Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

12. PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA MODALIZADAS EN CASO DE DISCAPACIDAD

Guillermo Rodríguez Iniesta
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema de Seguridad Social podríamos clasificar sus prestaciones en atención a múltiples criterios, incluso combinándolos entre sí[1]. Uno de ellos puede ser el que combinen su carácter contributivo o no contributivo; básico o complementario, modalidad económica o de servicios, contingencia protegida y su vinculación con la discapacidad.

[1] Se excluye de este análisis otras ramas de la protección social pública como: a) la Asistencia Sanitaria, cuya normativa básica reguladora se encuentra –entre otras- en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, RD. 1192/2012, de 3 agosto, que regula la condición de asegurado y beneficiario de la asistencia sanitaria en España, RD 1030/2006 15 septiembre, sobre cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, RD-legislativo 1/2015, de 24 de julio, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; b) la Promoción a la Autonomía y Atención a las personas en situación de Dependencia normadas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, y normas de desarrollo; y c) las previsiones específicas para discapacitados en la Ley General de las personas con discapacidad aprobada por RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

I. NIVEL CONTRIBUTIVO		
PRESTACIONES BÁSICAS		
Prestaciones económicas		
Situación de necesidad	***Contingencia protegida***	***Prestación***
Pérdida de rentas	Pérdida o alteración de la salud temporal	Incapacidad temporal[2]
	Riesgo de la salud propia o de un tercero	Riesgo durante el embarazo y Riesgo durante la lactancia[3]
	Necesidad de cuidados de un menor enfermo grave	Cuidados de hijo enfermo de cáncer u otra enfermedad grave[4]
	Necesidad de atención a recién nacidos o adoptados, en guarda o acogimiento	Nacimiento y cuidado de menor[5]
	Estimular determinados comportamientos	Corresponsabilidad en el cuidado del lactante[6]. Complemento por aportación demográfica[7]
	Pérdida de la capacidad laboral de forma permanente	Incapacidad permanente[8]
	Cese en la actividad por el cumplimiento de una edad	Jubilación[9]
	Supervivencia de familiares del causante	Prestaciones de viudedad Prestaciones de orfandad Prestaciones en favor familiares[10]
	Cese involuntario en el trabajo o en la actividad	Prestaciones por desempleo[11] y cese en la actividad[12]
Exceso de gastos	Muerte del causante	Gastos necesarios para su entierro[13]
	Atención a la salud	Gastos farmacéuticos, orto protésicos y similares[14]
Indemnizatoria o compensatoria por daños	Lesiones, mutilaciones o defectos	Indemnización según baremo por lesiones permanentes no invalidantes[15] Indemnización a tanto alzado por muerte imputable a riesgos profesionales[16]
Prestaciones no económicas		
Situación de necesidad	***Contingencia***	***Prestación***
Exceso de gastos	Pérdida o alteración de la salud	Atención sanitaria y recuperación profesional[17]
Pérdida de rentas	Estimulación de determinados comportamientos	P. familiar de consideración de determinados períodos como efectivamente cotizados[18].

[2] Art. 42.1 c) y arts. 169 a 176 LGSS.
[3] Art. 42.1 c) y arts. 186 a 189 LGSS.
[4] Art. 42.1 c) y art. 190 a 192 LGSS.
[5] Art. 42.1.c) y arts. 190 a 192 LGSS.
[6] Art. 42.1.c) y art. 183 a 185 LGSS.
[7] Art. 60 LGSS.
[8] Art. 42.1.c) y arts. 193 a 200 LGSS
[9] Art. 42.1 c) y arts. 204 a 215 LGSS.
[10] Art. 42.1 c) y arts. 216 a 234 LGSS.
[11] Art. 42.1.c) y arts. 262 a 273 LGSS.
[12] Arts. 327 a 349 LGSS.
[13] Art. 42.1.c) y art. 218 LGSS.
[14] Art. 42.1.a) y c) LGSS.
[15] Art. 42.1.c) y arts. 201 a 203 LGSS.
[16] Art. 42.1.c) y art. 227 LGSS.
[17] Art. 42.1.a) LGSS.
[18] Art. 42.1.d) arts. 235 a 237 LGSS.

I. NIVEL CONTRIBUTIVO (cont.)	
PRESTACIONES COMPLEMENTARIAS	
Gestión	***Servicios o prestaciones***
Pública	Servicios sociales: formación y rehabilitación de personas con discapacidad y de asistencia a personas mayores[19]. Asistencia Social[20].
Privada	Mejoras voluntarias[21].

Una primera lectura del cuadro anterior nos va a llevar a entender que la discapacidad no es considerada como riesgo social protegido dentro del nivel contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social. No obstante, es objeto de una cierta consideración si bien con carácter secundario o no principal y vinculad a las relaciones jurídicas de Seguridad Social. Así puede apreciarse su relativa influencia en:

A) Encuadramiento y afiliación:

Previsiones expresas en relación con la inclusión de los trabajadores con discapacidad empleados en centros especiales de empleo y su consideración como trabajadores por cuenta ajena en el régimen que corresponda en atención a su actividad[22]. O también, para la contratación por parte de los trabajadores autónomos como trabajadores por cuenta ajena de los hijos que aun siendo mayores de 30 años convivan con ellos discapacitados[23].

B) Cotización

Para los trabajadores por cuenta ajena discapacitados son múltiples los incentivos en la cotización en atención a la modalidad de la contratación como en la: contratación indefinida inicial o en la transformación en indefinidos de contratos temporales con personas discapacitadas[24]; en los contratos para la formación y el aprendizaje y en prácticas con personas con discapacidad[25]; de interinidad de personas que sustituya a otras personas con discapacidad[26]; trabajadores incorporados a cooperativas o sociedades laborales como socios trabajadores o de trabajo[27]; contratos de trabajo celebrados por la ONCE[28]; excluidos sociales con discapacidad[29]. Y también beneficios en la modalidad de tipos de cotización específicos en casos de contratación indefinida y duración determinada o reconocimiento de la condición de discapacitado durante la contratación de duración determinada[30].

También son singulares los beneficios para discapacitados en alta en el sistema especial de empleados de hogar[31].

[19] Art. 42.1.c) y 63 LGSS.
[20] Art. 64 y 65 LGSS.
[21] Art. 43 y arts. 238 a 241 LGSS.
[22] Art. 13 LGSS y RD 2273/1985, de 4 diciembre.
[23] En los términos previstos en la DA 10.ª Ley 20/2007, de 11 de julio.
[24] V. Ley 43/2006, 29 diciembre.
[25] V. RD-Legislativo 2/2015, 23 octubre.
[26] V. Ley 45/2002, 12 diciembre.
[27] V. Ley 30/2015, 9 septiembre.
[28] V. RD-ley 18/2011, 18 noviembre.
[29] V. Ley 31/2015, 9 septiembre.
[30] V. Orden TMS/83/2019, 31 de enero.
[31] V. Ley 43/2006, 29 diciembre.

En el caso de trabajadores por cuenta propia, también encontramos beneficios para: discapacitados[32].

C) Acción protectora

En relación con la acción protectora hay algunas previsiones expresas como[33]:

a) Las medidas de formación y rehabilitación de personas con discapacidad, dentro de las prestaciones de servicios sociales[34].

b) Importes mínimos de pensiones garantizados para personas que convivan con discapacitados (viudedad) o tengan tal condición (pensiones de orfandad)[35].

c) En la prestación de nacimiento y cuidado de menor la duración de tal situación es ampliable 1 semana para cada progenitor en caso de discapacidad del hijo o menor adoptado o acogido[36].

d) Jubilación. La edad ordinaria de acceso a la jubilación puede verse reducida, mediante la aplicación de unos coeficientes reductores en caso de trabajadores con discapacidad igual o superior al 65% [37]y también con una discapacidad igual o superior al 45% en este caso para determinadas discapacidades[38].

e) Prestación familiar contributiva. Períodos de excedencia disfrutados para atender a hijos o menores acogidos y familiares hasta el segundo grado inclusive, por razones –entre otras– de su discapacidad y no puedan valerse por sí solos[39].

f) En el ámbito de la prestación contributiva por desempleo la discapacidad de los hijos mayores de 26 años se toma en consideración a efectos de la cuantía máxima y mínima de la prestación económica[40]

Dentro del nivel contributivo y en relación con las prestaciones de tipo complementario tiene una cierta relevancia el servicio social de formación y rehabilitación de personas con discapacidad.

En el nivel no contributivo de la Seguridad Social nos encontramos con la siguiente protección:

[32] Art. 32 Ley 20/2007, 11 de julio.

