo por ello cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. Ello, a tenor del baremo, lleva consigo una puntuación final de 25 a 49 puntos⁶.

- Grado II o Dependencia severa. En esta situación estaría la persona que precisa de ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. El baremo señala que su puntuación final estará comprendida entre los 50 a 74 puntos⁷.

.....

2 Un detallado análisis de la falta generalizada del cumplimiento de este plazo por parte de las CC.AA y otras cuestiones la determinación de la capacidad económica de los beneficiarios y garantía del principio de igualdad; de la falta de cumplimiento de la obligación de cooperación a la que vienen obligadas las CC.AA con el IMSERSO; etc., puede verse en el detallado informe n.º 1035 de fiscalización sobre las medidas de gestión y control adoptadas por las Comunidades Autónomas para la adecuada aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia aprobado en sesión de 29 de mayo de 2014.

3 Con anterioridad a su aprobación, la valoración se llevaba a cabo conforme al baremo aprobado por RD. 504/2007, de 20 de abril. La DA. 4-ª del indicado RD preveía que, transcurrido el primer año de aplicación de la LD, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) evaluaría los resultados obtenidos proponiendo, si ello fuere necesario las modificaciones que entendiéndose oportuno. El 1 de junio de 2010 en el Consejo Territorial del SAAD propuso una modificación del baremo, de la escala de valoración específica de los menores de 3 años y confirmó el tratamiento que iba llevando a cabo en la homologación de los reconocimientos previos para aquellas personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez en las pensiones de incapacidad permanente (garantizando como mínimo el grado I) y del complemento de necesidad del concurso de otra persona en las pensiones no contributivas. El RD 174/2011, de 11 de febrero, contiene además las siguientes previsiones: a) Sobre la efectividad del reconocimiento de situaciones vigentes de gran invalidez y necesidad de concurso de tercera persona (DA. Primera); b) la valoración de la necesidad del concurso de tercera persona para el reconocimiento de prestaciones no contributivas y el disfrute de otros beneficios sociales en que se requiera tal concurso, se hará conforme al baremo que se aprueba (DA. Segunda); c) Se prevé que finalizado el octavo año de vigencia de la LD se haga una nueva valoración de resultados de la aplicación del nuevo baremo (DA. Tercera); d) las personas ya declaradas en situación de dependencia quedan exoneradas de una nueva valoración (DT. Primera); e) Los procedimientos de valoración iniciado antes de la vigencia del RD pero que no se hayan llevado a término, se harán las valoraciones conforme al nuevo baremo (DT. Segunda); y f) Previsión de que en el plazo de un año se lleve a cabo una adaptación del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento de valoración de las discapacidades (DF. Tercera), que sería llevada a cabo por el RD 1364/2012, de 27 diciembre. Téngase en cuenta además que en la actualidad la denominación del consejo es “Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia”; y que el reglamento para su funcionamiento fue aprobado en sesión extraordinaria del Pleno de dicho Consejo el 1 de marzo de 2018. En su art.3.3 se recogen sus funciones relacionadas con la valoración y entre ellas está la de acordar el baremo al que se refiere el art.27 de la LD con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración. Sobre las reformas llevadas a cabo con posterioridad a la entrada en vigor de la LD, véase: SÁNCHEZ FIERRO, J.C. y COBO GÁLVEZ, P.: Las reformas de la valoración de las situaciones de dependencia. Perspectivas de futuro, Fundación CASER para la Dependencia, Actas de la Dependencia, Número 7/marzo de 2013. Se puede consultar en la siguiente dirección: https://www.fundacioncaser.org/sites/default/files/interior%20completo_baja.pdf. Consultado a 2-11-2018.

4 Este anexo se cuenta a su vez con 4 anexos: A) Tabla de pesos de la escala general; B) Tabla de pesos de la escala específica; C) Tabla de coeficientes del tipo de apoyo de otra u otras personas; y D) Formulario de recogida de información. El anexo III fija las instrucciones para la aplicación de este anexo II.

5 Inicialmente dentro de cada grado se contemplaban dos niveles que con la reforma introducida en el art. 26 de la Ley 39/2006 por el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, fueron suprimidos.

6 Ver anexo I. Introducción.

7 Ver anexo I. Introducción.

- Grado III o Gran dependencia. Ello implica que la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. La puntuación que a esta situación asigna el baremo es de 75 a 100 puntos⁸.

Este baremo es aplicable en cualquier situación de discapacidad y en cualquier edad, a partir de los 3 años⁹.

El baremo tiene un anexo II de valoración específica de dependencia para personas menores de tres años, con una estructura parecida al anterior, que se completa con el anexo IV que fija las instrucciones para su aplicación.

Como se podrá adivinar el proceso de determinación y valoración de las situaciones de dependencia y/o falta de autonomía personal, es un proceso complejo si bien –aparentemente- dotado de una cierta objetividad en su determinación. No obstante, la realidad se ha venido imponiendo y cabe poner en duda si ciertamente no estamos ante un proceso administrativo excesivamente complejo, farragoso, con ciertas dosis de subjetividad de los evaluadores y con un resultado de inseguridad jurídica para el llamado a ser beneficiario de los derechos reconocidos en la LD.

A ello se une también los problemas, a la hora de aceptar o no que haya “pasarelas” con otras situaciones en las que se puede llegar a coincidir en una persona la condición de incapacitado para el trabajo/incapacitado judicial/discapacitado (una o varias de esas situaciones) con la de dependiente. Y esto es lo que será objeto de análisis a continuación.

2. DE LA COMPLEJIDAD DEL PROCESO DE DETERMINACIÓN Y VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y FALTA DE AUTONOMÍA PERSONAL

2.1. Un aspecto previo. Su delimitación de otras figuras afines

En principio contamos con una definición legal de la mismas, la recogida en el art. 2.1 (autonomía) y 2 (dependencia) que se completa con las definiciones que se recogen también en dicho artículo, en sus números 3 (actividades básicas de la vida diaria) y 4 (necesidades

.....

8 Ver anexo I. Introducción.

9 Para edades inferiores se utiliza el baremo específico del anexo II.

de apoyo para la autonomía personal), pero la realidad no suele ser luego tan sencilla. Quizás ello venga influenciado por el hecho de que de la dependencia se ocupan múltiples disciplinas y colectivos profesionales (rehabilitación, geriatría, psicología, psiquiatría, trabajadores sociales, juristas, etc.)¹⁰. De aquí que surjan múltiples definiciones, baremos, etc., que pretenden delimitarlas. La definición legal es útil, pero no suficiente, ya que el problema que plantea es su delimitación de figuras con las que guarda una conexión más o menos importante, como son la discapacidad, incapacidad laboral, invalidez e incapacidad judicial. Y, por otro lado, también precisa de su distinción de situaciones vitales como el envejecimiento hasta el punto de que a veces pueda pensarse como elemento básico en la situación de dependencia es la edad. Lo cual tiene una relevante importancia, al fin y al cabo –suele pensarse– más tarde o temprano una persona por su edad llegará a ser dependiente. No cabe negar a ello su grado de verdad, pero no siempre es determinante.

También otro aspecto que complica la valoración y determinación es que la dependencia se liga a la dificultad o imposibilidad de llevar a cabo actividades básicas de la vida diaria y pese a que aparecen delimitadas por el art.2.3 de la LD “... *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*”, como se podrá luego ver quedan abiertas a múltiples interpretaciones, pero que sin embargo en el baremo quedan –aparentemente– limitadas. Y por otro lado queda siempre la valoración o ponderación concreta de esa limitación para la ABVD con respecto a otras.

Por otro lado, la relación/distinción con otras situaciones a veces es confusa, y así:

A) Dependencia y Discapacidad (e invalidez no contributiva)

Su vinculación aparece claramente en la propia definición de dependencia, recuérdese dependencia es “... *el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal*” (art. 2.2

.....

10 En este sentido véanse:

- QUEREJETA GONZÁLEZ, M.: *Discapacidad/Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO, 2004, Madrid.
- GARCÍA CALVENTE, Y.: “Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”, capítulo I de la obra colectiva *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, directores CALVO ORTEGA, R. y BARCÍA CALVENTE, Y., edit. Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 31-66.
- PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: “La protección social de la discapacidad generadora de dependencia”, capítulo VI de la obra colectiva *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, directores CALVO ORTEGA, R. y BARCÍA CALVENTE, Y., edit. Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 385-415.

LD), parece que dentro del contexto de la salud de una persona una persona dependiente presenta una discapacidad. Ahora bien, eso no significa que deba que superponer o confundir ambas situaciones. La dificultad más o menos importante para realizar una actividad no lleva aparejada necesariamente la necesidad de la ayuda de otra persona para realizarla. Podría decirse que la discapacidad es una cualidad de la dependencia pero que debe tenerse en cuenta que hay discapacidad sin dependencia. La clave radica en la necesidad de contar con la ayuda de otra persona¹¹.

B) Dependencia e Incapacidad Permanente

Quizás el mayor problema lo presenta en su relación con el grado de incapacidad Gran Invalidez (art. 194.6 LGSS). Una persona a la que se le reconozca ¿el grado de gran invalido es un dependiente? y lo correlativo ¿un dependiente es un gran invalido? Conceptualmente parece que ambas situaciones puedan equipararse, pero la gravedad o grado dependencia a reconocer estará en función de la intensidad de la ayuda que se precise.

