

La equiparación de las situaciones de Incapacidad Permanente (Total y Absoluta) y Gran Invalidez a la discapacidad en grado igual o superior al 33 %, *ex art. 4.2 R.D. Legislativo 1/2013*, por el que se aprueba el T.R. de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, o el devenir *ultra vires* de una norma impertinente

Comparability of the situations of Permanent Invalidity (Total, Absolute and Severe) to a disability degree equal to or greater than 33 %, *ex art. 4.2 of R.D. Legislative 1/2013*, which approves the Revised Text of General Law of rights of persons with disabilities and their social inclusion, or the becoming *ultra vires* of an impertinent rule

AMPARO GARRIGUES GIMÉNEZ

PROFESORA TITULAR –ACREDITADA A CATEDRÁTICA– DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL  
UNIVERSITAT JAUME I DE CASTELLÓ

**Resumen**

Tras la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013, resurge la cuestión (suficientemente debatida y resuelta) relativa a la determinación del grado de discapacidad en aquellos casos en los que un beneficiario tiene reconocido el grado de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez. Tal resurgimiento es debido a que la literalidad de la norma fruto de la refundición cambia respecto de la norma refundida. La Sala de los Social del Tribunal Supremo, en sentencia núm. 992/2018, de 29 noviembre, reafirma que el 33 % de discapacidad no se atribuye de manera automática en tales casos al entender (en decisión mayoritaria, pero no unánime) que el art. 4.2 de dicha norma contiene una regulación *ultra vires* en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, porque ésta mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, en el que se basaba la doctrina tradicional de la Sala en este tema, que por esa razón sigue vigente bajo la nueva norma, y ese 33 % se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no “a todos los efectos”. La sentencia cuenta con un voto particular, al que se adhieron dos miembros más de la Sala.

**Abstract**

Following the entry into force of the Royal Legislative Decree 1/2013, rises the question (sufficiently debated and resolved) concerning the determination of the degree of disability in cases where a beneficiary has recognized the degree of Total Permanent disability, Absolute Permanent disability or Serious disability. This resurgence is due to the literalness of the standard fruit of the recast changes with respect to the recast Regulation. The Supreme Court (Social), in judgement n. 992/2018, of November 29 th. (in majority, but not unanimous decision), reaffirms that 33 % of disability is not attributed automatically in such cases because article 4.2 contains a regulation *ultra vires* related to the development mandate of the Revised Text which granted Law 26/2011 of August 1<sup>st</sup>, because it kept on its own terms repealed article 1.2 of the Law 51/2003, that the traditional doctrine of the Court on this subject rested on, which for that reason remains in force under the new regulation. and that 33 % is exclusively attributed to the effects of the Law 26/2011, not “for all purposes”. The judgment has a particular vote, to which two more members of the Chamber.

**Palabras clave**

discapacidad; valoración de la discapacidad; derechos de las personas con discapacidad; no discriminación; accesibilidad universal; acción positiva; incapacidad laboral; legislación delegada: alcance de la delegación; *ultra vires*.

**Keywords**

disability; disability assessment; rights of persons with disabilities; non-discrimination; universal accessibility; positive action; invalidity for work; delegated legislation: scope of the delegation; *ultra vires*.

## 1. LAS LEYES SOBRE DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: UNA IMPECABLE EVOLUCIÓN CONCEPTUAL CONFINADA (QUE NO DESARROLLADA) EN TEXTOS “DE ALUVIÓN”

El artículo 14 de la Constitución Española reconoce la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna; a su vez, el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social. Por su parte, el artículo 10 refiere la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

En congruencia con estos preceptos, la misma Carta Magna –esta vez en su artículo 49, en sede de los “Principios rectores de la política social y económica”, y con mandato directo y expreso dirigido a los poderes públicos– va a referirse a las personas con discapacidad<sup>1</sup> como acreedoras de la *atención especializada* que requieran y del *amparo especial precisado para el disfrute de sus derechos de ciudadanía*. Nótese cómo, sin perjuicio del rico y amplio contenido implícito en el segundo de los incisos, el planteamiento constitucional parte del paradigma –propio del momento de la aprobación del texto constitucional– médico o rehabilitador, que concibe la discapacidad como un *problema de la persona*, causado directamente por una enfermedad, accidente o condición de su salud, *que requiere asistencia médica y rehabilitadora*, en forma de un tratamiento individualizado prestado por profesionales.

De acuerdo con ello y en tal marco constitucional, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI), fue la primera ley ordenada a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias. La LISMI participaba ya de la idea de que el *amparo especial* y las *medidas de equiparación* (acción positiva) para garantizar los derechos de las personas con discapacidad debían basarse en apoyos complementarios, ayudas técnicas y servicios especializados que les permitieran llevar una vida normal en su entorno; así, la norma instituyó un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad física y subsidios económicos, y una serie de principios posteriormente incorporados a las leyes de sanidad, educación y empleo.

Este paradigma quedaría superado cuando, tiempo después, emerge el concepto de *accesibilidad*, cuyo origen está ligado al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de

<sup>1</sup> Literalmente, la Norma Fundamental se refiere a “los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”. Contextualícese dicha expresión en el marco temporal de redacción de aquélla y téngase en cuenta la evolución (tanto conceptual como terminológica) experimentada al respecto hasta llegar, en la actualidad, a los significantes “personas con discapacidad” y “personas con diversidad funcional”.

“vida independiente”, que defiende una más activa participación de estas personas en la comunidad.