[33] En otras ramas de la protección social pública la condición de discapacitado es título hábil para el acceso a determinadas prestaciones: a) Para la asistencia sanitaria y prestación farmacéutica; b) para las prestaciones económicas de subsidio de movilidad y compensación de gastos de transporte; y c) servicios de recuperación y habilitación profesionales (ver art. 8 del art. 8 del RD-legislativo 1/2013, de 29 noviembre). Y para aquellos que la venga disfrutando el subsidio de ingresos mínimos, prestación a extinguir.

[34] Art. 43.1 e) LGSS.

[35] Art. 1.3 RD-ley 1/2020, de 14 de enero.

[36] Art. 177 LGSS y art. 48 ET.

[37] V. art. 206 LGSS y RD 1539/2003, de 5 de diciembre.

[38] V. art. 206 y RD 1851/2009, de 4 de diciembre.

[39] Art. 43.2 ET y art. 237.2 LGSS.

[40] Art. 4.3 RD 625/1985, de 2 de abril.

II. NIVEL NO CONTRIBUTIVO/ASISTENCIAL	
Prestaciones económicas[41]	Nacimiento y cuidado de hijo, supuesto especial[42]. Prestaciones por desempleo. Nivel asistencial[43]. Prestaciones familiares[44]. Invalidez[45]. Jubilación[46]. Ingreso Mínimo Vital[47].
Prestaciones no económicas	Servicios Sociales.

Son en las prestaciones de contenido económico donde tiene mayor significado la condición de persona discapacitada:

a) En el denominado supuesto especial de nacimiento de hijo, tiene relevancia en relación con la duración del mismo que se incrementa en caso de discapacidad de la madre o del hijo[48].

b) En relación con las prestaciones del nivel asistencial de desempleo[49], también tiene una cierta incidencia la discapacidad en la consideración de tener responsabilidades familiares que afecta al acceso al subsidio, su duración y compatibilidades con otras prestaciones[50].

c) En las prestaciones económicas familiares también tiene una cierta influencia para la consideración de beneficiarios de las mismas[51].

d) En la pensión de invalidez no contributiva cobra especial significado al venir condicionada –entre otros requisitos– a tener reconocida una discapacidad de al menos el 65%[52].

e) En la recién creada prestación de ingreso mínimo vital también se recogen algunas referencias a la discapacidad: en relación con determinadas incompatibilidades[53] o con lo que se denomina *"prestación económica transitoria de ingresos mínimo vital"*[54].

En resumen, por lo que aquí interesa, no se recoge nuestro sistema de Seguridad Social ninguna contingencia protegida específica para la discapacidad y solo se atiende a tales situaciones

[41] Art. 43. 1 c) y d) LGSS.
[42] Arts. 181 y 182 LGSS.
[43] Arts. 274 a 280 LGSS.
[44] Arts. 351 a 362 LGSS.
[45] Art. 363 a 368 y 373 LGSS.
[46] Art. 369 a 373 LGSS.
[47] RD-ley 20/2020, de 29 de mayo.
[48] Art. 182.3 letra d) LGSS.
[49] Sobre su influencia en otras medidas de protección por desempleo vía programas extraordinarios temporales puede verse: art. 1.2 b), 5 y 6 RD-ley 14/2017, de 6 de octubre, programa de recualificación personal; art. 2 f); RD-ley 16/2014, 19 diciembre programa activación para el empleo; art. 2 RD 1369/2006, de 24 noviembre, Renta Activa de Inserción.
[50] Art. 273.3, 277 y 282.3 LGSS
[51] V. art. 352.2. c), 353.2 y 354 LGSS para la prestación asignación económica por hijo a cargo (téngase en cuenta la previsión su integración en la nueva prestación de ingreso mínimo vital a tenor de la DT. 7.ª RD-ley 20/2020, de 29 de mayo); V. también art. 357.1 y 358 para la prestación por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, mono parental y de madres con discapacidad.
[52] Art. 263.1. c) LGSS
[53] Art. 16 RD-ley 20/2020, 29 de mayo.
[54] DT. Primera RD-ley 20/2020., de 29 mayo.

de una forma indirecta y fragmentaria afectando como ya se ha noticiado a las distintas relaciones jurídica de Seguridad Social.

El estudio que aquí se hace analizará la incidencia de la situación de discapacidad en la persona del sujeto causante y del beneficiario, en el contenido de la protección y en su dinámica en relación con las prestaciones por muerte y supervivencia.

II. LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA. RELEVANCIA DE LA DISCAPACIDAD

1. El sujeto causante

La condición para ser sujeto causante de las prestaciones de muerte y supervivencia no toma en consideración la situación de discapacidad del mismo. Se limitan a la exigencia de[55]: a) Estar incluido en el sistema (bien en el R. General o cualquiera de los regímenes especiales que lo integran) y cumplir los requisitos generales previstos en el art. 165.1 de la LGSS; b) Ser beneficiario de prestaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad y paternidad (entiéndase nacimiento y cuidado de menor) y lactancia natural, que cumplan el período mínimo de cotización establecido[56].; y c) Los titulares de pensiones de jubilación o invalidez contributiva[57].

Como se puede ver de lo reseñado no hay –aparentemente– lugar para que la discapacidad actúe como título que habilite o sea tenido en consideración para ser sujeto causante de estas prestaciones. Ni siquiera se consideran como situaciones asimiladas al alta la de discapacitado. Se podría pensar en si la situación de pensionista de invalidez contributiva puede entenderse en un sentido flexible y por tanto alcanzar a pensionistas de invalidez no contributiva. En principio, la previsión legal es muy clara y no parece que deje abierta tal posibilidad.

Algunas situaciones podrían plantearse en torno a ello, por ejemplo:

— La del sujeto que no reúne el requisito de cotización mínima exigible para ser beneficiario de incapacidad permanente[58] y sí los condicionantes de la invalidez no contributiva, entre ellos el de una discapacidad mínima. El supuesto no es de laboratorio y ya ha sido resuelto incluso por el Tribunal Supremo[59] en sentido favorable, ahora bien no considerando como situación equivalente (la del pensionista no contributivo al contributivo) si no entendiendo la situación del beneficiario de pensión no contributiva como una situación asimilada al alta, por tanto si reúne el período mínimo de cotización –para las prestaciones de supervivencia– y teniendo en cuenta que las prestaciones de supervivencia son imprescriptibles, cabe la posibilidad de ser sujeto causante.

— La posibilidad, al amparo de diversas disposiciones legales, de entender que hay puentes o pasarelas legales entre la discapacidad y la incapacidad permanente (que se analizará en el apartado siguiente).

[55] Art. 217.1 LGSS.

[56] Aunque no se indique expresamente también pueden ser sujetos causantes los beneficiarios de prestaciones por desempleo si reúnen el resto de requisitos.

[57] También se consideran sujetos causantes a los beneficiarios de incapacidad permanente total que optaron por percibir la indemnización a tanto alzado sustitutiva de renta y fallecen antes de los 60 años (art. 6 OM 31 de julio de 1979). Y también los beneficiarios de incapacidad permanente parcial del antiguo Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956 (STS.20-12-1995 (RJ 3181). Así como los potenciales pensionistas de jubilación (art. 2.3 O. 13-2-1967)

[58] Art. 195.3 LGSS.

[59] STS. 6-6-2007 (RJ 5197)

2. Sujetos beneficiarios

Si analizamos, por prestaciones, los requisitos y condiciones para lucrar las mimas, podremos ver lo siguiente[60]:

2.1. Pensión y prestación de viudedad

Dentro del elenco de posibles beneficiarios nos vamos a encontrar con:

a) El cónyuge en cuyos condicionantes previos al hecho causante no figura referencia alguna a la condición o no de discapacitado[61].

b) Cónyuge separado, divorciado o con matrimonio declarado nulo. Tampoco aquí nos vamos a encontrar con previsión acerca de su condición o no de discapacitado[62].

c) Superviviente de una pareja de hecho. No queda condicionado ni directa, ni indirectamente a tener la condición de discapacitado[63].

Respecto a la prestación temporal[64], hay que tener en cuenta que está vinculada a la imposibilidad del cónyuge de acreditar la duración mínima exigida para cuando la muerte del causante se deba a una enfermedad común preexistente al matrimonio y este no haya tenido la duración mínima exigida o bien no concurran las circunstancias prevista en el art. 219.2 LGSS. Tampoco aquí parece que se asimile la condición de discapacitado a una enfermedad común previa al matrimonio. Téngase en cuenta, que la condición de discapacitado va unida a una situación permanente, no recuperable, sin posibilidad razonable de restitución o mejora de la estructura o función del órgano afectado[65].