C) Dependencia e Incapacidad judicial

Si partimos del art. 200 del Código Civil resulta que son causas de incapacitación judicial “...las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” parece que el ámbito en que ambas sería más probable en el que se aproximaran sería en el terreno de la falta de autonomía personal, es decir en “... la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria” (art. 2.1 LD), pero adviértase que en su relación no queda tan claro como en la dependencia la afectación y el concurso de otra persona para las ABVD.

2.2. Aspectos y consideraciones básicas sobre el procedimiento administrativo para la determinación y valoración de las situaciones de dependencia y de falta de autonomía personal

En el anexo I del baremo nos encontramos con el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia (BVD) y el anexo III recoge las instrucciones para su aplicación.

.....

11 En este sentido véase QUEREJETA GONZÁLEZ, M.: *Discapacidad/Dependencia. Unificación de criterios de valoración y clasificación*, en id. pág. 27. Sobre la evolución histórica de la definición de discapacidad véase VÉRDUGO, M.A., VICENT, C, CAMPO, M. y JORDÁN DE URRÍÉS, B.: “Definiciones de discapacidad en España: un análisis de la normativa y la legislación más relevante”, Servicio de información sobre discapacidad (SID), Madrid, 2001.

Nos encontramos con una serie de aspectos generales a seguir en el proceso de valoración, que en síntesis son los siguientes¹²:

- A) La aplicación del baremo se fundamentará en: 1) los informes existentes relativos a la salud de la persona y el entorno habitual en que ella se tiene que desenvolver¹³; 2) en la información obtenida mediante la observación, la comprobación directa y la entrevista personal¹⁴ de evaluación llevadas a cabo por profesional cualificado y formado específicamente para ello¹⁵.
- B) En la cumplimentación del oportuno formulario de valoración se debe: 1) identificar el nivel de desempeño de todas las tareas consideradas; 2) el concreto problema en su realización; y 3) el tipo y frecuencia de los apoyos necesarios en aquellas tareas en las que quede demostrada una situación de dependencia. Se entenderá como desempeño la capacidad individual para llevar a cabo por sí mismo, de una forma adecuada, y sin apoyos de otra u otras personas, actividades o tareas en su entorno habitual¹⁶. En todas las actividades o tareas se identificará el nivel de su desempeño teniendo en cuenta si es positivo o negativo.
- C) En el proceso de valoración dependencia se deberá de tener en consideración que: 1) la dependencia es un estado permanente y por tanto no debe haber posibilidad razonable de recuperación o mejoría; 2) Se considerará que los apoyos se precisan en las tareas cuando su intervención resulte imprescindible en la mayoría de las veces o siempre en las que estas tengan lugar; 3) Que la edad, enfermedad o la discapacidad son condiciones necesarias, pero no bastante para establecer la situación de dependencia a efectos del reconocimiento oficial.
- D) En las tareas en que concurra situación de dependencia deberán de identificarse los problemas de desempeño según su relación con el funcionamiento global de la persona valorada (de tipo físico, mental o ambos).

.....

12 Sobre la valoración de las situaciones de dependencia, véase:

• BARRIOS BAUDOR, G.: "El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Grados de dependencia y su valoración. Reconocimiento del derecho", capítulo 12 de la obra colectiva *Comentario a la Ley de la Dependencia. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia y Normas Autonómicas*, obra dirigida por SEMPERE NAVARRO, A.V, edit. Thomson Aranzadi, 2008, Pamplona, pp. 332-383.

13 Se entiende que los informes de salud permitirán conocer las condiciones de salud y entorno que pueden afectar a las actividades básicas de la vida diaria. Resultarán de interés en su examen las fechas en que se realizaron, el tratamiento recibido o que se esté recibiendo y las posibilidades de mejoría o no; si cursan por brotes, su intensidad, etc.

14 Para la entrevista se recomiendan preguntas relativas al funcionamiento de las actividades y tareas básicas diarias y se intentará identificar situaciones reales de dependencia a efectos de la protección de aquellas otras derivadas de factores ajenos a la protección (culturales, sobre protección, preferencias personales, etc.).

15 Si la persona presenta deficiencias mentales o limitaciones en la capacidad de comunicación la entrevista será con la participación de otra persona que conozca bien la situación. Si los déficits cursan por brotes, la valoración se realizará por la situación basal.

16 Se valora el desempeño siempre, aunque no se realice la tarea, y, en su caso, con el empleo de los productos de apoyo prescritos, y con independencia de los apoyos de otra u otras personas que se puedan estar recibiendo. Se toma en cuenta las barreras y en su caso facilitadores de su entorno físico (en el que regularmente realiza su vida diaria).

E) En las tareas en que se presente dependencia se deberá de precisar el tipo de apoyo (supervisión, físico parcial, máximo o apoyo especial) y su frecuencia (casi nunca, algunas, bastantes o la mayoría de veces, o siempre).

El baremo recoge una relación de actividades y tareas que comprende la valoración ¹⁷ teniendo en cuenta intervalos de edad¹⁸. Y finalmente dentro de estas cuestiones generales el anexo indica cómo se determina la puntuación final y grado de dependencia, que será de acuerdo a una suma ponderada de valores asignados a la tarea antes indicadas, con una serie de ponderaciones específicas.

Resultan curiosas las advertencias recogidas en las instrucciones del baremo “... *Dichas normas, junto con las orientaciones recogidas en sus “Instrucciones de Aplicación”, deben ser conocidas antes de la aplicación del BVD y seguidas en todo momento durante el proceso de valoración por el/la profesional o profesionales responsables*”.

Por otro lado, se hacen una serie de recomendaciones en la valoración de colectivos específicos como: menores de edad, personas con limitación visual y/o auditiva; personas con discapacidad intelectual, enfermedad mental y otras que afecten al normal funcionamiento de la mente; y personas con dificultades de comunicación.

Para llevar a cabo una correcta aplicación del baremo a continuación se establecen unos criterios de aplicación que como antes se ha dicho se consideran de seguimiento estricto por el evaluador y que comprenden aspectos tales a cómo deben valorarse las tareas relativas a comer y beber (llevar los alimentos a la boca, cortarlos, etc.); higiene personal íntima (relativas a la micción y defecación); lavarse (abrir y cerrar grifos, lavarse las manos, acceder a la bañera o ducha, etc.); otros cuidados corporales (peinarse, cortarse las uñas, etc.); vestirse (reconocer y alcanzar la ropa, abrocharse los botones, etc.) mantenimiento de la salud (solicita asistencia, pedir ayuda, etc.); cambios posturales y manteamientos de la posición del cuerpo (permanecer sentado o de pie, levantarse, etc.); desplazamientos dentro del hogar o fuera del hogar; realización de tareas domésticas (preparar comidas, hacer la compra, etc.); tomar decisiones (gestionar dinero, dirigir sus hábitos de higiene, etc.).

Por su parte el anexo II recoge la escala –en parecidos término al anexo I- para la valoración específica de situaciones de dependencia en edades de cero a tres años y el anexo IV las instrucciones para su aplicación.

Como se puede apreciar un proceso laborioso y complejo. Pero la dificultad no solamente cabe apreciarla por las exigencias del baremo oficial y de sus criterios, si no por que



17 Comer y beber; higiene personal relacionada con la micción y defecación; lavarse; otros cuidados corporales (peinarse, cortarse la uña, ...); vestirse; mantenimiento de la salud (solicitar asistencia, ...); cambiar y mantener la posición del cuerpo; desplazarse dentro del hogar; desplazarse fuera del hogar, realizar tareas domésticas; y tomar decisiones (cuando se vean afectadas las funciones mentales).

18 Los grupos de edad son: 3-6; 7-10; 11-17; y 18 y más años.

implícitamente se reconocen las dificultades en su aplicación con la publicación de numerosas guías “oficiales” parciales para la orientación de los evaluadores, como, por ejemplo:

- “*Guía de orientación práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia: Productos de Apoyo para la Autonomía Personal*”, elaborado por el IMSERSO, publicada en BOE n.º 42 de 18 de febrero de 2011.
- “*Guía de orientación en la práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia en personas con esclerosis múltiple y otras enfermedades desmielinizantes*”, elaborada por el IMSERSO con la participación de la Federación Española para la Lucha contra la Esclerosis Múltiple.
- “*Guía de orientación en la práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia en personas con parálisis cerebral*”, elaborada por el IMSERSO, con la participación del centro de Referencia Estatal de Discapacidad y Dependencia de San Andrés de Rabanedo.
- “*Guía de orientación en la práctica profesional de la valoración reglamentaria de la situación de dependencia de personas con enfermedad de Parkinson*”, elaborada por el IMSERSO en colaboración con la Federación Española de Parkinson.

Si bien y respecto a estas guías debe advertirse que fueron publicadas con anterioridad a la vigencia del actual baremo.

Resulta bastante llamativo que pocas noticias se tengan acerca de controversias judiciales en torno a la calificación y determinación de la dependencia. Acúdase a los diversos repertorios de pronunciamientos judiciales y pocos encontrarán sobre el particular¹⁹.

2.3 La revisión del grado de dependencia

La LD en su artículo 26.1 norma con carácter general la revisión del grado de dependencia en los siguientes términos²⁰:

- Están legitimados para ello: el interesado y sus representantes, así como de oficio la propia administración competente.
- Son causas que justifican la revisión: a) la mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia; y b) el error en el diagnóstico o en la aplicación del baremo.

19 Los pocos que se encuentran tratan de otras cuestiones, como la relativa a la jurisdicción competente, en este sentido véase la STS 12-3-2014 rec. 1474/2013.