Las bases nuevas de esa «vida independiente» descansan en la *condición de ciudadanía y titularidad de derechos*: las personas con discapacidad consideradas como sujetos *activos* que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia (en contraposición a su calificación *pasiva*, como meros pacientes o personas beneficiarias de decisiones ajenas), como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas *necesidades que son normales* (frente a la noción de que se trata de personas especiales con necesidades diferentes a las del resto de la ciudadanía) y como ciudadanas que, para atender esas necesidades, demandan apoyos personales, pero también *modificaciones en los entornos* que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación.

El movimiento en favor de una vida independiente demandó en un primer momento entornos más practicables. Más tarde, de la premisa de la eliminación de barreras físicas se pasó a demandar *accesibilidad universal*, referida no ya sólo a los entornos, sino también a los productos y servicios, como herramienta para evitar las situaciones de discriminación indirecta originadas por la posición de desventaja del acceso de las personas con discapacidad respecto al resto de la ciudadanía. Convergen así las corrientes de accesibilidad y de no discriminación, dando lugar a la premisa del *Diseño para Todos*, como condición necesaria para que *entornos, productos y servicios sean concebidos y resulten comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas*.

En este sentido, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) fue trascendental en la implantación del modelo social de discapacidad en el ordenamiento jurídico español, al incorporar y definir los dos conceptos antedichos: accesibilidad universal y diseño para todas las personas<sup>2</sup>. El ámbito de aplicación de la LIONDAU abarcaría, conforme al principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad, las siguientes áreas:

- Telecomunicaciones y sociedad de la información.
- Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.
- Transportes.
- Bienes y servicios a disposición del público.
- Relaciones con las Administraciones Públicas.
- Empleo y ocupación.

<sup>2</sup> Estos conceptos serían, asimismo, incorporados como principios informadores y requisitos para la igualdad de oportunidades por la normativa autonómica. De esta manera y con idéntica literalidad aparecen en disposiciones tanto de ámbito transversal (entre otras, la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de la Comunidad de Castilla y León, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad –art. 3–, la Ley Foral 5/2010, de 6 de abril, de Accesibilidad Universal y Diseño para Todas las Personas de Navarra –Exposición de Motivos– y la Ley 11/2003, de 10 de abril, del Estatuto de Personas con Discapacidad de Comunidad Valenciana –art. 67–), como en la regulación de materias concretas, dentro del espectro competencial autonómico (en general, en referencia a servicios sociales diseñados para posibilitar el acceso igual y equitativo a Todas las Personas; urbanismo, vivienda, transporte y comunicación).

De esta manera, el legislador explicitaba cómo “transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, *que la complemente* y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad”<sup>3</sup>. Así, a las estrategias y medidas de acción positiva (LISMI) *se agregaban* las –conviene no perder de vista, *complementarias*– de no discriminación y accesibilidad universal (LIONDAU), para constituir, con ello, el substrato legal básico de garantía del derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social. Las previsiones de la LIONDAU (Disposición Final Undécima) comprendían, también, el desarrollo legislativo del régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, previsión que resultó en la aprobación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, así titulada.

Desde la aprobación de la Ley 13/1982 (LISMI) hasta la LIONDAU, se advierte una clara evolución de las políticas de promoción y atención a las personas con discapacidad que anticipa la consumación de otro proceso de cambio: el del *modelo rehabilitador* hacia el *modelo social*, incorporado por la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). La ratificación y entrada en vigor de la Convención y su Protocolo Facultativo, en 2008, forzaban un cambio sustancial del marco normativo, que se operó merced a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Ley 26/2011 profundizaría en dicho modelo social (cuyos umbrales ya hollara la LIONDAU), si bien intensificando las acciones de salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad para favorecer su autonomía personal en todos los aspectos de su vida y garantizar su no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva. Para ello se modificaban distintos artículos de la Ley 51/2003 (destacando el ajuste de la definición legal misma de “persona con discapacidad” a la contenida en la Convención), amén de la legislación sanitaria, la de propiedad horizontal, la reguladora del empleo público, etc. Y, a los efectos de las presentes reflexiones, debe recordarse que, en su Disposición Final Segunda, establecía una previsión capital que, a las alturas de la aprobación de la ley, ya resultaba de perentorio cumplimiento, habida cuenta del cúmulo de disposiciones operantes en la materia, todas ellas vigentes y no siempre consonantes: la autorización, dirigida al Gobierno, para la elaboración y aprobación de un texto refundido en el que –expresa y más que razonablemente– se requería la *regularización, aclaración y armonización* de la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007.

El resultado del cumplimiento de tal mandato fraguó en la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y la derogación por éste de las precedentes, ya refundidas (y, teóricamente regularizadas, aclaradas y armonizadas –o no–) leyes 13/1982, 51/2003 y 49/2007. El Texto Refundido –como destaca su Exposición de Motivos– revisa los principios informadores de la ley, de modo acorde con lo previsto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyendo un título específico dedicado a determinados

<sup>3</sup> Ver EM Ley 51/2003.

derechos de las personas con discapacidad y reconociendo expresamente el principio de libertad y autonomía personal en la toma de decisiones como clave de bóveda en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. No obstante –como se analizará en el próximo epígrafe– la refundición arrojó otro resultado; una suerte de artefacto (¿imprevisto?) que, aunque ya ínsito en la LIONDAU, adquiriría en el Texto Refundido una nueva dimensión, formidable (incompatible con la exigencias de regularización, aclaración y armonización) y de consecuencias que, de inmediato se abordarán.