Si se analiza el contenido de la prestación (pensión o prestación temporal de viudedad) la discapacidad tiene escasa incidencia, a saber:

— No afecta al porcentaje general de la pensión del 52%[66], ni tampoco al del 60%[67] Sin embargo, el porcentaje de la pensión del 70% está condicionado, entre otros requisitos, a que el pensionista tenga cargas familiares, considerando que las hay cuando se *"conviva con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, o menores acogidos"*[68].A estos efectos se considera que existe incapacidad cuando se acredite una discapacidad igual o superior al 33%[69].

---

[60] Con carácter general véase Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares"*, Colección Prestaciones de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 105-154.

[61] Art. 219 LGSS.

[62] Art. 220 LGSS.

[63] Art. 221 LGSS.

[64] Art. 222 LGSS.

[65] Ver RD 1971/1999, de 23 diciembre, procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

[66] Art. 31.1 D. 3158/1966, de 23 de diciembre.

[67] V. RD 900/2018, de 20 julio.

[68] Art. 31.2 párrafo tercero del D. 3158/1966, de 23 de diciembre. Véase el art. 8.2 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, que desarrolla determinados preceptos de la Ley 24/1997, de 31 de octubre.

[69] Véase http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28489/28492. Consultado a 2 de octubre de 2020

— Se toma en consideración la discapacidad en porcentaje al menos del 65%, para la cuantía mínima de la pensión de un mayor de 65 años[70].

En cuanto al régimen de compatibilidades e incompatibilidades, la condición de discapacitado del beneficiario no tiene ninguna repercusión (negativa o positiva), salvo que estuviere percibiendo alguna prestación económica pública que pueda verse afectada por su propio régimen jurídico.

En lo concerniente a la extinción de las prestaciones de viudedad en atención a la discapacidad, solo tiene repercusión en el beneficiario que contraiga nuevo matrimonio. La regla general es que el matrimonio o la constitución de una pareja de hecho supone la extinción de las prestaciones salvo que se reúnan los requisitos de[71]: a) Ser mayor de 61 años o menor y tener reconocida también una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez o acreditar una discapacidad en grado superior al 65%; b) La pensión de viudedad debe constituir la principal o única fuente de ingresos del pensionista. Se entiende que constituye la principal fuente de ingresos, cuando el importe de la misma represente, como mínimo, el 75% del total de ingresos de aquél, en cómputo anual; y c) Tener el matrimonio o pareja de hecho unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza e incluida la pensión de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, de salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.

2.2. Pensión y prestación temporal de orfandad

En el ámbito de las prestaciones de orfandad cabe distinguir dos tipos de prestaciones[72]:

1. La pensión de orfandad; y

2. La prestación de orfandad vinculada a situaciones de violencia contra la mujer.

En el caso de la pensión de orfandad pueden ser beneficiarios[73]:

a) Los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación; y

b) Los hijos del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio, siempre que esta unión se hubiere celebrado dos años antes del fallecimiento del causante, hubieran convivido a sus expensas y no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni tampoco queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

Cualquiera de los hijos antes reseñados, a la fecha del hecho causante, deben de reunir un requisito de edad máxima[74]:

— Ser menores de 21 años o mayores que estén incapacitados para el trabajo en grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Incapacidad que deberá de tenerse al momento del hecho causante[75].

[70] Para 2020 el RD-ley 1/2020, 14 de enero, la fija en 9.569,00 euros anuales.
[71] Art. 11.1 O. 13 febrero 1967.
[72] Véase en general Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares", *Colección Prestaciones de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 257-292.
[73] Art. 224 LGSS.
[74] Art. 224. 1 y 2 de la LGSS.
[75] Véase STSJ Cataluña núm. 1734/2008, 25 febrero (JUR 2008, 154162); STSJ Castilla y León núm. 220/2004, 26 abril (JUR 2004, 150920) y STSJ Valencia núm. 3215/2008, 7 octubre (JUR 2009, 27085) entre otras.

— O bien, tener una edad inferior a 25 años, no efectuar trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional en cómputo anual

La discapacidad del huérfano es tomado en consideración en relación con los huérfanos mayores de 18 años incapacitados para el trabajo que, a su vez, acrediten los requisitos establecidos para acceder a la asignación económica por hijo discapacitado por hijo mayor de 18 años (en porcentaje del 65%), en cuyo caso y garantizado el complemento a mínimos que pudiera corresponder, se incrementará con el importe en cómputo anual, de la asignación que, en cada ejercicio económico, esté establecida en favor del hijo a cargo mayor de 18 años en función de la discapacidad acreditada[76].

Las reglas relativa a la compatibilidad de la pensión y prestación de orfandad no se ven afectadas por posibles situaciones de discapacidad presente o futuras. Solamente se contemplan situaciones en relación con incapacidades laborales. Y así los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad cuando tengan derecho a otra pensión[77] deberán de optar entre una u otra prestación:

— Para el caso de situaciones de incapacidad para el trabajo anteriores al cumplimiento de los 18 años, la pensión de orfandad de orfandad que vinieren percibiendo será compatible con una pensión de incapacidad permanente que pudiera causar con posterioridad a los 18 años, si las lesiones fueran distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad.

— Y de igual forma será compatible con la pensión de jubilación que se pudiere causar en virtud del trabajo que se ejecute por cuenta ajena o propia.

En lo concerniente a las causas de extinción de la pensión de orfandad, incluidas sus excepciones, estas no se ven afectadas por situaciones de discapacidad. Solamente por la desaparición de las situaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez tras el transcurso de la edad máxima de acceso a la pensión o bien y para el caso de que el huérfano contraiga matrimonio, la pensión se mantiene si estuviere afectado por una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez[78].

2.3. Prestaciones en favor de familiares

Las prestaciones en favor de familiares (pensión o subsidio temporal) giran en torno a unos beneficiarios que tienen que ser parientes por consanguinidad hasta el segundo grado[79]. Todos ellos tienen que reunir unos requisitos comunes y otros específicos en atención al grado de parentesco[80]. Entre los requisitos específicos se encuentran para el grupo de:

[76] Art. 36 D. 3158/1966, de 23 de diciembre. Para 2020 el RD-ley 1/2020, 14 enero, fija la cuantía en 5.5754,00 euros año.

[77] Art. 225 LGSS

[78] Art. 21.1. b) de la Orden de 13 de febrero de 1967. Solo aplicable a matrimonios celebrados a partir de 23 de noviembre de 2005. Ver http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28520/28530

[79] Véanse: Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares", *Colección Prestaciones de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 295-309; y Rodríguez Iniesta, G: Las prestaciones en favor familiares, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 49, 1991, págs. 749-766.

[80] Art. 226 LGSS, art. 40 D. 3158/1966, de 23 de diciembre y arts. 22 y 25 O 13 febrero de 1967.

a) Nietos y hermanos. Tienen ser menores de 18 años o tener reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez[81].

b) Madre y abuelas. Parata este grupo de parientes se exige –entre otros requisitos– que sean viudas o casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo o solteras[82].

c) Padre y abuelos. Para los cuales se exige –además de otros requisitos– que tengan sesenta años de edad o se hallen incapacitados para el trabajo[83].

En los dos últimos casos (letras b y c) el grado de incapacidad para el trabajo requerido es el de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio[84].

A tenor de lo reseñado anteriormente una primera conclusión parece que se impone, la discapacidad tiene en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia un valor bastante limitado y además reducido a un aspecto muy concreto, como es a la determinación de la cuantía de las pensiones de viudedad y orfandad. No obstante, la realidad nos muestra intentos de vincular o relacionar las prestaciones de supervivencia con la discapacidad. Y ello se pueden apreciar en dos aspectos relacionados entre sí: a) La viabilidad de una interpretación flexible del requisito de estar incapacitado para el trabajo que tiene un papel relevante en la pensión de orfandad (y también alguna relevancia en la pensión de favor familiares); y b) Si cabe o no aceptar pasarelas o equiparaciones entre la situación de discapacitado y la exigencia de estar incapacitado para el trabajo. Ambos serán objeto de análisis en los siguientes apartados de este estudio.

3. El sentido y alcance de la incapacidad para el trabajo en las prestaciones de supervivencia. Viabilidad de una interpretación flexible

Tradicionalmente la pensión de orfandad ha venido estando vinculada a una determinada edad[85] o superada la misma a encontrarse incapacitado para el trabajo[86]. El problema surge en torno a que debe entenderse que el huérfano se encuentre incapacitado para el trabajo y como debe valorarse tal incapacidad. La Orden de 13 febrero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia, vino a regular en sus arts. 16 a 21 la pensión de orfandad. Concretamente el art. 16.1 relativo a los beneficiarios, vino a disponer que tendrían derecho a la pensión de orfandad los hijos del causante que, a su fallecimiento, fueran menores de 18 años *"o estén incapacitados para* ***todo*** *trabajo ..."*. Adviértase el sutil cambio y a partir de aquí comienza la controversia ¿ha incurrido en ultra vires el desarrollo reglamentario? Teniendo en cuenta los grados de invalidez permanente –hoy incapacidad permanente– la cuestión se traslada a qué grado de incapacidad se estaba queriendo referir el legislador cuando dispuso que el incapacitado para el trabajo mayor de 18 años podría lucrar pensión de orfandad, ¿parcial, total, absoluta o gran invalidez?.