20 En su número 2 se prevé también la posibilidad de modificación o extinción de las prestaciones reconocidas en función de la situación personal del beneficiario cuando se produzca alguna variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la presente Ley.

El procedimiento administrativo que se sigue es el mismo que para la declaración inicial de dependencia. No obstante, llama la atención un motivo el “error en la aplicación del baremo”²¹. Algo que no se prevé en los procesos de revisión de una incapacidad permanente (art. 200 LGSS), ni tampoco para la revisión de las “minusvalías” declaradas al amparo del RD 1971/1991, de 23 de diciembre ²²y que viene a corroborar la dificultad de la valoración de las situaciones de dependencia y que en cierta forma aportan un grado de inseguridad jurídica, ya que puede confundirse con un cambio de criterio en la valoración y eso no sería atendible.

3. UNA VISIÓN COMPARATIVA CON LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE, INVALIDEZ, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD JUDICIAL²³

3.1. La valoración de la incapacidad permanente

El art. 194.2 de la LGSS, sus apartados 2 y 3 señalan lo siguiente²⁴:

«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

.....

21 Motivo que también se contempla para las declaraciones de invalidez no contributiva, art. 5.1 letra c) del RD 357/1991, de 15 de marzo.

22 Ver su artículo 11.

23 Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n.º 13, 2017, pp. 137-171.

24 Sobre el procedimiento de valoración de las situaciones de incapacidad permanente, véanse:

- CID BABARRO, C.: “Determinación de una incapacidad”, capítulo 2 de la obra colectiva *Incapacidad Permanente. Claves prácticas y aspectos jurisprudenciales*, director CI BAVARRO, edit. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, 97-134.

- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La valoración y revisión de la incapacidad permanente”, capítulo 1, Título IV de la obra colectiva *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, pp. 595-624.

- ROQUETA BUJ, R.: “La incapacidad permanente”, parte segunda, capítulo tercero de la obra *La Incapacidad para trabajar*, obra en coautoría ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C., ed. La Ley, Tratados, Madrid, 2013, pp. 505-542.

- SERRANO ARGÜELLO, N.: “Las incapacidades permanentes: su evaluación, calificación, revisión, efectos económicos y régimen de incompatibilidades”, capítulo IV de la obra colectiva *Las incapacidades laborales. Análisis práctico de su regulación*”, coord. BLANCO MARTÍN, J.M., edit. Lex Nova Thomson Reuters. Pamplona, 2016, pp. 296-375.

la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en aquella en que 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».*²⁵

Previsión de desarrollo reglamentario que todavía no ha visto la luz²⁶. De aquí que todavía se entienda subsistente de conformidad con la DT. 26 de la LGSS, el sistema de grados de la incapacidad del art. 137 LGSS/1994 en su versión anterior a la reforma llevada a cabo por la Ley 24/1997.

Esta nueva redacción del art. 137 LGSS plantea varios problemas en su aplicación al no haber tenido en cuenta lo siguiente:

A) No tiene en cuenta la situación actual del mercado de trabajo, pues parece que parte de la consideración de que un trabajador mantiene una continuidad en su profesión, algo que en muchos casos está alejado de la realidad. En un gran número de ocasiones el trabajador está ocupado en lo que el mercado le ofrece en cada momento, sea o no la profesión para la que está preparado y es aquí en la que no queda claro cuál será la que haya de tenerse en cuenta al momento de valorar la hipotética situación de incapacidad. Si nos limitamos “ *echar una foto*” a la profesión ejercida al momento del hecho causante nos puede llevar, en carreras profesionales variopintas, a valorar situaciones irreales. La solución que ofrecía la versión anterior a la reforma del art. 137 de la LGSS (la reforma de 1997) era al menos para las situaciones derivadas de enfermedad común o profesional más acertada²⁷.

.....
25 La finalidad confesada era que la “*Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social*”

26 Sobre la falta de desarrollo reglamentario véase ROQUETA BUJ, R.: “La Incapacidad permanente”, ob. cit. capítulo I, pp. 377-387.

27 Sobre la dificultad de la determinación de la profesión habitual en orden a la calificación de la incapacidad permanente véase ALBER EMBUENA, V.: “El concepto de profesión habitual en la incapacidad permanente”, Revista de Información Laboral, núm. 6/2016, BIB 2016/3229; RIVAS VALLEJO, P.: “La profesión habitual a efectos de incapacidad permanente, un concepto al margen de la realidad de mercado de trabajo”, Revista Doctrina Aranzadi Social núm. 17/20075/2007. Y sobre las paradojas o situaciones curiosas que ello puede llegar a plantear en la práctica, véase: SORIGUERA SERRA, A.: “Profesión habitual, distinta, equivalente, o segunda invalidez permanente total: ¿el hombre-orquesta o el santo grial?”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 2/2010; HIERRO HIERRO, J.: “Incapacidad permanente total, profesión habitual y contingencia causante: el caso del jugador de baloncesto ocupado en labores de conductor de autobús”, Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento núm.

- B) Por otro lado, no debe olvidarse que habrá que plantearse cuáles serían entonces las funciones a tomar en consideración. Y así podría llegar a entenderse que solamente deban ser las del conjunto de trabajos que constituyan el contenido del puesto de trabajo al margen de la categoría profesional, como en tiempos pretéritos se hacía²⁸. Este criterio sería luego superado por otro que predicará tomar en consideración el conjunto de tareas que conforman la categoría profesional del trabajador²⁹. En definitiva, considerando que la profesión habitual no es exactamente la que coincida con el trabajo exacto que esté realizando en un momento concreto, sino aquella para la que esté cualificada y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle, sin perjuicio de las limitaciones que pudiera tenerse por las exigencias de una titulación concreta. En esta línea estaría la reforma introducida por la Ley 24/1977, con la remisión al “*concepto de grupo profesional*”, lo que suponía una extensión y consecuentemente restricción en orden a considerar la incapacidad de un individuo y supone aceptar que la inclusión en uno u otro grupo profesional estará a lo que disponga el convenio colectivo o acuerdo de empresa y los representantes trabajadores. En realidad es aceptar un criterio que de cara a evitar la extinción de la relación laboral y en su caso de flexibilidad interna en las empresas puede tener una finalidad lógica (uno de los objetivos fundamentales era facilitar el percibo de una pensión de incapacidad permanente y el trabajo de aquellos colectivos que tienen normada una segunda actividad), pero que dado los términos en que fue planteada generaba confusión y numerosos interrogantes³⁰. Tampoco debe olvidarse que la reforma de 1997 sigue sin estar operativa ya que precisaba de un desarrollo reglamentario posterior que no ha llegado a producirse (como se indica a continuación). Por otro lado, la conexión profesión habitual con grupo profesional no parece que haya tenido mucho predicamento en la doctrina judicial³¹.
- C) La idea de que exista una lista de enfermedades, su valoración y determinación de grados de incapacidad, es en principio plausible, pues se presenta con el objetivo de evitar disparidades en la valoración y aportar un cierto grado de seguridad jurídica. El conocimiento de las múltiples ocupaciones existentes en el mercado y las funciones que en ellas se desempeñan complican la valoración de una incapacidad. Acudir a los convenios colectivos, a los certificados de profesionalidad, etc., para conocer las tareas desempeñadas son orientaciones muy socorridas, pero no aportan la seguridad que se pretende.

.....

26/2007, parte Justicia Deportiva.

28 V. STCT 24 de mayo de 1975 (Ar. 2648).

29 V. STCT 1 de marzo de 1977 (Ar. 1210) y STS 17 de enero de 1989 (RJ 1989/259).

30 En este sentido pueden verse la SSTSJ Cataluña de 12 de abril de 2000 y 1 de septiembre de 2000 (AS 2000, 2256; y JUR/2000/307100). Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Compatibilidad de las prestaciones por incapacidad permanente”, capítulo primero, parte cuarta de la obra colectiva *Compatibilidad de Prestaciones de Seguridad Social con Trabajo*, dirigida por SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 480-482.

31 V. STS 28 de febrero de 2005.

Prueba de la tremenda dificultad de elaborar un listado de enfermedades y su valoración, es que han transcurrido 18 años desde aquella previsión sin que se haya llevado a cabo la misma, teniendo que seguir utilizando la anterior definición de grados de incapacidad laboral. Las dificultades son tremendas ya que no se trata de valorar el daño o menoscabo corporal (propio de un accidente de tráfico), ni de una discapacidad, pues la valoración no es abstracta, sino en relación con la profesión y la pérdida de capacidad laboral para ella.

No obstante el INSS sigue perseverando en estos intentos y así puede indicarse la publicación de su Guía de Valoración Profesional³². La guía se presenta como resultado del trabajo de un grupo de profesionales del INSS iniciado en 2007 con el propósito de poner a disposición de los inspectores médicos y de los miembros de las EVIS un instrumento que recogiera “la información laboral más relevante existente en diferentes publicaciones oficiales, relativa a las competencias y tareas de las distintas profesiones” y “ la elaboración de un sistema propio de valoración de los requerimientos profesionales, entendidos estos como las aptitudes psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar concreto”. Ahora bien, teniendo en cuenta que “Los requerimientos profesionales que se muestran para cada ocupación son requerimientos teóricos y tienen, por tanto, un carácter orientativo para los diferentes profesionales que intervienen en la valoración de las incapacidades laborales. Corresponderá al inspector médico que realice el reconocimiento del trabajador o al Equipo de Valoración de Incapacidades que califique la posible situación de incapacidad del mismo, adaptar dichos requerimientos a la valoración individualizada de un trabajador concreto”.