## **2. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS Y RECONOCIMIENTO DE LA DISCAPACIDAD: DE LA VALORACIÓN PERSONALIZADA A LA ASIMILACIÓN UTILITARISTA, Y LA INOPINADA EXPANSIÓN DEL ÁMBITO OBJETIVO DE GARANTÍAS**

La cuestión de la titularidad de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad ha discurrido vinculada al accidentado devenir normativo regulador al que se acaba de hacer referencia; devenir que, si bien se ha caracterizado por una ordenada evolución del concepto de “discapacidad” y la progresiva ampliación de las garantías legales a todos los ámbitos de ejercicio de los derechos de ciudadanía (bajo las premisas de no discriminación, accesibilidad universal y diseño para todos) no ha resultado tan lineal en lo referente a la definición de los *sujetos titulares* de tales beneficios, derechos y garantías.

En este sentido, la Ley 13/1982 (LISMI) –bajo la rúbrica *Concepto de minusválido y titulares de los derechos*– establecía (art. 7):

“Uno. A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.

Dos. El reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadoros. (...)”

De esta manera, y partiendo del concepto amplio de “persona con discapacidad” (“minusválidos” *ad pédem litterae*) contenido en el apartado primero del precepto, el segundo concreta que la atribución o titularidad de los derechos de la ley queda deferida al hecho y momento del *reconocimiento*, que viene caracterizado por tres elementos esenciales:

- *personalizado* (en contraposición a cualquier pretensión generalizadora);
- basado en *criterios técnicos especializados y unificados* (art. 11), expresados en el informe de los *correspondientes* equipos multiprofesionales calificadoros; y
- se efectúa por *la Administración competente para ello*.

La Ley 13/1982 remitía al ámbito reglamentario la determinación de la competencia administrativa y los detalles del proceso de reconocimiento, extremos que quedarían

recogidos en el –plenamente vigente– R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que precisa el contenido y alcance de los antedichos elementos esenciales:

- a) Por lo que hace a su carácter *personalizado*, su relevancia resulta manifiesta en las exigencias del art. 9<sup>4</sup>, tanto en el supuesto general (apartado 1) en él contemplado (“La valoración de las situaciones de minusvalía y la calificación de su grado se efectuará *previo examen del interesado* por los órganos técnicos competentes...”) como en el supuesto especial (apartado 4) (“cuando *las especiales circunstancias de los interesados* así lo aconsejen, el órgano técnico competente podrá formular su dictamen en virtud de los informes médicos, psicológicos o, en su caso, sociales emitidos por profesionales autorizados”). La norma explícita, además, que será, precisamente, a la vista de la situación y condiciones del interesado, que “el órgano técnico competente emitirá dictamen propuesta que deberá 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 colectivos” (apartado 3).

— De otra parte, el art. 10 (relativo a la resolución del expediente de reconocimiento) incidiendo aún más en el carácter personalizado del reconocimiento, establece que la Administración competente “*deberá dictar resolución expresa* sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede”.

- b) En lo tocante a los *criterios técnicos* para el reconocimiento de la discapacidad, el R.D. 1971/1999 parte, como no podía ser de otro modo, de la definición contenida en el art. 7.1 de la LISMI y que caracteriza la discapacidad como *disminución de las posibilidades de integración educativa, laboral o social*, como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, en las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales de las personas; así, y en coherencia con ello, el Capítulo I del Anexo I (en relación con los arts. 2 y 5) de la norma reglamentaria establece las denominadas “Normas generales” rectoras del procedimiento para la determinación de la discapacidad, dejando bien claro que “La valoración de las deficiencias permanentes no se fundamenta en el alcance de la deficiencia sino en *su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria*” (teniendo por tales: las actividades de autocuidado –vestirse, comer, evitar riesgos, aseo e higiene personal...–; otras actividades de la vida diaria –comunicación; actividad física; función sensorial–; funciones manuales –agarrar, sujetar, apretar...–; capacidad para utilizar los medios de

<sup>4</sup> La nota de *personalización* resulta, incluso, intensificada respecto de su precedente inmediato, el art. Tercero del Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido.

transporte; función sexual; sueño; actividades sociales y de ocio). El *efecto* de las deficiencias sobre las posibilidades de realizar estas actividades se traducirá en el *grado de discapacidad* (expresado en porcentaje), que se evalúa mediante la aplicación de los *Baremos* para la graduación de la discapacidad (que valoran tanto el factor primordial de la disminución física, psíquica o sensorial como, en su caso, los factores sociales complementarios que proceda sumar a aquél)<sup>5</sup>. Esta labor *técnica* corre a cargo de los equipos multiprofesionales calificadores, que el art. 8 del R.D. 1971/1999 concreta en “los órganos técnicos competentes” dependientes de las CCAA, compuestos por médicos, psicólogos y trabajadores sociales.

- c) Finalmente, y por lo que se refiere a la *competencia administrativa* (arts. 6 y 7 R.D. 1971/1999), la misma corresponderá a “los órganos correspondientes de las CCAA a quienes hubieren sido transferidas las funciones en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía, o del IMSERSO”, y ello en función *del territorio de residencia habitual de las personas interesadas*.

El planteamiento descrito hasta ahora sufrirá un giro dramático con la aprobación de la Ley 51/2003, exponente de un nuevo paradigma derivado de la evolución del concepto de discapacidad y del más amplio *scope* en la garantía de los derechos de ciudadanía de las personas con discapacidad. La LIONDAU se erigía expresamente en “complemento” de la LISMI e “impulso” de las políticas de equiparación de las personas con discapacidad<sup>6</sup> (inspiradas, en ese momento, en los principios de “lucha contra la discriminación” y “accesibilidad universal”). La LIONDAU establecería (art. 1.2) a quién correspondía la titularidad de los derechos por ella reconocidos, señalando que:

“A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento.”