[81] Art. 22.1 .1) a) Orden 13 febrero de 1967.

[82] Art. 22.1.2 a) Orden 13 febrero de 1967. Véase STSJ Valencia núm. 1516/2002, 5 marzo (2003, 56031) no lo está en el sentido de incapacidad absoluta quine presenta limitaciones orgánicas y funcionales disnea grandes esfuerzos, limitándole la patología cardiaca para actividades físicas con requerimiento importante y continuado del gato energético, conservando capacidad residual para tareas livianas.

[83] Art. 22.1.2.b) Orden 13 febrero de 1967.

[84] Art. 22.2 Orden 13 febrero de 1967.

[85] Inicialmente a 18 años (art. 83 y Ley de Seguridad Social de 1966.

[86] Véase art. 182 D 967/1966, de 21 de abril, texto articulado de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social; art. 161 Decreto 2530/1974, 30 de mayo, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; art. 175.1 RD-legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; y en el actual art. 224.1 RD-legislativo 8/2015, de 30 de octubre, texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

La Administración vendrá a exigir que el grado de invalidez sea el de absoluta o gran invalidez y pronto comenzarán las controversias que los órganos judiciales vendrán interpretando en unos casos en un sentido amplio (los de inferior grado) y el Tribunal Supremo y luego los Tribunales Superiores de Justicia, sin embargo, confirmado el criterio de la Administración. A la controversia quiso poner fin el RD 1647/1997, 31 de octubre, cuyo art. 9.1 vino a exigir expresamente que el huérfano (mayor de 18 años) debería de tener reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, derogando además el art. 16 de la Orden de 13 febrero de 1967, pero no ha sido así y las controversias se siguen manteniendo. Una síntesis de las razones que se invocan en un sentido u otro se recoge en los siguientes apartados.

3.1. La tradicional posición del Tribunal Supremo: La incapacidad para el trabajo viene referida a la incapacidad absoluta

El Tribunal Supremo en numerosas decisiones ha venido entendiendo que el art. 16.1 de la OM de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia de la Seguridad Social, precisa que la incapacidad para el trabajo a que se refiere la LGSS debe ser entendida como incapacidad para todo trabajo, en los términos señalados en el núm. 3 del artículo 7, "precepto que, por si hiciera falta, aclara que tal incapacidad es la de carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio". Regulación que "no es contraría el tenor literal de la norma legal ni tampoco la finalidad de la misma, que es la de proteger como pensionistas a los huérfanos mayores de cierta edad que carezcan por completo de capacidad de trabajo, pero no, como sucede en el caso, a los que dispongan de una cierta capacidad laboral aunque sea limitada para determinadas actividades".[87].Y ello con independencia de que dicha norma fuera luego derogada por el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, norma posterior a los hechos que se enjuician y que, por otra parte, que vendría a consagrar el criterio que en esta resolución se establece, al ordenar expresamente en su art. 9.1 que tendrán derecho a esta prestación los huérfanos mayores de 18 años afectos de invalidez permanente absoluta o gran invalidez[88].

3.2. La postura de los Tribunales Superiores de Justicia

Como no podía ser de otra forma los Tribunales Superiores de Justicia, asumen en general el criterio del Tribunal Supremo[89] sin que quepa hacerse una interpretación humanizadora que pondere

[87] Postura ya fijada en STS 28 abril de 1999 (RJ 1999, 4653), que analiza la situación de un discapacitado en porcentaje del 65%.

[88] SSTS 21 julio 2000 (RJ 2000, 8198); 21 de julio de 2000, rec. núm. 4411/1999 (RJ 2000, 8198) ;28 de abril de 1999 (RJ 1999, 4653); 14 de abril de 2000 (RJ 2000, 3955); y 19 de diciembre de 2000 (RJ 2001, 1856).

[89] En este sentido se niega el acceso a la pensión de orfandad de los mayores de la edad reglamentaria que acreditan: STSJ Asturias núm. 1375/2001, de 18 de mayo (JUR 2001/183288) de quien presenta un retraso mental leve por el que había sido excluido totalmente del servicio militar; STSJ Andalucía núm. 1839/2000, de 20 junio (JUR 2000, 269868), de quien solamente tiene afectadas actividades que requieran marcha y bipedestación prolongada, así como actividades de esfuerzo y ello pese a tener una minusvalía del 86%; STSJ Andalucía núm. 1617/1998, de 24 julio (AS 1998, 3749) de quien solo tiene impedidas las tareas que requieran cierta complejidad y dificultad, pero no para actividades sedentarias y sencillas como pone de manifiesto su actividad en un centro especial de empleo; STSJ Andalucía núm. 883/2013, 18 abril (JUR 2013, 233104) teniendo en cuenta que acredita 11 años de vida laboral; STSJ Castilla La Mancha núm. 281/2013, de 27 febrero, le restan posibilidades de realizar trabajos sedentarios y livianos con independencia de que tenga reconocida una minusvalía del 65%; STSJ Canarias núm. 69/2013, 31 enero (JUR 2013, 164098), no queda acreditada la incapacidad al momento del hecho causante de quien pese a los problemas de concentración y memoria que presenta ha podido realizar una carrera universitaria; STSJ Galicia núm. 5496/2012, de 12 noviembre (JUR 2012, 402732) ya que pese a sus dolencias quedan a su alcance que no requieran importantes sobrecargas aeróbicas o mecánicas del raquis y aquellos que no precisen utilizar el miembro superior derecho; STJS Asturias núm. 2274/2007, de 18 mayo (JUR 2007, 288077) teniendo en cuenta que las dolencias que invoca no le han impedido prestar servicios como celador eventual para el INSALUD; STSJ Asturias núm. 1612/2007, 20 abril (JUR 2007, 211712) solamente le están vedadas actividades que requieran esfuerzo físico o

las circunstancias del caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección[90] y en referencia a la reforma llevada a cabo por el RD 1647/1997, de 31 de octubre, se valora en el sentido de que no se trata de la aplicación retroactiva de esta norma –que no estaba vigente al momento del fallecimiento del causante en 1989–, que no fue innovadora de la regulación anterior en este aspecto, sino únicamente interpretadora del requisito que anteriormente exponía el art. 16.1 de la O. de 13 de febrero de 1967 derogado por ésta[91].

A veces, los llamados a ser beneficiarios, invocan o hacen valer:

a) El reconocimiento de una minusvalía o discapacidad, sobre todo cuando alcanza un porcentaje del 65%[92], ante ello el razonamiento de los tribunales es siempre el mismo "