La Guía recoge un total de 502 fichas que incluye la totalidad de las ocupaciones de la Clasificación Nacional de Ocupaciones de 2011 (CNO11). La estructura de cada ficha parte de tres bloques diferenciados:

1. *Identificación de la profesión y descripción de competencias y tareas*³³.
2. *Requerimientos profesionales*³⁴.
3. *Posibles riesgos y circunstancias específicas*³⁵.

.....

32 La tercera edición (2014) de esta guía puede verse en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>.

33 El apartado recoge una recopilación de la información más relevante existente en las diferentes clasificaciones nacionales y otras fuentes de información laboral, con el objetivo de identificar las circunstancias específicas en las que se desarrollan las actividades laborales y las competencias y tareas asignadas a cada ocupación (CON-11; CNAE 2009; CNCP; Permisos administrativos que se requieran –conducir, armas, etcétera, incluso aunque no sean obligatorios pero la práctica del mercado laboral la vengán exigiendo-); y un cuadro de enfermedades profesionales asociadas.

34 Se definen las aptitudes o facultades psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una profesión determinada. Los requerimientos que se analizan son: carga física; carga biomecánica; manejo de cargas; trabajo de precisión; sedestación; bipedestación; marcha por terreno irregular; carga mental; dependencia; audición; voz; olfato y o gusto; y sensibilidad. Cada requerimiento se valora en atención al nivel de intensidad o exigencia en función de las características del trabajo.

35 Se recogen las circunstancias externas al trabajador que pueden influir en desarrollo de la actividad laboral: riesgos derivados del ambiente laboral (exposiciones al ruido, polvo, etc.); riesgos derivados del material o herramientas de trabajo (manejo de vehículos, maquinaria que origina vibraciones, etc.); y específicas del medio laboral (trabajo en alturas, subterráneo, etc.).

Como ya se ha dicho en el apartado anterior la valoración es de por sí un proceso complejo ya que no se cuentan con baremos (como en la discapacidad o en la dependencia) o tablas de incapacidades (como por ejemplo en la incapacidad temporal). Y por otro lado la valoración no puede tomar en cuenta otros factores que los estrictamente patológicos o residuales. Factores de tipo subjetivo (preparación, formación del trabajador, etc.) u otros como la edad y la dificultad de encontrar otro empleo, no pueden llevarnos a determinar la existencia de una incapacidad laboral o no. A lo sumo, tendrán influencia en un mayor porcentaje de la pensión de incapacidad permanente total. De hecho el incremento de la pensión de IPT con un 20 por ciento más obedeció en su momento a evitar la interpretación subjetiva y amplia de la IPA que los tribunales venían haciendo³⁶.

También merece ser reseñado algo que podría pensarse que ayuda al proceso de valoración y son las denominadas presunciones las equiparaciones previstas en el Decreto de 22 de junio de 1956, que aprobó el texto refundido de la Ley y Reglamento de accidentes de trabajo, recogidas en sus arts. 37 a 41³⁷.

Pero no debe olvidarse que su valor actual es de carácter orientativo y no es infrecuente que los tribunales en su labor valorativa consideren “... *preceptos que, a pesar de no estar contenidos en la LGSS, la jurisprudencia social lo ha considerado desde antiguo “como orientadores é indicativos para aplicar lo dispuesto en los artículos 135-5 y 6º, en los que se definen la incapacidad absoluta y la gran invalidez”*”³⁸.

Otro punto de valoración objetiva que nos puede servir de ayuda es el baremo contenido como anexo en la Orden de 15 de abril de 1969 que determina el importe de las indemnizaciones por baremo de las lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes causadas por riesgos profesionales. Aunque se refiere a situaciones no invalidantes en algunos casos son utilizadas, tanto por los tribunales como la administración, para determinar el límite entre una lesión no invalidante y una incapacidad permanente parcial. En este sentido véase el caso de las rigideces articulares (números 71 a 81 del baremo) cuando superen el porcentaje de limitación a la movilidad allí previsto.

3.2. La valoración de la invalidez no contributiva

La valoración y calificación del grado de discapacidad se lleva a cabo conforme a lo normado en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre³⁹. Dicha disposición tiene dos partes nítida-

.....

36 Art. 11.4 de la Ley 24/1972, 21 junio.

37 Y así, por ejemplo: se considera situación de IPP quien haya perdido la visión completa de un ojo, si subsiste la del otro (art. 37); o como IPT a quien haya perdido el pulgar completo de la mano rectora (art. 38); como IPA la visión completa de la visión en ambos ojos (art. 39).

38 Por todas puede verse STS 1094/2014, de 3 de marzo (Rec. 1246/2013).

39 Supuso la derogación del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido, dictado al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto-

mente diferenciadas, una que regula el procedimiento administrativo a seguir y otra que recoge los baremos a utilizar en el proceso de valoración, calificación y graduación de la discapacidad⁴⁰.

La competencia corresponde a⁴¹ los órganos correspondientes a las CC.AA. que ejerzan esta competencia y en su caso al IMSERSO (en Ceuta y Melilla) donde resida el interesado las cuales: diagnosticarán, valorarán y orientarán sobre las situaciones de discapacidad; su grado, la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, así como la dificultad para utilizar transportes públicos. Los dictámenes técnico-facultativos que son la base para el reconocimiento de grado serán emitidos por los órganos técnicos competentes dependientes de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de calificación del grado de discapacidad y minusvalía y por los equipos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en su ámbito competencial. De tales órganos técnicos y equipos de valoración y orientación formarán parte, al menos, médicos, psicólogos y trabajadores sociales, conforme a criterios interdisciplinarios.

Las situaciones de discapacidad se califican en grados según su alcance y responde a criterios técnicos unificados, fijados mediante los baremos que se recogen como anexo, siendo objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona⁴², como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social⁴³. El grado de discapacidad se expresa en porcentajes.



ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo, procede a la unificación en el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) de las competencias y facultades en orden al reconocimiento, declaración y calificación de la condición de minusválido; la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 5 de enero de 1982, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Real Decreto que desarrollaba al anterior y que regulaba las actuaciones técnicas de los centros base del Instituto Nacional de Servicios Sociales para la emisión de dictámenes sobre las circunstancias físicas, mentales y sociales de las personas con minusvalía; y la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984 que establecía el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero.

40 Sobre el proceso de valoración de la discapacidad/minusvalía véase:

- BLANCO MARTÍN, J.M.: “La pensión no contributiva de invalidez”, capítulo V, obra colectiva Incapacidades Laborales. Análisis práctico de su regulación”, coord. BLANCO MARTÍN, J.M, edit. Lex Nova Thomson Reuters, Pamplona, 2016, pp. 395-400 y 413-425.
- BLASCO LAHOZ, J.F.: “La calificación y revisión del grado de discapacidad”, en Revista Doctrina Aranzadi Social, núm. 9/2013, parf. 65/2013, BIB 2013/2.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El modelo de valoración de la invalidez no contributiva tras las reformas legislativas en cascada”, capítulo 3, Título IV, de la obra colectiva Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación, Ediciones Laborum, Murcia, 2018, pp. 657-678.

41 Art. 6, 7 y 8.

42 Anexos I y II.

43 Anexo III. Teniendo en cuenta factores como el entorno familiar, la situación laboral y profesional, los niveles educativos y culturales y el entorno habitual de la persona con discapacidad.

La valoración de las situaciones de discapacidad y la calificación de su grado se efectuará previo examen del interesado por los órganos técnicos competentes⁴⁴. Estos órganos técnicos podrán recabar de profesionales de otros organismos los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes para la formulación de sus dictámenes. Si las circunstancias lo aconsejaren dicho órgano podrá emitir su dictamen en virtud de informes médicos psicológicos o sociales emitidos por profesionales autorizados.

El dictamen propuesta deberá de contener necesariamente el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos⁴⁵.

El procedimiento termina con resolución expresa del órgano competente que deberá indicar el grado o no de discapacidad y la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede y la fecha en que tendrá lugar o no una revisión futura. El reconocimiento del grado de discapacidad se entenderá producido desde la fecha de la solicitud⁴⁶. El grado de discapacidad podrá ser objeto de revisión, bien por mejoría o por agravamiento ateniéndose al plazo marcado en la resolución inicial o bien cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se dictó la resolución administrativa anterior. En el caso de que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo⁴⁷.

El citado RD 1971/1999, contiene una serie de indicaciones a tener en cuenta en la valoración de la discapacidad:

- La calificación del grado de discapacidad que realicen los órganos técnicos competentes, será independiente de las valoraciones técnicas efectuadas por otros organismos en el ejercicio de sus competencias públicas. En nada pues le vincularía una declaración de incapacidad del INSS. Lo que evidencia ya el querer señalar o afirmar su propia autonomía.
- La valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el anexo I, apartado B), relativo, entre otros factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y

.....

44 Véase la STS 18 de febrero de 2015 (RJ 2015, 1398), en relación con la prestación de jubilación anticipada por aplicación de coeficientes reductores, sobre la competencia de los órganos administrativos para la acreditación de la necesidad del concurso de una tercera persona para actos de la vida diaria, sin que corresponda la misma a los órganos judiciales.