Con ello, la LIONDAU continúa con la línea de valoración individualizada, técnica y especializada trazada por la LISMI –y analizada *supra*–, si bien añadiendo un estándar mínimo cuantificado de discapacidad (el 33 %) como necesario para acceder a los derechos legalmente establecidos.

Sin embargo, las previsiones de la LIONDAU en torno a la titularidad de estos derechos no terminan en la norma expuesta. En efecto, en un segundo inciso, el mismo art. 1.2 de la LIONDAU añadía:

“En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía 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

<sup>5</sup> De otra parte, y como señala el art. 5.4 R.D. 1971/1999, la evaluación de aquellas situaciones específicas de discapacidad establecidas en el TRLGSS para tener derecho a un complemento por necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, se realizará mediante la aplicación del baremo establecido conforme a lo dispuesto en el art. 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>6</sup> Cfr. EM de la Ley 51/2003.

pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Se instauraba, así, una vía excepcional de acreditación de la discapacidad mínima: una suerte de “modalidad *por asimilación*”, en virtud de la cual los pensionistas de IPT, IPA y GI accedían a la titularidad de los correspondientes derechos (“a los efectos de esta Ley”) al ser consideradas “en todo caso” personas con discapacidad acreditada mínima del 33 %. Quebraba, con ello, el carácter exclusivo del modelo LISMI de titularidad (basado, como se ha visto, en el reconocimiento personalizado, técnico y especializado, encomendado a los órganos correspondientes de las CCAA) si bien, como establecía el inciso final del mismo art. 1.2 LIONDAU, la acreditación del grado concreto de discapacidad en estos “supuestos asimilados” debía realizarse “en los términos establecidos reglamentariamente” (es decir, mediante el procedimiento LISMI-R.D. 1971/1999).

Ninguna aclaración presentaba la EM de la Ley 51/2003 acerca de la *ratio* de este supuesto de “discapacidad mínima por asimilación”. Tampoco el debate abierto con ocasión de la tramitación parlamentaria de la LIONDAU arrojó luz alguna al respecto. El texto original del proyecto de ley presentado por el Gobierno del Partido Popular ya recogía el supuesto, en su conocida redacción. Sólo una enmienda (nº 125, de modificación, del Grupo parlamentario Catalán –CiU–) fue presentada al indicado inciso del art. 1.2, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

“2. A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas quienes lo acrediten mediante certificado o resolución del grado de minusvalía expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, el cual tendrá validez en todo el territorio estatal”.

La justificación de los proponentes fue que “se considera que al tratarse de una norma de carácter general, la consideración de persona con discapacidad debe otorgarse a todas aquellas que presenten un cierto grado de minusvalía”. Se postulaba, así, con carácter exclusivo, el mantenimiento del sistema de valoración “tradicional” (LISMI-R.D. 1971/1999), por entender que la titularidad de los derechos reconocidos por la Ley debe corresponderse con un grado de discapacidad *cierto* y concreto.

En cualquier caso, y en el plano estrictamente especulativo, cabría pensar en que el ánimo expansivo del legislador –manifestado expresamente en la EM de la Ley 51/2003 y su referencia a “los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la discapacidad” y a los “nuevos enfoques y estrategias”– se tradujera, asimismo, en un propósito extensivo del ámbito subjetivo de cobertura de los derechos así reconocidos. En este sentido, no debe desconocerse la posibilidad de que la norma albergara un cierto propósito utilitarista, en el sentido de que la “asimilación” *ope legis* tratara de conjurar los inconvenientes derivados de la reconducción de los pensionistas de IP a un nuevo procedimiento de valoración (ahora, el de discapacidad *ex RD 1971/1999*), inconvenientes tanto para los interesados como para la Administración, que se vería abocada a un notable incremento de la carga burocrática<sup>7</sup> que, sobre todo en los primeros años de vigencia de la

<sup>7</sup> Así lo vio CAVAS MARTÍNEZ, si bien en lo referente a la asimilación de la GI a la situación de *dependencia*, contemplada por la D.A. Novena de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía (...)

LIONDAU, podía derivarse tanto por el incremento en el número de valoraciones y revisiones (de las IP) cuanto por el aumento en los procedimientos de valoración para el reconocimiento del grado de discapacidad.

Asimismo, resultaba extremadamente turbador el hecho de que, *ope legis* venía a establecerse una –conceptual y ontológicamente inadmisibles (aún entendida “a los efectos de esta Ley”)– asimilación de la incapacidad permanente para el trabajo a la *discapacidad*<sup>8</sup>.

Y es que la LIONDAU daba perfecto cobijo y expectativas de éxito a las pretensiones interpretativas del reconocimiento *automático* del grado de discapacidad del 33 % a los pensionistas de Incapacidad Permanente o de clases pasivas; y, así, desde la misma aprobación y entrada en vigor de la norma, tal opción interpretativa (respaldada –primero– por el criterio de la Administración, vertido en algunas resoluciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>9</sup>, y reforzada –después– por el muy explícito desarrollo reglamentario operado, en punto a esta concreta cuestión, por el R.D. 1414/2006<sup>10</sup>) se

Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 13/2006, parte *Tribuna*.