destreza visual; STSJ Asturias núm. 1251/2007, 23 marzo (JUR 2007, 213950) de quien presenta una dilatada carrera laboral previa al hecho causante; ; STSJ Castilla y León núm. 750/2005, de 8 de noviembre (JUR 2006, 5946) le restan posibilidades de realizar trabajos no cualificados; STSJ Castilla La Mancha núm. 1318/2005, 13 octubre (JUR 2005, 261806) de quien presta servicios por cuenta ajena como montador de programadores de lavadoras aunque la empresa sea un centro especial de empleo; STSJ Asturias núm. 1003/2005, 8 abril (JUR 2005, 277449), vendedor de cupones de PRODIECU; STSJ Galicia 26 marzo 2004 (JUR 2004, 140904) pese a sus dolencias concluyó estudios de Licenciatura en Derecho; STSJ Castilla y León núm. 2669/2004, 3 febrero (JUR 2004, 81672) puede realizar tareas de carácter manual y sin exigencias intelectuales; STSJ Galicia 30 mayo 2003 (JUR 2005, 187533) en persona con adecuada formación de auxiliar de clínica, informática, telemarketing y geriatría; STSJ Valencia núm. 5149/2002, 26 septiembre (JUR 2003, 170501) de quien presenta "una excelente edad para el aprendizaje y el desempeño de un trabajo"; STSJ Castilla y León 24 junio 2002 (JUR 2002, 203168), de quien puede realizar trabajos bajo las órdenes de un encargado; STSJ Murcia núm. 551/2000, 17 abril (JUR 2000, 142035), acredita varios períodos de alta en el régimen general incluyendo la percepción de prestaciones por desempleo contributivo.
En similares términos STSJ Andalucía núm. 273/2018, de 14 de febrero (JUR 2018, 93272); STSJ Cantabria núm. 455/2014, de 19 de junio (JUR 2014, 179912); STSJ Asturias núm. 746/2014, de 28 de marzo (JUR 2014, 111224); STSJ Asturias núm. 893/2013, de 19 abril (JUR 2013, 187922); STSJ Andalucía núm. 823/2013, de 7 de marzo; STSJ Murcia núm. 211/2012, de 26 de marzo (JUR 2012, 133784); STSJ Andalucía núm. 1921/2011, de 21 julio (JUR 2011, 330398); STSJ Canarias núm. 806/2010, de 28 de septiembre (JUR 2011, 5930); STSJ Andalucía núm. 773/2020, 4 de marzo (JUR 2010, 177596); STSJ Castilla y León núm. 104/2009, de 19 febrero (JUR 2009, 188969); STSJ Murcia núm. 285/2008, 5 mayo (JUR 2008, 276361); STSJ Asturias núm. 3737/2007, de 5 octubre (JUR 2008, 4835); STSJ Extremadura núm. 582/2007, 21 septiembre (JUR 2008, 6057); STSJ Andalucía núm. 3730/2003, 27 noviembre (JUR 2005, 75295); STSJ Asturias núm. 2718/2003, 19 septiembre (JUR 2004, 18571); STSJ Castilla y León 24 junio 2002 (JUR 2002, 203141); STSJ Aragón núm. 379/2002, 5 abril (JUR 2002, 153539); STSJ Murcia núm. 328/2002, 4 de marzo (JUR 2002, 127161); STSJ Andalucía núm. 3389/2001, 6 septiembre (UR 2003, 1897); STSJ Galicia 8 marzo 2004 (JUR 2004, 156001); STSJ País Vasco 28 enero 2003 (JUR 2003, 115386).

[90] STSJ Madrid núm. 1275/2000, de 16 noviembre (AS 2001, 1187). En sentido contrario pueden verse sentencias TSJ Asturias 5 julio 1996 (AS 1996, 2759), STSJ Castilla y León 15 junio 1995 (AS 1995, 22294); STSJ Andalucía núm. 3759/1997, de 2 octubre (AS 1997, 5336); STSJ Galicia 26 marzo de 2004 (JUR 2004, 140904); STSJ Murcia núm. 552/2000, 17abril (JUR 2000, 142037).

[91] STSJ Cantabria núm. 1130/2006, de 4 diciembre (AS 2007, 2434).

[92] STSJ Galicia 23 junio 2000 (AS 200, 1824) en persona discapacitada en porcentaje del 66%; STSJ Galicia núm. 4644/2015, de 14 septiembre (JUR 2015, 232732), con discapacidad reconocida del 69%; STSJ Galicia núm. 3548/2013, de 10 julio (JUR 2013, 289911) grado de discapacidad del 65%; STSJ Cataluña núm. 6841/2012m de 15 octubre (JUR 2012, 397284) para una discapacidad 67%; STSJ Asturias núm. 269/2004, de 23 de enero (JUR 2004, 70343) con porcentaje de discapacidad del 72%; STSJ Asturias núm. 159/2004, de 16 enero (JUR 2004, 69557) en porcentaje de discapacidad del 66% (de ellos 7 factores sociales); ; STSJ Asturias núm. 3202/2003, de 24 octubre (JUR 2004, 42174) en porcentaje discapacidad del 53% (12 de ellos de factores sociales); STSJ Castilla y León núm. 41/2003, de 15 de enero (JUR 2003, 38301) con porcentaje del 65% (7 de ello factores sociales) elevado posteriormente al 72%; STSJ Castilla La Mancha núm. 1113/2002, de 18 junio (JUR 2003, 60468) en discapacidad del 65%; STSJ Castilla La Mancha núm. 1065/2002, 11 de junio (JUR 2003, 60419) en porcentaje del 70%; STSJ Andalucía núm. 1656/2002, de 23 mayo (JUR 2003, 79254); STSJ Asturias núm. 1769/2001, de 29 junio (JUR 2001, 230591), discapacidad del 68%; STSJ Galicia 22 febrero 2001 (JUR 2001, 138248) discapacidad 69%; STSJ Galicia 11 noviembre de 1999 (AS 1999, 3365), con minusvalía del 41%; STSJ Islas Baleares núm. 514/1999, 27 septiembre (AS 1999, 7082) con minusvalía del 76%; STSJ Galicia 23 abril 1999 (AS 1999, 5228) con discapacidad del 66%; STSJ Castilla y León 16 junio 1998 (AS 1998, 3273) en sujeto con minusvalía del 72%; STSJ Castilla y León núm. 336/1995, de 15 junio (AS 1995, 2294) minusvalía del 55%; STSJ Valencia núm. 655/1995, de 21

... no pueden equiparse las minusvalías, cuyo grado corresponde determinar a los correspondientes equipos del INSERSO u órgano autonómico que haya asumido sus funciones, con las situaciones de incapacidad permanente ponderadas por los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS"[93].

b) En otras ocasiones se pretende una equiparación entre la situación de pensionista de invalidez no contributiva y la incapacidad para el trabajo exigida en las prestaciones de supervivencia, también con respuesta negativa ante las evidentes diferencia valorativas entre una invalidez y una incapacidad para el trabajo, es especial por la toma en consideración de factores sociales en la determinación del porcentaje de la discapacidad[94].

c) Similares razones también suelen invocarse ante el reconocimiento de una situación de dependencia e idénticas razones contrarias a la equiparación fijan los Tribunales[95].

de marzo (AS 1995, 1329) minusvalía del 65%; STSJ Cataluña núm. 437/2012, 30 enero (JUR 2012, 99234) con minusvalía del 34%; STSJ Asturias núm. 20/2011, de 7 de enero (JUR 2011, 120039), minusvalía del 24%; STSJ Canarias núm. 806/2010, 28 septiembre (JUR 2011, 5930) con minusvalía del 68%.; STJS Castilla y León núm. 1784/2009, 9 diciembre (JUR 2010, 34516), con minusvalía del 65%; STSJ Cantabria núm. 513/2001, 24 abril (JUR 2001, 189244) con minusvalía del 65%; STSJ Galicia 24 marzo 2001 (JUR 2001, 178824) con minusvalía del 77%; STSJ Aragón 955/2001, de 26 septiembre (AS 2001/3842) minusvalía del 39% (de los cuales 7 puntos corresponden a factores sociales complementarios9; STSJ País Vasco 7 de noviembre de 2000 (AS 2001/2962) minusvalía del 70,5%; STSJ Andalucía núm. 1860/2001, de 18 de junio (AS 2002, 827). STSJ Madrid núm. 194/2001, de 15 de marzo (AS 2001, 1753); STSJ Madrid núm. 1275/2000, de 16 noviembre (AS 2001, 1187); STSJ Andalucía núm. 449/2007, de 14 febrero con un grado de discapacidad del 83%; STSJ País Vasco 7 noviembre de 2000 (AS/2000/2962): no procede en afectada en un porcentaje del 70,5 de minusvalía; STSJ Asturias núm. 3738/2002, 20 diciembre (JUR 2003, 74813 con minusvalía del 69%; STSJ Galicia 15 noviembre 2002 con minusvalía del 67%; STSJ Asturias núm. 3131/2002, 31 octubre (JUR 2003, 13110) minusvalía del 70%; STSJ Cantabria núm. 1237/2002, 9 octubre (JUR 2003, 89953) minusvalía del 65%.

[93] STSJ Galicia núm. 3885/2012, de 6 de julio (AS 2012/1960); STSJ Canarias núm. 745/2005, de 1 de septiembre (AS 2005, 3308); STSJ Extremadura núm. 53/2007, de 30 de enero (JUR 2007, 219495) discapacidad del 65%, once de los cuales son por factores sociales; STSJ Extremadura núm. 134/1999, de 22 febrero (AS 1999, 826) con minusvalía del 65%. diez de los cuales son por factores sociales; STSJ Extremadura núm. 571/1998, 14 septiembre (AS 1998, 6505) en minusvalía del 75% diez de los cuales son por factores sociales; STSJ Andalucía núm. 4644/1997, de 4 diciembre (AS 1997, 5234) en persona con minusvalía 65% de los cuales 4,5 son por factores sociales; STSJ Castilla La Mancha núm. 442/1997, de 6 de mayo (AS 1997, 2516) con minusvalía del 65%; STSJ Valencia núm. 247/1997, de 28 enero (AS 1997, 65) en persona minusválida con el 77%; STSJ Cataluña núm. 6739/1996, de 21 octubre (AS 1996, 4785), minusvalía del 33%; STSJ Andalucía núm. 683/2020, de 19 febrero (JUR 2020, 174662) con discapacidad del 70% de los cuales 11 puntos corresponde a factores sociales; STSJ Andalucía núm. 1702/2011, de 29 junio (JUR 2011, 325201) minusvalía del 77% de los cuales 11 puntos corresponden a factores sociales; STSJ Valencia núm. 4325/2008, 18 diciembre (JUR 2009, 131061) con minusvalía del 65% de los cuales 5 puntos por factores sociales; STSJ Asturias núm. 1003/2005, 8 abril (JUR 2005, 277449), minusvalía del 65% de los cuales 6 puntos por factores sociales complementarios; STSJ Castilla y León núm. 2669/2004, 3 febrero (JUR 2004, 81672) minusvalía del 72% de los cuales 13 puntos son factores sociales.