45 Art. 9 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

46 Art. 10 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

47 Art. 11 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad.

- Para la determinación final del grado de discapacidad se tendrá en cuenta la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios sin que esta pueda sobrepasar los 15 puntos, pero siempre y cuando el porcentaje mínimo obtenido en la valoración de la discapacidad no sea inferior al 25 por 100.
- La evaluación de aquellas situaciones específicas de discapacidad a las que hace referencia los arts. 358 y 367 de la LGSS para tener derecho a un complemento por necesitar el concurso de una tercera persona, se realizará teniendo en cuenta lo siguiente: a) el baremo que figura como anexo II ha sido derogado y hay que acudir para ello a las previsiones que para tal situación se recogen en el RD 174/2011, de 11 de febrero; b) La relación exigida entre el grado de discapacidad y la determinación de la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos, se fijará por aplicación del baremo que figura como anexo III, considerando que existe tal dificultad siempre que el presunto beneficiario se encuentre incluido en alguna de las situaciones descritas en los apartados A), B) o C) del baremo o, aun no estándolo, cuando obtenga un mínimo de 7 puntos por encontrarse en alguna de las situaciones recogidas en los restantes apartados del citado baremo.
- Por otro lado, en relación con los baremos anexos al mismo se fijan también una serie de pautas, a destacar:
 - Necesidad de documentación previa del proceso patológico que da lugar a la deficiencia.
 - La relevancia en la valoración estará en la severidad de las consecuencias de la enfermedad y no en ella en sí misma.
 - Las deficiencias a valorar deben ser permanentes entendiendo como tales aquellas alteraciones orgánicas o funcionales no recuperables, es decir, sin posibilidad razonable de restitución o mejoría de la estructura o de la función del órgano afectado.
 - Se fija un período de espera mínimo entre el tiempo que ha de transcurrir entre el diagnóstico e inicio del tratamiento y el acto de la valoración.
 - Las deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas se evaluarán, siempre que es posible, mediante parámetros objetivos. Si bien las pautas de valoración atienden al efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, es decir, en el grado de discapacidad que ha originado la deficiencia.
 - La deficiencia ocasionada por enfermedades que cursan en brotes debe ser evaluada en los períodos intercríticos.

- La evaluación debe responder a criterios homogéneos. Con este objeto se definen las actividades de la vida diaria⁴⁸ y los grados de discapacidad a que han de referirse los Equipos de Valoración⁴⁹.
- Con carácter general se establecen cinco categorías o clases, ordenadas de menor a mayor porcentaje, según la importancia de la deficiencia y el grado de discapacidad que origina⁵⁰.
- Cuando coexistan dos o más deficiencias en una misma persona –incluidas en las clases II a V– podrán combinarse los porcentajes, utilizando para ello la tabla de valores que aparece al final de este anexo, dado que se considera que las consecuencias de esas deficiencias pueden potenciarse, produciendo una mayor interferencia en la realización de las A.V.D. y, por tanto, un grado de discapacidad superior al que origina cada uno de ellas por separados.

.....

48 Que actualmente se encuentran recogidos en el RD/1742011, de 11 de febrero, su disposición adicional segunda dispone: “*Valoración de la necesidad del concurso de otra persona para el reconocimiento de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda en los que sea necesaria la acreditación de esta situación. La determinación de la situación de dependencia y de la necesidad del concurso de otra persona a que se refieren los artículos 145.6, 182 bis 2.c), 182 ter, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social se realizará mediante la aplicación del baremo aprobado por este real decreto, con las especificaciones relativas a la edad y tipo de discapacidad que se establecen en el mismo. Se estimará acreditada la concurrencia de ambas situaciones cuando de la aplicación del baremo se obtenga una puntuación que dé lugar a cualquiera de los grados y niveles de dependencia establecidos. La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona*”. La referencia entiéndase hecha a los actuales arts. 364, 353 y 354 de la LGSS.

49 Grados de discapacidad: Grado 1: discapacidad nula. Los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria; Grado 2: discapacidad leve. Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas; Grado 3: discapacidad moderada. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado; Grado 4: discapacidad grave. Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las A.V.D., pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado; Grado 5: discapacidad muy grave. Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las A.V.D.

50 Estas cinco clases se definen de la forma siguiente:

- CLASE I. Se encuadran en esta clase todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad. La calificación de esta clase es 0 por 100.
- CLASE II. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por 100 y el 24 por 100.
- CLASE III. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada. A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 por 100 y 49 por 100.
- CLASE IV. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave. El porcentaje que corresponde a esta clase está comprendido entre el 50 por 100 y 70 por 100.
- CLASE V. Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave. Esta clase, por sí misma, supone la dependencia de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, demostrada mediante la obtención de 15 o más puntos en el baremo específico (anexo 2). A esta categoría se le asigna un porcentaje del 75 por 100.

- Y finalmente a los efectos de garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado, se creará una Comisión Estatal, integrada por representantes del Ministerio competente y de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de valoración de situaciones de discapacidad y calificación de su grado.

En definitiva se trata de un proceso de valoración muy complejo y difícil en su aplicación directa, lo que ha llevado consigo a que la propia Dirección General del IMSERSO lo reconozca abiertamente “... *la amplitud y la complejidad del procedimiento de valoración hacen difícil el empleo directo del BOE*” y haya tenido que publicar una guía facilitar la práctica diaria de los órganos técnicos de valoración, denominada “*Valoración de las situaciones de Minusvalía*”, con la participación de los profesionales de los órganos técnicos de valoración de todo el Estado y la colaboración de la Facultad de Medicina de la Universidad de Salamanca⁵¹.

3.3. La valoración de la gran invalidez y la necesidad del concurso de la ayuda de otra persona

El RD 174/2011, de 11 de febrero, tiende “*puentes*” a la protección otorgada por el sistema de Seguridad Social, tanto para los incapacitados permanentes como para los inválidos. Y así su DA. Primera y en relación con la gran invalidez señala que a las personas que tenga reconocida tal situación se les reconocerá la situación de dependencia, en el grado que corresponda, garantizándoles en todo caso el grado I de dependencia moderada⁵². Y para los que se encuentre en situación de invalidez no contributiva y se les haya reconocido la necesidad de concurso de otra persona, también se les habilita una “*pasarela*” para el reconocimiento de la situación de dependencia en el grado que corresponda función de la puntuación obtenida por el RD 1971/1999, de acuerdo con la siguiente tabla⁵³:

De 15 a 29 puntos	Grado I
De 30 a 44 puntos	Grado II
De 35 a 72	Grado III

.....

51 IMSERSO: *Valoración de las situaciones de minusvalía*, Colección Manuales y Guías, Serie catálogos y guías. Madrid, 2000. Se puede consultar en <http://sid.usal.es/idocs/F8/8.1-4569/Valoraciones.pdf>.

52 La DT primera precisaba que sería al nivel I, que ahora ya ha desaparecido con la reforma de 2012.

53 Téngase en cuenta que La DT primera hace referencia dentro de esos grados al nivel 2, que ahora ya han desaparecido con la reforma de 2012. La reforma de 2012 afecto a tres ámbitos: a los órganos de valoración, al procedimiento y al baremo. Sobre la reforma de 2012 puede verse el análisis de SÁNCHEZ FIERRO, J.C.: *Las reformas de la valoración de las situaciones de dependencia. Perspectivas de futuro*. El estudio puede verse en http://www.fundacioncaser.org/sites/default/files/1._reformasdelavaloracion_fierroycobo.pdf, consultado en 3 de agosto de 2017.

Por otro lado, la DA. Segunda de este RD también se refiere a valoración de la necesidad del concurso de otra persona para el reconocimiento de prestaciones no contributivas previstas en los arts. 353, 354 (prestaciones familiares) y 364 (invalidez no contributiva) de la LGSS, indicando que a partir de su entrada en vigor se hará conforme a las previsiones de dicho RD. Entendiendo acreditada la necesidad cuando al menos se alcance el grado I de dependencia.

Por tanto y, en resumen:

- Para acreditar el concurso de otra persona en la invalidez no contributiva y para la asignación por hijo discapacitado a cargo cuando el hijo esté afecto a un grado de discapacidad igual o superior al 75%, se aplicará el baremo de las situaciones de dependencia⁵⁴.
- Mientras que para el resto de prestaciones de la Seguridad Social que requieran el 33% o un 65% se aplicará el RD 1971/1999.
- Y para la Gran Invalidez, no hay baremo aplicable.

Y finalmente concluye que la situación de dependencia declarada conforme a dicho baremo servirá para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda establecidos por cualquier Administración Pública o entidad en los casos que sea preciso la acreditación de ayuda de tercera personal.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA, INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD

4.1. Sobre la “bondad” o eficacia de los baremos

A lo largo de este estudio se han ido comentando diversos aspectos generales y controvertidos de los procesos de evaluación y determinación de las situaciones de incapacidad permanente, discapacidad y dependencia. Se aprecia un interés loable en la búsqueda de la objetividad máxima por creer encontrar en un baremo o una tabla, con sus valores, el grado o porcentaje exacto del déficit que afecta a una persona. Pero aprehender la realidad

.....

54 Ver RODRÍGUEZ RUIZ, E.: *Discapacidad y sus efectos en el ámbito jurídico laboral*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma. Madrid, 2015, pág. 359.

es una misión cuasi imposible y los resultados hasta ahora vistos lo evidencian. Una valoración vía baremos comporta que los mismos sean dinámicos y no estáticos, lo que supone una continua reconsideración de criterios en base a las nuevas evidencias científicas o avances tecnológicos que ayuden a paliar o eliminar déficits, situaciones de restricción o de dependencia.