<sup>8</sup> Dando lugar, con ello, también a zozobras lógicas, también en el ámbito doctrinal; en este sentido, *ad ex.*, la afirmación de GARCÍA VALVERDE: “el vocablo «discapacidad» engloba todos los términos jurídicos utilizados por el legislador, es decir, la deficiencia, la incapacidad y la minusvalía”. GARCÍA VALVERDE, M.D.: “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* paraf. núm. 49/200714/2007, parte *Presentación*.

Como es sabido, toda discapacidad no conlleva incapacidad para el trabajo; y, a la inversa, no toda incapacidad para el trabajo supone una discapacidad.

<sup>9</sup> Así, la Resolución de la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, de 9 de septiembre de 2004, establecía que: “3. Las personas que reúnan el requisito de tener 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, se consideran afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 % (...) 4. En consecuencia, a los efectos de esta Ley (cuyo objeto es establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad), no es necesaria nueva declaración del Equipo de Valoración a que se refiere el artículo 8 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.”

Por su parte, la Subdirección General de Servicios Técnicos del Servicio Público de Empleo Estatal, en resolución de 13 de enero de 2004, señalaba: “desde el Servicio Público de Empleo Estatal no se puede exigir a los potenciales beneficiarios de los programas de empleo a favor de personas con discapacidad, la certificación de minusvalía si, previamente, el trabajador acredita ser pensionista por incapacidad, siempre y cuando reúna el resto de los requisitos exigidos en la normativa de fomento del empleo de que se trate”.

<sup>10</sup> Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Como dicha norma explica en su Preámbulo, “desde la entrada en vigor de la ley (51/2003), se han producido decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las administraciones públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo. Con objeto de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, y en aplicación de lo dispuesto en el citado artículo, conforme al cual la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional, se dicta el presente real decreto”.

Conforme a tales premisas y propósito, el R.D. 1414/2006 establece, en su art. 1.2:

“2. Se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento:

a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.

(...)

convertiría recurrentemente en materia litigiosa que, por otra parte, no quedaba resuelta de modo unánime. La doctrina de suplicación se alineaba en dos posiciones antitéticas: de un lado, aquella que, en base a la aplicación literal de la Ley 51/2003, concluía el *reconocimiento*, a todos los efectos del ordenamiento jurídico, de un grado de discapacidad igual al 33 % a todas aquellas personas que disfrutasen de una pensión por IPT, IPA o GI, y a los pensionistas de clases pasivas a que se refería el precepto; de otro, la que abogaba por una interpretación restrictiva de los dos elementos clave de la fórmula legal: la expresión “se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento” no equivalía al *reconocimiento* de dicho grado de discapacidad, sino una *equiparación* al mismo en el plano de sus efectos que, además, serían *únicamente los generados ex Ley 51/2003*.

Esta contraposición<sup>11</sup> quedaría resuelta en casación –a favor de la segunda corriente doctrinal– por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en una abundante y reiterada doctrina unificada que principiaría en 2007<sup>12</sup> y que podría sintetizarse en los siguientes puntos:

- las normas reguladoras de la protección de las personas con discapacidad quedaban organizadas en dos bloques: uno, básico (el de la LISMI) y, otro, complementario (el de la LIONDAU), ordenado a proporcionar las “garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para

---

b) Los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Y añade, en su más que elocuente art. 2 (intitulado “Acreditación del grado de minusvalía”):

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

- a) *Resolución o certificado expedidos por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente.*
- b) *Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) reconociendo la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.*
- c) *Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.*

A estos efectos, *en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por ciento de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este real decreto.*

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

- a) *El grado de minusvalía superior al 33 por ciento se acreditará mediante resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.*
- b) *Los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente real decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por ciento. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.”*

<sup>11</sup> Igualmente manifiesta en la doctrina científica. En apoyo de la primera interpretación, *vid.* Tuset del Pino, P.: “La asimilación legal de minusválido con respecto a quienes sean pensionistas de la Seguridad Social y tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. num. 175/2006, parte *Presentación*. Representativa de la segunda, GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup> D.: *op. cit.*; igualmente, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. num. 10/20083/2008, parte *Presentación*.

<sup>12</sup> *Vid.* SS. de 21 de marzo de 2007 (Recursos núm. 3872/2005, Ponente: A. Martín Valverde y 3902/2005, Ponente: J. Souto Prieto).

participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país” –según rezaba su propia EM–;

- la atribución de la condición de persona con discapacidad quedaba inscrita en el grupo normativo de la Ley 13/1982 y no en el de la Ley 51/2003, debiendo llevarse a cabo conforme al art. 10 LISMI (mediante valoración y calificación realizada por los equipos multiprofesionales de valoración;
- las previsiones del art. 1.2 Ley 51/2003 desplegaban plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley (“en todo caso” incluido en la LIONDAU –“a los efectos de esta ley”–), sin alcanzar a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado (*sic.*).
- las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente atienden a fines diversos. La de seguridad social responde, exclusivamente, a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía o discapacidad incluye otras dimensiones de la vida social (como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales). La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el artículo 1.2 Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la seguridad social, bien a la protección de la discapacidad, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social.

Si bien la literalidad del art. 1.2 LIONDAU –habilitante de la asimilación de la IP pensionada a la discapacidad en grado del 33 %– se mantendría en sus propios términos tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2011, la doctrina del “reconocimiento automático” del grado de discapacidad permanecía neutralizada, merced a la doctrina unificada, y siempre unánime<sup>13</sup>, del TS.