[94] STSJ Murcia núm. 1247/2001, de 12 septiembre (JUR 2001, 278244) en invalido no contributivo con gado de discapacidad 67% (8 puntos factores sociales); STSJ Castilla y León núm. 395/1999, de 24 mayo (AS 1999, 2460) invalido no contributivo con discapacidad del 65% (7 puntos por factores sociales); STSJ Extremadura núm. 437/1995, de 28 junio (AS 1995, 2464), en invalido no contributivo con porcentaje de minusvalía del 67%; STSJ Andalucía núm. 823/2013, de 7 marzo (JUR 2013, 181978) perceptora de prestaciones no contributivas con discapacidad del 65 , 14 puntos correspondientes a factores sociales; STSJ Galicia núm. 5496/2012, de 12 noviembre (JUR 2012, 402732) con grado de minusvalía del 65%;

[95] STSJ Andalucía núm. 874/2013, de 18 abril (JUR. 2013, 231937) sobre una situación de dependencia Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no requiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. Se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos", teniendo además en cuenta los puntos que constan en el expediente son 53, y que en realidad el diagnostico que consta en dicho expediente es el de "debilidad mental e ingesta de alcohol", pero sin que se determine la cronicidad de la misma, e igualmente que dentro de los aspectos psicológicos y de tipo social precisamente dicho grado de dependencia se debe a la ausencia de higiene que motiva un seguimiento familiar, en consecuencia, no existe enfermedad que impida o imposibilite

d) Y finalmente tampoco cabe equiparar a una incapacidad laboral absoluta a una persona incapacitada judicialmente y que tenga un grado de discapacidad del 55%, teniendo en cuenta que alguna capacidad para el trabajo tiene al estar prestando servicios en un centro especial de empleo[96]

Insistiendo, en un previo reconocimiento de una minusvalía, se invocan también supuestas pasarelas o equiparaciones legales como la Disposición Adicional 3ª.2º del RD 357/91, de 15-3, que desarrolla la Ley 26/90, según la cual se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65% a quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente en el grado de absoluta para todo trabajo y se concluye que, «a sensu contrario», si la Incapacidad Permanente Absoluta se equipara legalmente al 65% de minusvalía, ésta se equipara a aquélla. Tesis sugerente pero que no viene siendo atendida al considerar que las disposiciones en que se basan sólo hacen la equiparación en un sentido, no en el inverso. Y que además las notas que configuran una invalidez permanente absoluta son más rígidas que las que configuran la determinación del grado de minusvalía, en el que entran a considerarse incluso factores que nada tienen que ver con la capacidad laboral (es decir, el estado físico y psíquico del sujeto), como son los llamados factores sociales complementarios recogidos en el baremo regulado por el RD 357/91. Por ello se considera que no es correcto alterar los términos de la equiparación legal, que es sólo es operativo en una dirección[97].

4. Viabilidad de establecer puentes o pasarelas hacia la incapacidad para el trabajo desde la discapacidad, dependencia e incapacitación judicial

Aunque ya algo se ha adelantado en el apartado anterior (desde el punto de vista de las decisiones judiciales) parece oportuno realizar aquí un análisis más detallado.

Es habitual 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 importante de discapacidad, se interese 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 luego una incapacidad permanente o discapacidad. Similar propósito puede tener quien partiendo de una situación de dependencia pretenda una invalidez no contributiva. Y por último, también cabe plantearse si una incapacidad judicial puede tener efecto sobre una incapacidad permanente, invalidez no contributiva, dependencia o discapacidad o a la inversa[98].

el ejercicio de actividades laborales sedentarias, livianas o que no requieran estrés emocional para las cuales no se encuentra incapacitado de manera permanente y absoluta. Es por ello que con dichas dolencias no se encuentra incapacitado de manera permanente y absoluta pudiendo desempeñar actividades de carácter sedentario, liviano, que no requiera esfuerzo físico importante, estrés emocional.

[96] STSJ Cantabria 20 febrero 2020 (JUR 2002, 125889) para quien tiene reconocida o establecida una curatela ya que esta solamente significa una declaración de incapacidad parcial, de tipo medio o atenuada en relación con determinados actos descritos en los arts. 271 y 272 del Código Civil.

[97] STSJ Canarias núm. 745/2005, de 1 de septiembre (AS 2005, 3308); STSJ Andalucía núm. 449/2007, de 14 febrero (JUR 2008, 18725).

[98] Véase Rodríguez Iniesta, G. "La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces", *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, febrero 2019, págs.157-165.

Como se puede ver las combinaciones son múltiples y si contestamos afirmativa a todas o algunas de ellas, la incidencia en las prestaciones de supervivencia puede ser más relevante que la analizada hasta ahora[99].

4.1. La incidencia de la inclusión en el sistema de Seguridad Social de pensiones no contributivas

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, introdujo en la Seguridad Social pensiones no contributivas de invalidez y jubilación. Por su parte el RD 357/1991, de 15 de marzo desarrolló reglamentariamente sus previsiones e introdujo las siguientes presunciones en su DA. Tercera[100]:

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.

En realidad, esta previsión tenía como finalidad el evitar la perversa situación de las denominadas declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones Hasta aquellas fechas era posible que si una persona interesaba (o bien se le tramitaba de oficio) una declaración de invalidez permanente y tramitada la misma se acordara la declaración de invalido 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 la "muerte civil" para esa persona, ya que automáticamente sería baja en el sistema, se le extinguiría su contrato de trabajo (en el caso de trabajadores por cuenta ajena) y todo ello sin derecho a prestación alguna; y con la dificultad añadida de que la administración de la Seguridad Social cuestionaría un alta posterior con cotizaciones para sanar tal defecto[101]. La previsión de la DA. Tercera venía a 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 se le reconoce una invalidez contributiva, pero se le facilita el acceso a la invalidez no contributiva[102].

Ahora bien, téngase en cuenta que al DA. Tercera 2, precisaba una cosa que a veces pasa 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. En definitiva, se limitaba a tener por cumplidos *(*uno de los requisitos de la invalidez no contributiva (el de un porcentaje mínimo de minusvalía) y evitar la necesidad de pasar un nuevo examen o valoración de dolencias. Presunciones

[99] Rodríguez Iniesta, G: "Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad", en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Ediciones Laborum, 2017, págs. 791-802.

[100] DA. Tercera.

[101] 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).

[102] La DA. Tercera 1, decía así *"Cuando fuese formulada solicitud de pensión de jubilación o invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, y la misma fuera denegada, la correspondiente Entidad gestora cursará al Organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva. De la citada remisión se dará oportuna comunicación al interesado".*

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 económicas[103].

Y al mismo tiempo, la Disposición Transitoria Primera, número 2 del RD 357/1991, establecía una:

a) Una asimilación automática para 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.

b) Y una presunción de considerar 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 1990[104].

4.2. Los pensionistas de la Seguridad Social o de Clases Pasivas del Estado y su equiparación a discapacitados.

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 quiénes 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[105].

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*"[106].

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

[103] Véase STS 19 junio 2007 (RJ 2007/8509)

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

[105] Véase Rodríguez Iniesta, G.: "La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces", *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, febrero 2019, págs. 159-161.

[106] Ver art. 1.2. párrafo tercero.

asimilación a la condición de *minusválido* y los efectos que ello conllevaba[107]. Ello llevó a que el RD 1414/2006, de 1 de diciembre se encargará de[108]:

— Precisar quienes tienen la consideración de persona con discapacidad, que será aquellas que alcance al menos una minusvalía del 33%.

— Establecer unas asimilaciones legales para los pensionistas de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez; así como 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 acreditar el grado de *minusvalía* igual al 33% mediante[109]:

— Resolución o certificado expedido por el IMSERSO u órgano competente de la Comunidad Autónoma respectiva.