En el ámbito de la Seguridad Social la Ley 24/1997 ya lo intentó, cuando modificó la invalidez permanente para el “*Establecimiento de una mayor seguridad jurídica en la determinación de las pensiones de invalidez. A tal fin, se prevé la elaboración de una lista de enfermedades, y de su valoración a los efectos de la reducción en la capacidad de trabajo y, correlativamente, de la presumible pérdida de la capacidad de ganancia, que será aprobada por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social*”⁵⁵. Han pasado 26 años y estamos igual, al menos oficialmente. Los intentos están ahí con la publicación por parte del INSS de guías orientativas generales como la “*Guía de Valoración Profesional*”⁵⁶; o específicas como “*Guía de Ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales*”⁵⁷, o bien diversos manuales de actuación para médicos del INSS para la valoración de patologías infecciosas⁵⁸; cardiopatías, etc. Y adviértase una cosa, en el ámbito de la Seguridad Social, de momento, la gestión es única. De aquí que con la evaluación de una situación de incapacidad laboral se podrá estar de acuerdo o no, pero normalmente será similar con la que se pueda uno encontrar en cualquier lugar de España. En realidad la reforma de 1997, lo que apuntaba era la discrepancia existente con las valoraciones llevadas a cabo en los órganos jurisdiccionales, máxime cuando ante discrepancia en lo acordado por uno u otros, poco o nulo éxito tenía en los Tribunales Superiores de Justicia y mucho menos en unificación de doctrina, por el consabido criterio de que en materia de incapacidad, difícilmente pueden encontrarse supuestos con identidad sustancial, pues cada caso se decide en función de todas sus circunstancias⁵⁹.

En el terreno de la discapacidad ocurre otro tanto, la propia administración estatal ha publicado alguna guía y para la dependencia téngase en cuenta lo ya indicado en el apartado 3.2.2 *ut supra*.

.....

55 De su exposición de motivos.

56 INSS: *Guía de Valoración Profesional*, 3.ª edición, Madrid, 2014. Se puede consultar en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/198948.pdf>. Consultado en 2-11-2018.

57 INSS: *Guía de ayuda para la Valoración de las Enfermedades Profesionales*, 1.ª Edición, Madrid. Se puede consultar en http://www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/Publicaciones/Publicacionesporcon28156/Informacionsobrep47075/G%C3%BAaEEPP/index.htm. Consultado en 2-11-2018.

58 Se puede consultar en https://www.google.es/search?rlz=1C1GGRV_enES751ES751&q=manual+de+actuacion+para+m%C3%A9dicos+del+inss+cardiopatas&oq=manual+de+actuacion+para+m%C3%A9dicos+del+inss+cardiopatas&gs_l=psy-ab.3...33i160k1.8792.15461.0.16041.17.16.0.0.0.482.2101.1j3j1j2j1.8.0..3..0...1.1.64.psy-ab..9.7.1881.goujqwWJw9k. Consultado en 2-11-2018.

59 Por todas STS 6 julio de 2001 (RJ 2001, 7311).

Si los baremos aprobados son tan complejos que la propia administración los reconoce e intenta paliar tales déficits mediante guías generales o específicas, la bondad del sistema valorativo está en entredicho, al menos de momento y el objetivo de objetividad y seguridad jurídica no se ha cumplido.

Un dato a tener en cuenta, la “*Ley de Dependencia*” ha generado un diferente nivel de desarrollo en las Comunidades Autónomas y así se reconoce en la propia exposición de motivos del RD-ley 20/2012, de 13 julio, lo que conlleva a que en el mejor de los casos a la hora de valorar una situación de dependencia haya que tener en cuenta la normativa estatal, la autonómica y los criterios y sugerencias del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Y finalmente una preocupación se quiere hacer llegar. Si se admiten baremos con criterios añadidos, manuales de instrucciones que se van actualizando con el tiempo, etc., el problema se va a trasladar fundamentalmente al ámbito de las revisiones de discapacidad y de dependencia. Se trata de la viabilidad de admitir revisiones por mal o error aplicación de los baremos ¿Cuál será su correcto entendimiento? Ya que si pasado un determinado tiempo, una persona es llamada a revisión de su discapacidad o dependencia y conforme a los nuevos criterios fijados desde aquella fecha, ahora ya no es correcto el porcentaje de discapacidad o grado dependencia ¿deberá modificarse el porcentaje o grado? ¿ampara la revisión los cambios de criterio? En una incapacidad permanente laboral no, o hay un cambio sustancial en la situación previa o no se modifica el grado de incapacidad, ni al alza, ni tampoco a la baja⁶⁰. Por otro lado ¿porque debe pechar con las consecuencias de una mala praxis de la administración el ciudadano? Si hubo error en la aplicación del baremo por el evaluador ¿Qué responsabilidad alcanza al ciudadano? ¿O es que no se es consciente del valor y trascendencia que tiene una declaración de discapacidad o dependencia?

4.2. Puntos de encuentro entre las situaciones de incapacidad, invalidez, discapacidad y dependencia

Es bastante frecuente que la persona que obtiene el reconocimiento de una incapacidad permanente pretenda hacer valerla para a su vez obtener el reconocimiento de una discapacidad, al menos en el porcentaje mínimo que da acceso a la condición de discapacitado, con el fin de obtener las ventajas laborales, de Seguridad Social, económicas, fiscales, etcétera que ello puede comportar. O viceversa obtenido un porcentaje más o menos impor-

.....

⁶⁰ Véase la STS 6 abril de 2004, sobre la improcedencia de proceder a la revisión del grado de discapacidad por la aprobación de un nuevo baremo (RJ 2004/2672).

tante de discapacidad, pretenda obtener o al menos apoyar una pretensión de declaración de incapacidad permanente, con el fin de lucrar prestaciones contributivas del Sistema de Seguridad Social. En el mismo sentido puede ocurrir con quien haya sido reconocido como dependiente y pretenda postular una incapacidad permanente o discapacidad. Similar propósito puede tener quien partiendo de una situación de dependencia pretenda una invalidez no contributiva. Y finalmente se podría llegar a plantear si una incapacidad judicial puede tener efecto sobre una incapacidad permanente, invalidez no contributiva, dependencia o discapacidad o a la inversa.

En definitiva, si nos encontramos ante estas situaciones ¿hay “vasos” comunicantes? Vaya por delante la conclusión: no hay “pasarelas” que operen en uno u otro trayecto de forma automática, pero cabe y pueden buscarse puntos comunes de encuentro⁶¹.

A) El reconocimiento automático de un porcentaje de discapacidad

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, vino a introducir en el Sistema de Seguridad Social prestaciones no contributivas de invalidez, jubilación y familiares, en su DA. Tercera. 2. estableció dos presunciones:

a) Cuando a una persona se le haya reconocido una invalidez permanente en el grado de absoluta se le presumirá afecto a una minusvalía igual al 65%.

b) Si la invalidez permanente, hubiera sido en el grado de gran invalidez se presumirá afecto a una minusvalía o enfermedad crónica igual o superior al 75% y estar precisado de la ayuda de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Esa previsión y reconocimiento tenían sentido si se relacionaban con lo previsto en el apartado 1 de la DA Tercera. Hasta aquellas fechas era posible que si una persona interesaba (o bien se tramitaba de oficio) una declaración de invalidez permanente y tramitada la misma se acordara la declaración de inválido permanente sin derecho a prestaciones económicas (por ejemplo, por no acreditar el período mínimo de cotización exigible), lo que en definitiva y sin exagerar venía a suponer una “muerte civil” para esa persona, ya que automáticamente sería baja en el sistema, se le extinguiría el contrato de trabajo (en el caso de trabajadores por cuenta ajena) y todo ello sin derecho a prestación alguna; y con la dificultad añadida de que la administración de la Seguridad Social cuestionaría un alta posterior con cotizaciones para sanar tal defecto⁶². La previsión de la DA Tercera tenía cierto sentido y era

61 Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Dependencia, discapacidad, invalidez e incapacidad permanente. Aspectos relativos a su determinación y valoración. Puntos de encuentro”, ob. cit. pp. 137-171.

62 Recuérdese que tal posibilidad sería rechazada por los Tribunales, en tal sentido –entre otras- puede verse la STS 14-10-1991 (Ar. 1991, 7659) y que el criterio de la administración sobre la no toma de consideración de las nuevas cotizaciones sería rechazado por el TS, entre otras STS 21-1-2015 (Rec. 127/2014).

dar una salida a esas situaciones en que el INSS se veía abocado –por la obligación que tiene la administración de resolver un procedimiento administrativo -a efectuar tales declaraciones, no te reconozco una invalidez contributiva, pero te facilito el acceso a la invalidez no contributiva.

Ahora bien, téngase en cuenta que al DA. Tercera 2, precisaba una cosa que pasa a veces desapercibida “A los efectos previstos en el número anterior...” es decir, del reconocimiento del derecho a una situación de invalidez sin derecho a pensión contributiva ¿Cuál era su significado y alcance? ¿general? o ¿limitado a facilitar el cumplimiento de uno de los requisitos de la invalidez no contributiva y evitar la necesidad de pasar un nuevo examen o valoración de dolencias?