Y así sería hasta que, cristalizado el mandato refundidor de la Disposición Final Segunda de la Ley 26/2011, en la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2013, la cuestión de la asimilación y su alcance ha cobrado, de nuevo, vigencia por mor del tenor literal que, en el Texto Refundido, exhibe el precepto regulador (art. 4.2), que muda la literalidad de su precedente (art. 1.2 LIONDAU). Reza la norma refundida:

“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

<sup>13</sup> Ningún Voto Particular consta formulado frente a ninguna de las abundantes Sentencias que consolidaron esta doctrina. Esta observación resulta relevante a los efectos del análisis que se realiza en el apartado 3 (y último) de este estudio, en particular, respecto de la coherencia extrínseca del Voto Particular formulado, ahora, frente a la STS (Social) núm. 992/2018, de 29 de noviembre.

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.”

El alcance de la expresión “a todos los efectos” (que desplaza la de “a los efectos de esta Ley”, contenida en el art. 1.2 de la Ley 51/2003 –también tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2011–) ha propiciado la reactivación de la doctrina del reconocimiento automático de la discapacidad en grado de 33 % en los casos de IP pensionada que resurge, además, con mayor brío y ambición, por mor de la rotunda ampliación objetiva que la modificada literalidad del precepto exhibe. Además, y como se verá en el siguiente epígrafe, la redacción del art. 4.2 del Texto Refundido ha venido a remover –hasta dividir a la Sala Cuarta– los cimientos sobre los que se asentaba la consolidada y unánime doctrina unificada del Tribunal Supremo.

### **3. EL ART. 4.2 T.R. LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL: LA NORMA (¿*ULTRA VIRES*?) QUE FULMINA LA UNANIMIDAD DE CRITERIO EN EL TS. DOCTRINA (MAYORITARIA) Y VOTO PARTICULAR**

Los efectos perturbadores del precepto, ya apuntados en el epígrafe precedente, se manifiestan de manera diáfana en la STS (Social), núm. 992/2018, de 29 noviembre<sup>14</sup> y su gemela, STS (Social), núm. 993/2018, de la misma fecha<sup>15</sup>, suscitadas a raíz de la impugnación de sendas resoluciones dictadas en suplicación, respectivamente, por las Salas de lo Social de los TTSSJ de Castilla y León y Castilla-La Mancha –respectivamente–, en materia de grado de discapacidad.

La cuestión de hecho subyacente en ambas resoluciones ha hecho eclosionar todo el potencial disruptor del Texto Refundido. En ambos casos, la persona interesada había solicitado reconocimiento de grado de minusvalía, ante los órganos autonómicos correspondientes y en base al sistema LISMI-R.D. 1971/1999; tras los oportunos expedientes de valoración, se dictaron sendas resoluciones en las que se reconocía un grado total de discapacidad del 18 % y 29 %, respectivamente (en cualquier caso, inferior al 33 %), por discapacidad física, cero puntos por movilidad reducida y no valorable puntos por necesidad de concurso de tercera persona. Tales resoluciones administrativas asumen el dictamen propuesta de los respectivos Equipos de Valoración y Orientación (EVOs). Mostrándose, los interesados, disconformes con las correspondientes valoraciones y habiendo sido previamente declarados afectados de Incapacidad Permanente Total derivada de enfermedad común, solicitaron reconocimiento de un grado total de discapacidad igual al 33 %, en base al art. 4.2 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social y a su condición de afectados de IPT y, no habiéndoseles reconocido según su pretensión, instaron las correspondientes reclamaciones administrativas previas desde las cuales se iniciaría la vía judicial. Resultando ambos íteres idénticos, en lo sucesivo se hará referencia únicamente al devenir procesal de la causa que aboca en la STS (Social) 992/2018, de 29 de noviembre de 2018.

<sup>14</sup> Dictada en r.c.u.d. (recurso 3382/2016). Ponente: J. Gullón Rodríguez.

<sup>15</sup> Dictada en r.c.u.d. (recurso 1826/2017). Ponente: M. Calvo Ibarlucea.

Habiéndose instado por el interesado, ya demandante, la oportuna acción para reconocimiento del grado de discapacidad, la misma fue turnada al Juzgado de lo Social nº 1 de León que dictó sentencia estimando íntegramente la demanda, y declarando al actor afecto de un grado de discapacidad del 33 %. Interpuesto por la Junta de Castilla y León recurso de suplicación contra la indicada resolución, la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León dictó sentencia estimatoria del recurso de suplicación formulado, declarando la revocación de la misma con desestimación de la demanda, por estimar que el art. 4.2 del R.D. Leg. 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, incurre en *ultra vires* por haber rebasado los límites de la delegación normativa otorgada por la Ley 5/2003 (*sic.*) (entiéndase, Ley 26/2011), lo que determinaba la necesidad de mantener la doctrina jurisprudencial que interpretó la Ley 51/2003, en la que la atribución del 33 % del grado de discapacidad a los beneficiarios de IPT, IA o GI, lo eran *a los efectos de la propia Ley*, no “a todos los efectos”.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó por el interesado recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 18/12/2015, así como la infracción del art. 4.2 R.D. Leg. 1/2013, de 29 de noviembre, en la medida que, la sentencia de contraste llega a sostener que la redacción de dicho art. 4.2 *deroga y sustituye* la literalidad que lo precedía (la del art. 1.2 Ley 51/2003), por lo que también descarta la aplicación de la doctrina jurisprudencial vertida sobre este último.