— 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[110].

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 Comunidades Autónomas entendieran que no se alcanza el 33% se limitaran a establecer esta circunstancia, sin más efectos.

[107] 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);S STSJ 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).

[108] Art. 1 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

[109] Art. 2 del RD 1414/2006, de 1 de diciembre.

[110] Téngase en cuenta la nueva estructura ministerial derivada del RD 2/2020, de 12 de enero y las competencias actuales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, en las pensiones del régimen de clases pasivas del estado.

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 1971/1999[111].

4.3. Incapacitados, discapacitados y 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 dependencia establece dos equivalencia o pasarelas[112]: 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 vida[113].

4.4. Las asimilaciones a discapacitados llevadas a cabo por RD. Legislativo 1/2013 y su repercusión

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 materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad[114]. Su art. 4.2 –como antes se indicó– vino a señalar lo siguiente:

---

[111] 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 sólo 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.

[112] BOE de 7 junio de 2007. Literalmente dice así: *"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 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 encontrase en situación de dependencia"
Véase Rodríguez Iniesta, G.:"La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces", *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, febrero 2019, págs. 161-162.

[113] Art. 5.4 del RD 1971/1999, de 23 diciembre. Es conveniente contractar las exigencias de la gran invalidez con la dependencia. Véase art. 2.2 Ley 39/2006 y art. 194.6 LGSS –versión inicial- del texto refundido de 1994. Téngase en cuenta

[114] Véase Rodríguez Iniesta, G.:. "La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces", *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, febrero 2019, págs. 162-163.

"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.

La pregunta que a continuación podemos hacernos es la misma ¿cuál será el alcance de esa asimilación es decir esa expresión "y 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.

4.5. Otras equiparaciones o asimilaciones de los discapacitados

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. 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[115].

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, señala[116]:

---

[115] Véase Rodríguez Iniesta, G .:"La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces", *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, febrero 2019, págs. 163 a 165.

[116] 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.

"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."

Como se puede ver se establecen 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 grado[117].

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 ámbito[118].

[117] Sobre la problemática jurídica de los incapacitados judicialmente véase Romero Coloma, A.: *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, *Colección Scientia Jurídica*, Ed. Reus, Madrid, 2013

[118] Véase:
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 16/2003, BIB 2003/1448.

Ahora bien, todo lo noticiado anteriormente ¿tiene o puede tener alguna proyección en las prestaciones por supervivencia?

III. UNAS REFLEXIONES FINALES

Como ya se adelantaba en anteriores apartados las situaciones de discapacidad escasa incidencia tienen en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia, al quedar relegadas a determinados aspectos secundarios como: a) el porcentaje del 70% del importe de la pensión de viudedad; b) al mantenimiento de la pensión de viudedad pese a contraer matrimonio; c) a la cuantía mínima de la pensión de orfandad para huérfanos mayores de 18 años.

También se ha analizado los intentos por vincular determinados condicionantes de acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia a la condición de discapacitado por asimilación a la condición de incapacitado para el trabajo o también a la viabilidad de equiparar a tal situación de incapacidad laboral a personas reconocidas en situación de dependencia o de incapacitación judicial. El resultado como se ha visto, cuando ha sido sometido a decisión judicial ha sido negativo. Y ello pese a las múltiples posibilidades que parece que ofrecen numerosas disposiciones legales.

En definitiva, la condición de discapacitado no habilita o cabe equipararla a la condición de incapacitado para el trabajo que han venido exigiendo tanto el primer texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966, como los sucesivos textos refundidos de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, 1984 y el actual de 2015. Y sobre esto reflexionaremos a continuación.

El primer interrogante que se plantea, que ha sido fuente de numerosas controversias judiciales (véase el apartado 3 de este estudio) es si cabe exigir al huérfano (y otros supuestos en los que se tiene en consideración la incapacidad para el trabajo) un determinado grado de incapacidad permanente. La repuesta que vienen dando los tribunales (Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia) es unánime, entendiendo que el grado exigible es la de "*carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio*"[119].

Sin embargo, tal consideración es discutible, prueba de ello son las incontables controversias judiciales que antes se han noticiado. Razones no les faltan a los que invocan o denuncia un indebido desarrollo reglamentario de las prestaciones por muerte y supervivencia, ya que ciertamente restringe u opta por una exigencia que no queda claro que esa fuera la voluntad del legislador cuando simplemente decía estar incapacitado para el trabajo (desde el primer texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966, 1974 y 1994) y que bien podía ser el grado de total o incluso el de parcial.

Pues bien, pese a los fallos judiciales a favor de la tesis restrictiva de la entidad gestora, la duda seguía presente y se seguían cuestionando los criterios judiciales y administrativo, siendo prueba de ello que el gobierno se viera obligado a aprobar el RD 1647/1997, de 31 de octubre, que deroga el art. 16 de la Orden de 13 de febrero de 1967 y vendrá a establecer en su art. 9.1 que "*Tendrán derecho a la pensión de orfandad cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, siempre que, a su fallecimiento, sean menores de dieciocho años o tengan reducida su capacidad de trabajo* ***en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez***." Parece pues que las discrepancias deberían de haber cesado aquí, pero la realidad ha sido otra.

- 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.

[119] Art. 16.1 en relación con el art. 7.3 de la Orden de 13 de febrero de 1967.

Por ello, teniendo en cuenta: a) Que dicho RD 1647/1997 desarrollaba la Ley 24/1997, de 15 julio y que este pretendía en relación con la incapacidad permanente una nueva forma de calificación "en sus distintos grados en atención al porcentaje de reducción de la capacidad que reglamentariamente se establezca"[120], desarrollo reglamentario que pese al tiempo transcurrido no se ha llevado a cabo y la valoración se sigue efectuando como antes de dicha previsión legal; y b) Que contamos con un nuevo texto refundido de la LGSS en 2015, que mantiene la idéntica redacción para ser beneficiario de la pensión de orfandad para los mayores de 21 años la de estar "incapacitados para el trabajo", la duda se sigue manteniendo.

La segunda reflexión es acerca de cómo se debe valorar una incapacidad permanente, dado que como se ha dicho en el párrafo anterior todavía no hay desarrollo reglamentario de la previsión de la Ley 24/1997. Pues bien, si se parte de los criterios que los propios tribunales vienen declarando a la hora de la valoración de una incapacidad permanente resulta que:

— No cabe establecer criterios generales y abstractos que clasifiquen las situaciones de incapacidad permanente en uno u otro grado y las decisiones serán casuísticas[121].

— Se niega la posibilidad de establecer comparaciones entre los diversos supuestos ya resueltos[122].

— Es necesario un proceso de individualización en atención a las particularidades del caso a resolver[123].

— Lesiones supuestamente iguales pueden diferenciarse en su graduación, en el modo que afectan a cada trabajador o en su repercusión funcional[124].

Partiendo de lo anterior se ha de valorar la capacidad residual que las lesiones tenidas como definitivas permitan al afectado.

Tampoco debe olvidarse que toda actividad profesional requiere un mínimo de dedicación, rendimiento y diligencia, que precisa en cualquier caso una aptitud laboral que en razonable medida sea valorable en el ámbito del mercado de trabajo, dado que la prestación de un oficio, por liviano o sedentario que sea, sólo puede realizarse con la asistencia diaria al lugar de empleo, permanencia en él, durante la jornada y estar en condiciones de consumar una actividad o tarea que aunque sea de leve demanda un cierto grado de atención y una moderada actividad física comporta, de manera que a efectos de calificación de una incapacidad laboral no solo hay que tomar en consideración la posibilidad teórica de realizarlo, sino que se pueda efectuar con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia de modo continuo durante toda la jornada laboral[125].

Dicho lo anterior y a tenor del examen de las resoluciones judiciales que antes se han reseñado, a uno le surge la duda si la valoración de la capacidad laboral del huérfano (o de otros familiares a los que se les exige estar incapacitado para el trabajo) se ha llevado a cabo teniendo en cuenta esos criterios –en algunas ocasiones– o bien con una interpretación restrictiva. Se dice esto porque llama la atención que se utilice como excusa o prueba de que está capacitado para el trabajo que el huérfano esté empleado en un centro especial de empleo, con olvido de la singularidad y finalidad de estos

[120] Art.8. uno Ley 24/1997, 15 julio.
[121] STS 15 diciembre 1998 (Ar. 439, 1999).
[122] STS 9 marzo 1995 (Ar. 1758, 1995).
[123] STS 2 abril 1992 (Ar. 2587, 1992).
[124] STS 25 enero 2000 (Ar. 1068, 2000).
[125] STS 27 febrero 1990 (Ar. 1243, 1990).

centros y cuya función social y carencia de ánimo de lucro son su guía frente al ánimo de lucro y por ello los servicios que se prestan en los mismos no pueden ser o tener un efecto negativo para esas personas[126].