B) La equiparación de *minusválidos* “LISMI” a inválidos “no contributivos”

El RD 357/1991, 15 de marzo, desarrollaba reglamentariamente las previsiones de la Ley 26/1990, su Disposición Transitoria primera, número 2 vino a establecer una asimilación automática y también una presunción:

- Aquellos que sean beneficiarios de los subsidios económicos de la Ley 13/1982, de 20 de diciembre, de Integración Social del *Minusválido* (LISMI) que soliciten la invalidez no contributiva y en su caso el subsidio de ayuda a tercera persona, no tendrán que acreditar nuevamente el grado de minusvalía surtiendo efectos a tal finalidad el grado de minusvalía ya reconocido.
- Se presumirá afectas a una minusvalía en un grado igual al 65% aquellas personas que con anterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto sean beneficiarias de una pensión asistencial por razón de incapacidad y que soliciten una pensión de invalidez no contributiva

Esta presunción y asimilación tenía una finalidad, facilitar el tránsito de las prestaciones LISMI y del Fondo Nacional de Asistencia Social a las nuevas no contributivas instauradas en 1990⁶³.

También merece ser recordada la Disp. Ad. Tercera que en su apartado 2, establecía dos presunciones: a) afecto a una minusvalía del 65% a quien hubiere sido declarado inválido permanente absoluto; y b) afecto a una minusvalía en porcentaje del 75 o más por ciento a quien se le hubiera reconocido la situación de gran invalidez, en ambos casos en el nivel contributivo. Equiparaciones que tuvieron poca virtualidad en la práctica cuando el Tribunal Supremo se pronunció en contra de declaraciones de incapacidad permanente contributiva sin derecho a prestaciones económicas⁶⁴.

C) La equiparación a discapacitados de los pensionistas de la Seguridad Social o de Clases Pasivas del Estado.



63 Ver DA. 9.ª y Transitoria primera de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

64 Véase STS 19 junio 2007 (RJ 2007/8509).

La ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en su art. 1.2 disponía que tendrán la consideración de persona con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33% y que en todo caso, se considera afectados a un grado de *minusvalía* en tal porcentaje a los pensionistas de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, así como a los pensionistas de clases pasivas del estado que tuvieren reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Realmente lo que hacía tal previsión legal era fijar un umbral de protección, la condición de *minusválido* precisa alcanzar el 33% de discapacidad. Y en segundo lugar una asimilación mínima respecto a aquellos que ya tuvieran una incapacidad permanente contributiva en los grados pensionables.

Pero también téngase en cuenta que la norma señalaba que tal reconocimiento lo era “... a los efectos de esta Ley”⁶⁵.

Desde su entrada en vigor se fueron produciendo decisiones administrativas heterogéneas, contradictorias, todas ellas emanadas de las administraciones públicas al objeto de cómo acreditar tal asimilación a la condición de *minusválido* y los efectos que ello conllevaba⁶⁶. Ello llevó a que el RD 1414/2006, de 1 de diciembre, se encargará de⁶⁷:

- Precisar quienes tienen la consideración de persona con discapacidad aquellas que alcance al menos una minusvalía del 33%.
- Unas asimilaciones legales para los pensionistas de IPT, IPA o GI; y para los pensionistas de Clases Pasivas del Estado que tuvieren reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio o inutilidad.
- Y por otro lado se regulaba como se puede acreditar el grado de *minusvalía* igual al 33% mediante los siguientes documentos⁶⁸:
- Por Resolución o certificado expedido por el IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva.

65 Ver art. 1.2. párrafo tercero.

66 Véanse, entre otros, pronunciamientos: a) a favor de una equiparación automática: SSTSJ Castilla La Mancha núm. 46/2016, de 14 enero (JUR 2016/24897), núm. 1130/2006, de 3 julio (JUR 2006/240196); STSJ Galicia núm. 1267/2012, de 6 de marzo (JUR 2012/108841); SSTSJ Extremadura núm. 499/2007, de 19 de julio (JUR 2007/306999), núm. 203/2007, de 22 de marzo (JUR 2007/214161), núm. 289/2007, de 5 de marzo (JUR 2007/24190) y ; b) en contra de una asimilación entre una incapacidad permanente contributiva y un determinado porcentaje de minusvalía o discapacidad: STSJ Aragón núm. 419/2015, de 29 junio (JUR 2015/180170); STSJ Galicia 4609/2011, de 14 diciembre (JUR 2012/5855); SSTSJ Castilla y León núm. 1295/2007, 12 septiembre (JUR 354745), núm. 117/2007, de 21 de febrero (JUR 2007/132616), núm. 1287/2006, de 18 septiembre (JUR 2006/257943); STSJ País Vasco núm. 2257/2007, de 11 septiembre (JUR 2008/35853); STSJ Asturias núm. 120/2007, de 23 de marzo (JUR 2007/213981); STSJ Castilla y León; STSJ Valencia 3636/2006, de 28 de noviembre (JUR 2007/113162).

67 Art. 1 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

68 Art. 2 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

- Resolución del INSS reconociendo la situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez.
- Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda (MEH) o del Ministerio de Defensa (MD), para las pensiones de jubilación o retiro por incapacidad para el servicio o inutilidad.

Advirtiendo además que no será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órganos de la Comunidades Autónomas a los pensionistas antes referenciados.

Se trata de una asimilación de mínimos, es decir, la resolución del INSS, MEH o MD reconociéndoles la condición de pensionista parten con un 33% de discapacidad, si quieren o entienden que su situación es superior a dicho porcentaje podrán pedir al IMSERSO o los organismos de la Comunidad Autónoma competente un reconocimiento que se hará aplicando el baremo recogido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Ahora bien, si instado este reconocimiento el IMSERSO o CA entendieran que no se alcanza el 33% se limitarían a establecer esta circunstancia, sin más efectos.

La acreditación del grado de minusvalía tendrá validez en todo el territorio nacional.

En realidad tal equiparación tenía unos efectos limitados a las materias –por así decirlo- de la propia Ley 51/2003, pero para otros se requería que el interesado se sometiera a una nueva valoración, ahora vía RD 1971/1999⁶⁹.

D) Incapacitados, discapacitados y su asimilación a dependientes

La Resolución del IMSERSO de 23 de mayo de 2007, publicaba el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de dependencia⁷⁰ establece en su acuerdo segundo lo siguiente:

“Homologación de reconocimientos previos (PASARELAS).

Quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, con el grado y nivel

.....

69 En relación con el alcance de la equiparación véase por todas la STS 278/2016, de 7 de abril (rec. 20126/2014). Se debatía allí la pretensión de una persona que había sido declarada en situación de IPT para la profesión habitual y solicitó el reconocimiento de la condición de discapacitado ante el órgano competente de la CA, lo que le sería denegado pues solo alcanzaba una discapacidad del 9%. Acudió entonces a la Jurisdicción Social en la que encontró apoyo a su pretensión y la CA recurrió en casación para la unificación de doctrina que determinó que en la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al ámbito normativo de la Ley 13/1982 (LISMI) y no al de la Ley 51/2003 y así se indicaba de forma expresa en su art. 10 la competencia de los equipos multiprofesionales para llevar a cabo tal valoración; mientras que la Ley 51/2003 despliega sus efectos en las materias que norma pero no en otras. Recuerda que las incapacidades laborales se determinan en consideraciones de empleo y trabajo, mientras que las discapacidades atienden a otros ámbitos de la vida social, como es la educación, la participación en actividades sociales, etc. Por ello el legislador puede establecer espacios comunes de encuentro, pero junto a ellos hay otros que corresponden privativamente a la Seguridad Social o a la protección de los discapacitados.

70 BOE de 7 junio de 2007.

que se determine mediante la aplicación del IVD, garantizando en todo caso el Grado I Dependencia Moderada, nivel I.

Quienes tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona según el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia”.

Se trata de, como expresivamente dice, dos pasarelas: a) una procedente del nivel contributivo de la Seguridad Social para las situaciones de pensionistas de gran invalidez; y b) la procedente de aquellos que hubieren pedido el reconocimiento de la condición de discapacitado y consiguientes prestaciones económicas y se les reconozca la necesidad del concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida⁷¹.

Un dato o un matiz que puede ser relevante, la dependencia se caracteriza por precisar “... de otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria...”⁷² y la gran invalidez por ser la situación en la que el trabajador afecto a ella “...necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida de la tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”⁷³. Como se puede apreciar uno es más amplio que otro.

E) Las asimilaciones a discapacitados llevadas a cabo por RD. Legislativo 1/2013

El RD. Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, vino a dar cumplimiento al mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto para la adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad y derogó expresamente la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en ma-



71 Art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 diciembre.

72 Art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 diciembre.

73 Art. 194.6 LGSS/1994, en su versión original.

Sirva de ejemplo la interpretación que los Tribunales vienen haciendo de la situación de gran invalidez:

- a) La constatación de que la persona se encuentra en fase terminal y que el desenlace fatal lo será en próximas fechas no impide la determinación de la misma pues solamente está condicionada a la existencia de la necesidad de una tercera persona, STS 12 de mayo de 2003 (RJ, 2003, 4076).
- b) Basta con la imposibilidad de realizar una o cualquiera de los actos más esenciales de la vida, STJ País Vasco 18 abril de 2000 (AS 2000, 3157).
- c) El hecho de haber adquirido habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos más esenciales de la vida, TS 10 de febrero de 2015 (RJ 2015, 533).

teria de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Su art. 4.2 –como antes se indicó- vino a señalar lo siguiente:

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Su artículo 5 determinaba su ámbito de aplicación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, señalando como tales: a) Telecomunicaciones y sociedad de la información; b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) Transportes; d) Bienes y servicios a disposición del público; e) Relaciones con las administraciones públicas; f) Administración de justicia; g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico; y h) Empleo; y cuyas medidas específicas se regulaban en el Título I de la Ley.