Comienza la Sala centrandó el *punctum dolens*: concretar si, en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de Incapacidad Permanente Total, Absoluta o Gran Invalidez, se le ha de reconocer, al amparo de lo previsto en el art. 4.2 R.D. Legislativo 1/2013, *de manera automática y a todos los efectos*, el 33 % de discapacidad o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en *ultra vires* en relación con la autorización normativa concedida en la Ley 26/2011, de 1 de agosto. Y advirtiéndose por la Sala la necesaria contradicción entre la sentencia impugnada y la propuesta como de contraste, se entra a conocer del fondo del asunto.

Tras el debido recorrido por la literalidad de las sucesivas leyes reguladoras del *status* de las personas con discapacidad y la abundante jurisprudencia vertida al respecto, la Sala realiza un análisis de lo que ella misma califica como “pretendido paralelismo automático entre la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y el reconocimiento del grado de discapacidad igual al menos al 33 %”.

En este sentido, señala que, precisamente, fue en la interpretación del derogado art. 1.2 LIONDAU donde emergió el problema de la determinación del alcance de la expresión legal “a los efectos de esta Ley”, y si la misma implicaba el reconocimiento automático del 33 % de discapacidad como mínimo a quienes tuvieren reconocida la condición de beneficiarios de una pensión de IPT, IPA o GI, o bien tal atribución sólo lo era a los restringidos efectos del contenido de esa Ley, y que tal dialéctica quedó zanjada con la pródiga jurisprudencia de la Sala que interpretó que, a los efectos de las previsiones de esa Ley 51/2003, la acreditación de alguna de esas situaciones de incapacidad permanente posibilitaba la adquisición del referido grado de discapacidad del 33 %, pero para los demás

efectos se requería la aplicación del R.D. 1971/1999 a la hora de establecer el porcentaje correspondiente, aunque se tuviese reconocido uno de esos grados de IPT, IPA o GI.

Recuerda la Sala que la posterior aprobación de la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dejó intacta la literalidad del art. 1.2 de la LIONDAU (salvo la pertinente y necesaria actualización terminológica relativa al término “minusvalía” y su reemplazo por el de “discapacidad”). Quedan así, según la Sala, fijados los términos legales a partir de los cuales ha de valorarse si el R.D. Leg. 1/2013 incurre en *ultra vires* al modificar el contenido literal de aquel precepto en términos que exceden de la autorización recibida del legislador<sup>16</sup> (ex D.F. Segunda de la Ley 26/2011) y que, a partir de la expresión “*a los efectos de esta Ley*”, muta –en el art. 4.2 del R.D. Leg. 1/2013– en “*a todos los efectos*”.

A este propósito, la Sala recuerda que la legislación delegada (ex art. 82 CE) queda sometida a condiciones y límites que, para el caso de la refundición de textos legales, quedan concretados por la correspondiente ley de bases, que determinará si la delegación se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de *regularizar, aclarar y armonizar* (como autorizara al Gobierno la Ley 26/2011) los textos legales que han de ser refundidos.

En cualquier caso, en opinión de la Sala, la literalidad del precepto resultado de la refundición pone de manifiesto una “modificación que es de carácter sustancial” en la medida que –como continúa la sentencia<sup>17</sup>– “llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33 % «*a todos los efectos*» a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido del legislador”.

Siendo esto así, aprecia la Sala que “el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase “*a los efectos de esta ley*” por la de “*a todos los efectos*”, en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir”, porque –entiende la sentencia– “si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33 % de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33 %”.

<sup>16</sup> Consistente, como se viera *supra*, en elaborar y aprobar “un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, 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, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

<sup>17</sup> Cfr. STS (Social), núm. 992/2018, de 29 de noviembre de 2018; fund. jco. Sexto.

Añade, asimismo, el juzgador que, de admitirse tal exceso en la delegación legislativa “su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar”.

Así, y en virtud de la aptitud –reconocida por el TC<sup>18</sup>– de la Jurisdicción ordinaria para conocer de los excesos en la delegación legislativa achacables a los decretos legislativos, atribuir mero valor de reglamento a la norma que se extralimite en el ejercicio de la delegación y proceder a su inaplicación si resultase *ultra vires*, la Sala manifiesta que la sentencia recurrida (del TSJ de Castilla y León) al inaplicar el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no incurrió en infracción legal alguna y contiene la doctrina correcta, razón por la cual se falla de desestimación del recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto.

Resulta, entiendo, de interés analizar también –por cuanto denota la fractura interpretativa producida en la Sala, con motivo del salto cualitativo experimentado, respecto de su precedente, por la literalidad del art. 4.2 del R.D. Legislativo 1/2013– el Voto Particular formulado<sup>19</sup>, según el cual el iterado precepto “no contiene una regulación *ultra vires*, y (...) el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33 %)”.

Las consideraciones en que se fundamenta el indicado criterio pivotan, básicamente, sobre los dos núcleos básicos de debate:

–El ya conocido, relativo a la asimilación de las situaciones pensionadas de IP a la discapacidad en grado del 33 % y su carácter “automático” (tema, como es sabido, ya resuelto en la doctrina jurisprudencial consolidada y que, no obstante, emerge en el Voto Particular, sin duda por formar parte del substrato fáctico del litigio y por su íntima imbricación técnica con el alcance objetivo *extendido* –“a todos los efectos”– que predica el art. 4.2 del Texto Refundido). Al respecto, la Magistrada discrepante señala que el art. 4.2 del R.D. Legislativo 1/2013 no implica “en un procedimiento de determinación del porcentaje de discapacidad establecer que el interesado, por ser IPT, IPA o GI, tenga un 33 % de discapacidad. Por ser IPT, IPA o GI, tendrá la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en el RD 1971/1999, para que se dicte resolución en la que se indique que tiene el 33 % de discapacidad, con base en la asimilación que hace el Texto Refundido. Ahora bien, cuando los derechos que se reclamen impongan como requisitos que el grado de discapacidad que se requiere sea superior al 33 %