También parece que se olvida que el grado de incapacidad permanente absoluta y el de gran invalidez no significa que el incapacitado no pueda realizar trabajos por cuenta propia o ajena[127] y que además la gran invalidez no exige estar en situación de incapacidad permanente absoluta. Por ello cuando en las resoluciones judiciales ya estudiadas se hace valer como prueba en contra un cierto historial laboral, no parece que sea muy acertada dicha argumentación.

Finalmente, tampoco puede olvidarse las reglas de compatibilidad de la pensión de orfandad con el trabajo e incluso con pensiones de incapacidad permanente y jubilación[128].

En definitiva, los criterios que utilizan los órganos judiciales para valorar la incapacidad para el trabajo deberían de ser repensados.

Quizás en apoyo de lo anteriormente reseñado podría mirarse hacía la interpretación que de la incapacidad para el trabajo venía haciendo el extinto Tribunal Central de Trabajo, entre ellas SCT 13 marzo de 1985 que reconoce la pensión en favor familiares a la mujer cuyo marido solamente estaba incapacitado parcialmente para el trabajo; y STCT 8 noviembre de 1982 en esposo declarado en situación de invalidez permanente total, etc. En incluso los propios criterios administrativos de la Seguridad Social que aconsejaban hacer una aplicación con equidad y ponderación de la incapacidad para el trabajo[129].

---

[126] Recuérdese las previsiones recogidas en los arts. 37 y ss. de la Ley 13/1982, de 7 abril, de Integración Social del Minusválido. Actualmente téngase en cuenta el art. 43 y ss. del RD-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.
Véase criterio refundido III/4/6 (antiguo n.º 323, vol. Oct.nov.dic.1987 del INSS sobre control del grado de incapacidad de pensionista de orfandad que trabaja en centro de empleo protegido.

[127] Art. 198.2 LGSS.

[128] Art. 225.2 LGSS. Véase también criterio refundido II/4/11, antiguo n.º 80, Vol. 1986 del INSS sobre incapacitado que realiza actividad lucrativa, que entiende que el incapacitado absoluto puede realizar trabajos compatibles con su estado y que por ello no cabe extinguir la pensión. En similares términos criterio de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica a consulta 11/2016, de 15 de junio *"Esta Entidad asume la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias dictadas en unificación de doctrina, de 14 de octubre de 2014 y de 6 de julio de 2015, conforme a la cual, y al amparo de lo previsto en el artículo 225.2 del TRLGSS, el huérfano incapacitado para el trabajo con derecho a pensión de orfandad en virtud de lo previsto en el artículo 224.1 del TRLGSS puede compatibilizar el percibo de dicha pensión con el de la pensión de jubilación causada en virtud del trabajo por cuenta propia o ajena, siempre que quede debidamente acreditado que la incapacidad para el trabajo concurría con anterioridad al cumplimiento de los 18 años, independientemente de que la declaración -administrativa o judicial- de dicha incapacidad se produzca en un momento posterior al cumplimiento de dicha edad*."
Criterio ampliado posteriormente en 28 octubre 2019 a las pensiones de incapacidad permanente:
"NOTA de 28/10/2019: Se amplía lo previsto en esta consulta a la compatibilidad entre la pensión de orfandad por incapacidad que viniera percibiendo el interesado con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a dicha pensión de orfandad. En consecuencia, el percibo de ambas pensiones es compatible siempre que quede debidamente acreditado que la incapacidad para el trabajo que motivó la pensión de orfandad concurría con anterioridad a los 18 años, independientemente de que ladeclaración -administrativa o judicial- se produzca en un momento posterior al reconocimiento de dicha edad".
Recuérdese también la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular: Un huérfano mayor de edad incapacitado para el trabajo puede acceder a la pensión de orfandad, aunque haya prestado servicios por cuenta ajena compatibles con su estado, STS 10 noviembre de 2009 (RJ 2010, 70); o considerando que es compatible la pensión de orfandad con la de jubilación, STS 14 octubre 2014 (RJ 2014, 6127).

[129] Resolución de la Subsecretaría de la Seguridad Social de 15 de junio de 1976, recogida en Revista de Política Social núm. 117/1978, pág. 268.

Como se ha podido ver en el apartado 4 en muchas ocasiones el pretendiente de una prestación de supervivencia que precisa cumplir el requisito de estar incapacitado para el trabajo en prueba de ello hace valer su condición de discapacitado, pensionista de invalidez no contributiva, su condición de persona con dependencia o su incapacitación civil. Al hilo de ello la duda es si cabe rechazar –como hace la Seguridad Social y los Tribunales– tal apoyo o cabría entender que hay alguna pasarela o puente entre algunas de esas situaciones[130].

Es obvio que las situaciones de discapacidad, incapacidad laboral, invalidez no contributiva, dependencia e incapacitación judicial, no son equiparables de forma matemática, de tal suerte que un grado de incapacidad permanente arroje necesariamente una discapacidad en un determinado porcentaje o un grado de dependencia (y llegado el caso una incapacitación civil), o viceversa. 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. Ahora bien, eso no significa que no puedan y deban existir puentes entre dichas situaciones (en el apartado 4 ya se han analizado). Puentes que 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.

La controversia ya la conocemos 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, algo difícilmente entendible por el ciudadano. 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 darle[131]. El pronunciamiento técnica y jurídicamente será correcto, pero desde luego incomprensible para el ciudadano. Y concretamente y volviendo a la situación de las prestaciones de supervivencia resulta que para acreditar la condición de incapacitado para el trabajo se suele invocar –en muchas ocasiones– una previa declaración de discapacidad (en muchas ocasiones con un porcentaje de discapacidad muy alto) o incluso tener reconocida la situación de invalido no contributivo y sin embargo se rechazan tales avales. Aquí si cabe ser crítico especialmente cuando el porcentaje alcanza o supera la barrera del 65% (con o sin el reconocimiento de una invalidez no contributiva). Alcanzar un 65% de discapacidad no es sencillo –si dejamos a un lado la puntuación por factores sociales– por ello no se entiende, que alguien que alcanza ese grado de discapacidad no se le considere incapacitado para el trabajo (teniendo en cuenta que ni el grado de absoluta o gran invalidez

[130] Véase Rodríguez Iniesta, G.: "La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces", *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, febrero 2019, págs.166-167.

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

exigen la exclusión total del mundo laboral). De aquí que se defienda aquí esa pasarela sin tener en cuenta los factores sociales[132].

Algo similar cabría decir respecto a una situación reconocida de dependencia en el nivel 2 (dependencia severa) o 3 (gran dependencia) que se caracterizan por requerir importantes necesidades de apoyo extenso o generalizado de un cuidador[133] y que difícilmente cabría considerar a esa persona como capacitada laboralmente en el sentido que antes se ha defendido.

Por último y por lo que respecta a un incapacitado judicialmente habría que ver que facultades tiene limitadas para una posible equiparación[134].

IV. BIBLIOGRAFÍA

Bercovitz Rodríguez-Cano, R.: "La protección patrimonial de las personas con discapacidad", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 16/2003, BIB 2003/1448.

Gallego Peragón, J.M.: "La discapacidad: jurídicamente un concepto encrucijada", *Revista Quincenal Fiscal*, núm. 3/2011, BI 2011/77.

Rodríguez Iniesta, G.: "La valoración y determinación de la situación de dependencia. Un proceso administrativo con más sombras que luces", *Revista Derecho Social y Empresa*, 10, febrero 2019.

Rodríguez Iniesta, G: "Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad", en AA.VV. *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Ediciones Laborum, 2017

Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones por muerte y supervivencia. Viudedad, orfandad y favor de familiares", *Colección Prestaciones de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2009.

Rodríguez Iniesta, G.: "Las prestaciones en favor familiares", *Civitas Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 49, septiembre/octubre 1991.

Romero Coloma, A.: *Capacidad, incapacidad e incapacitación*, Colección Scientia Jurídica, Ed. Reus, Madrid, 2013.

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.

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.

[132] Ver RD 1971/199, de 23 de diciembre. El baremo de factores sociales comprende: a) Familiares (minusvalías de otros miembros de la familia, ausencia de miembros responsables de la unidad familiar, etc.); b) Económicos (ingresos, gastos de la vivienda; etc.); c) Laborales (desempleo); d) culturales; y d) entorno (carencia o dificulta de acceso a recurso sanitarios, culturales, etc.)

[133] Ver art. 26.1 de la Ley 39/2006, 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

[134] Art. 200 Código Civil.