Y aquí volvemos a lo mismo, a preguntarnos cuál será el alcance de esa asimilación (“...y a todos los efectos...”), teniendo en cuenta que dentro del contenido o ámbito de derechos que se reconocen a los discapacitados se encuentran: prestaciones sociales y económicas (art. 8); farmacéuticas (art. 9); etc.

F) Otras equiparaciones legales

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas de medidas en materia de Seguridad Social vino a disponer en su DA. 9.ª lo siguiente:

“A los efectos de la aplicación de la Ley General de la Seguridad Social, se entenderá que están afectadas por un grado de discapacidad en un grado igual o superior al 65%, aquellas personas que judicialmente hayan sido declaradas incapaces”.

Se trata de un reconocimiento con evidente trascendencia ya que supone en el ámbito del sistema de Seguridad Social efectos relevantes en la acción protectora, por ejemplo: en los complementos a mínimos de pensiones (viudedad y orfandad); en la invalidez no contributiva (se cumple automáticamente el grado o porcentaje mínimo de discapacidad); en la protección familiar (cuantía y acceso a la asignación por hijo a cargo y en la prestación no económica); acceso a los servicios sociales. Y

también con una hipotética protección futura dado el apoyo prometido por la DA. 11ª de dicha Ley 40/2007, rubricada como “Apoyo a las familias de las personas con discapacidad”, que da un mandato al Gobierno para que en el plazo de un año presente un estudio en el Congreso de los Diputados “... *que analice globalmente las diferentes posibilidades para las familias de las personas en situación de discapacidad (patrimonio protegido, previsión social complementaria, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y beneficios fiscales) a fin de garantizar una renta suficiente para las personas discapacitadas que, por la naturaleza o gravedad de sus afecciones, no puedan realizar a lo largo de su vida una actividad profesional y se encuentren desprovistas de apoyo familiar*”.

Adviértase ya dos cosas: a) El reconocimiento afecta al Sistema de Seguridad Social; y b) El reconocimiento se establece sin límites o modulación, es decir, bastará que un juez haya declarado incapaz a una persona para que automáticamente el sistema le reconozca que tiene un 65%, todo ello sin tener en cuenta el alcance y significado de la incapacitación judicial y las medidas o límites a la restricción de la capacidad de obrar que el juez de lo civil haya acordado. Lo que parece en principio excesivo.

Sin ánimo de ser exhaustivo podría también señalarse la recogida, por ejemplo, en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el art. 58.6 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, señala⁷⁴:

“A los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.

En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de minusválidos cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”.

74 Véase ROVIRA FERRER, I.: “Las nuevas deducciones en el IRPF para las familias numerosas, los familiares a cargo de personas con discapacidad y determinadas familias monoparentales”, Revista Quincenal Fiscal núm. 10/2015, BIB 2015/1645; y GALLEGO PERAGÓN, J.M. “La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada”, Revista Quincenal Fiscal núm. 3/2011, BI 2011/77.

Como se puede ver dos asimilaciones: a) Pensionistas de la Seguridad Social en el grado de IPT/IPA o GI; pensionista de jubilación o retiro por incapacidad de clases pasivas del estado, con una equiparación mínima del 33%; y b) Incapacitados Judicialmente, aunque no alcancen dicho grado⁷⁵.

Similar asimilación es la que también hizo el art. 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

Y finalmente cabría señalar la recogida en 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, se dispuso en su art. 2 que:

“Artículo 2. Beneficiarios.

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular.

2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.

b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”.

Precepto que también limitaba sus efectos a lo previsto en dicha Ley y venía a establecer su propia y única consideración de personas discapacitadas. Curioso es el último inciso cuando habla de cómo acreditar el grado de discapacidad “... *por resolución judicial firme*”. Si se entiende referido al juez de lo civil, cabría preguntarse qué competencias tiene este para determinar un grado de discapacidad, pues su declaración solo opera en el terreno de la capacidad de obrar, pero no en otro ámbito⁷⁶.

.....

⁷⁵ Sobre la problemática jurídica de los incapacitados judicialmente véase ROMERO COLOMA, A.: *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Colección Scientia Jurídica, Ed. Reus, Madrid, 2013.

⁷⁶ Véase:

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La protección patrimonial de las personas con discapacidad”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 16/2003, BIB 2003/1448.
- RUBIO TORRANO, E.: “Protección patrimonial de las personas con discapacidad y competencias autonómicas”, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 11/2013, BIB 2013/339.
- TASENDE CALVO, J.J.: Discapacidad y proceso civil, Revista Doctrinal Aranzadi-Civil-Mercantil, núm. 13/2007, BIB 2007/1390.

4.3. Últimas reflexiones

A lo largo de este estudio ya se han ido haciendo diversas críticas, observaciones y valoraciones del proceso de valoración y determinación de la situación de dependencia y falta de autonomía personal y que obviamente se vuelve a insistir sobre ellas. El proceso pretende ser objetivo, pero deja margen a la apreciación personal y por tanto a la subjetividad del evaluador (a su observación, comprobación y resultado de una entrevista personal con el interesado o con otras personas). Por otro lado, se dirige y orienta la valoración del evaluador a los parámetros que entiende oportunos y fija una serie de instrucciones pormenorizadas para la aplicación del baremo que deben ser conocidas y seguidas en todo momento por el evaluador, luego escaso margen parece que le va a quedar al mismo. Orientaciones en las que destaca un detallismo que alcanza el hastío en su deseo de controlar la visión que el legislador entiende correcta. Y como tampoco se está seguro se llegan a elaborar y publicar otras guías, orientaciones sobre determinados aspectos de la valoración (fundamentalmente en atención a concretas patologías). Se podrá pensar en la bondad de tales criterios u orientaciones, por ejemplo, que facilitan la aplicación uniforme del baremo o el trabajo de los evaluadores. Podría ser cierto, pero tiene un lado o aspecto negativo que es llegar a confundir la aplicación de una norma (entiéndase el baremo) con la interpretación (o interés) que en el mismo y en cada momento concreto tenga su autor. El problema será si se entiende que ello alcanza a los operadores jurídicos o incluso a operadores técnicos (evaluadores al margen de la Administración) que discutan o tenga otra valoración sobre la situación de dependencia del sujeto evaluado. Obviamente no se puede pretender que tales criterios en la aplicación del baremo vinculen a todos, si es así el campo a la –como mínimo- discrecionalidad de la administración está garantizado.

Una segunda consideración final es la relativa a la necesidad y posibilidad de que haya o no pasarelas o puntos comunes entre las situaciones de dependencia, discapacidad, incapacidad permanente. Es obvio que hay opinión común de que no son equiparables de forma matemática, de tal suerte que un grado de incapacidad permanente arroje necesariamente una discapacidad en un determinado porcentaje, un grado de dependencia (y llegado el caso una incapacitación civil). Y que por otro lado que la finalidad u objetivos a cubrir de unas y otras son distintos: la falta o reducción de la capacidad laboral y consiguiente pérdida de ingresos; el superar una situación desventajosa a consecuencia de un déficit o discapacidad que limita o impide el desempeño de un rol normal; la necesidad de atención de otras personas o ayudas importantes para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Aparentemente no debería de haber problema y de hecho ya se han señalado varios casos en que se han establecido puentes entre distintas situaciones. Ahora bien, estos “puentes” no han sido pacíficos en su interpretación, quizás debido a la ambigüedad y

falta de claridad con que han sido establecidos y porque las administraciones responsables de unas u otras situaciones no están por la labor de colaborar en favor de quienes deben de servir, que no es otro que el ciudadano que no llega a entender que se le diga que tal situación se equipara a otra, pero no se equipara para todo.

Básicamente la controversia –la que llega a los órganos judiciales- suele ser muy parecida, resulta que a un ciudadano se le reconoce una situación de incapacidad permanente total o absoluta y sabe, porque le han informado, que ello comporta a ser asimilado a discapacitado; como no tiene ningún documento o acreditación que lo diga expresamente, acude a quien se supone que debe facilitarle tal acreditación; y este le dice que tiene que pasar un nuevo reconocimiento. Aunque eso no lo entiende (ya que la Ley General de Discapacidad señala que se considerará discapacitado a quien tenga reconocida una IPT, IPA o GI.), se somete a la nueva valoración y, sorprendentemente para él, resulta que no alcanza el mínimo del 33% para ser considerado discapacitado. Como sigue sin entenderlo decide acudir a los tribunales, en la confianza de que harán entrar en razón a la administración reacia a cumplir la Ley. La respuesta que le dará el oportuno órgano judicial será que la declaración que hace el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no es equivalente a la atribución de un grado de *minusvalía* concreto, sino únicamente una equiparación entre situaciones jurídicas distintas que se califican en una más genérica de discapacidad; y que por ello no se puede con base en dicho precepto obligar a los equipos competentes de valoración de discapacidades a emitir un informe de valoración de la misma; informe que carecería de contenido puesto que no requeriría una evaluación previa que podría ser diferente al resultado del 33 por ciento mínimo que se precisa para buscar la equiparación y por tanto tendrá el valor que la norma que reconoce la equiparación quiera darle⁷⁷. El pronunciamiento técnico y jurídicamente será correcto, pero desde luego incomprensible para el ciudadano. Quizás la solución pueda venir de la intervención del Consejo Nacional de la Discapacidad (art. 55 RD. Legislativo. 1/2013, de 29 noviembre), en atención a las competencias que le han sido reconocidas.

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

77 En este sentido véase por todas la STS 29-1-2008 (RJ 2008, 2063).