<sup>18</sup> Por todas, y más reciente, la STC 118/2016, de 28 de julio (fund. jco. 3), según la cual: “... de nuestro marco constitucional puede deducirse que el control de las disposiciones con rango de ley le corresponde, como regla general, prioritariamente, al Tribunal Constitucional, mientras que el de las disposiciones reglamentarias es de la competencia, también como regla general, prioritariamente, de los Tribunales ordinarios.....nuestro modelo constitucional del control jurisdiccional de las normas legales y reglamentarias, ni impide a este Tribunal, en algunos supuestos, controlar normas reglamentarias, ni excluye de la jurisdicción ordinaria, en todo caso, el control de normas con fuerza y rango de ley.....que los órganos judiciales ordinarios están habilitados para controlar disposiciones con fuerza y rango de ley ocurre, por ejemplo, ....con el control de los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación –*ultra vires*– (...), el cual puede llevarles igualmente a su inaplicación (STC 47/1984, de 4 de abril, FJ 3)”.

<sup>19</sup> Por la Magistrada R. Virolés Piñol, al que se adhirieron los Magistrados F. Salinas Molina y J. M. López García de la Serrana.

es cuando necesariamente deben acudir al procedimiento del RD 1971/1999 para que les sea otorgado un determinado (*sic.*) superior al 33 % (porque este porcentaje ya es el mínimo previsto para la situación de discapacidad”; y, prosigue, “en caso de que no se alcance, la resolución se limitará a establecer esa circunstancia (art. 2.2 c) del RD 1414/2006), pero no a fijar un porcentaje específico inferior al 33 % porque por debajo de este porcentaje no podemos hablar de persona con discapacidad propiamente dicha, ni por asimilación, si no es IPT, IPA o GI”.

Quien suscribe no acaba de entender la procedencia de este último argumento (impeditivo de una valoración *in minus* por parte de los órganos técnicos de evaluación) cuando el precepto en que se sustenta (art. 2.2. c RD 1414/2006) quedó derogado por la D. Derogatoria Única del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de –precisamente– adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad que la considera opuesta a sus previsiones.

-La caracterización *ultra vires* (o no) del art. 4.2 del R.D. Legislativo 1/20: a criterio del Voto Particular, el precepto no incurre en *ultra vires* porque da cumplimiento a una *autorización amplia* dada por el legislador partiendo de la Convención de la ONU: “de conformidad con el artículo 82.5 de la Constitución y en el caso que nos ocupa, la autorización no se limitaba a la mera formulación de un texto único, sino que incluía expresamente la autorización para *regularizar, aclarar y armonizar* los textos legales que han de ser refundidos”. Dichas tareas debían desarrollarse, además, no de cualquier manera, sino atendiendo al concepto de *persona con discapacidad* “general y universal (...) que recoge la Convención de las Naciones Unidas (...)l que se ha trasladado a la Ley 51/2003 y ahora se mantiene en el RD Legislativo 1/2013”.

Señala la Magistrada que, en tanto los textos legales a refundir (y, en concreto, la LISMI y la LIONDAU) resultaban dispares en cuanto a la concreción de a quién corresponde la *titularidad* de los derechos por cada una reconocidos, ello se debía a que “los derechos de la Ley 13/1982, en general, se otorgaban a quienes no estaban en el sistema de Seguridad Social, condición que no tienen las IPT o grado superior. Es por ello por lo que, en la Ley 13/1983 (*sic.*) no podía equipararse al 33 % de discapacidad a quienes tuvieran la situación de IPT o grado superior”; y, frente a ello, “la Ley 51/2003, en el marco del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, complementa la regulación del colectivo y señala los titulares de los derechos que en ella se recogen, definiendo a las personas con discapacidad de forma general. Junto a ese concepto, más específicamente y a los efectos de dicha ley, indica que “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”. No obstante lo anterior, ha de tenerse en cuenta –continúa en Voto Particular– que tanto la LISMI como la LIONDAU (y otras normas) reconocen a las personas con discapacidad unos derechos “que, en todo caso, traen causa de las mismas previsiones constitucionales (art. 49 de la CE)”.

Razona el Voto Particular que “la legislación delegada, en este caso en textos refundidos, tiene como finalidad reunir en un texto único las previsiones contenidas en varios textos legales “mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el juego del principio derogatorio de la ley posterior o de los principios de relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad”. Junto a esta finalidad

principal, puede pretender "además regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. Ese objetivo unificador, que es nuclear en la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica como ya dijimos, debe iluminar la tarea del Ejecutivo y orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo" (STS, Sala 3ª, 28/03/2012)". Partiendo de ello, sostiene la Magistrada que lo que ha hecho el R.D. Legislativo 1/2013 en su art. 4.2 "es unificar armónicamente el ámbito subjetivo que cada ley tenía, respetando sus respectivos contenidos y, para aglutinar a todos los sujetos destinatarios de todos los derechos que en el Texto se recogen, pero ya desde una perspectiva general y pendiente de desarrollo. El marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido".

En mi opinión, este último argumento presenta serias debilidades que no cabe desconocer; entre otras razones, y *ad exemplum*, porque el art. 9 del propio Texto Refundido (relativo a la exención de aportación por prestación farmacéutica) reserva dicha exención sólo para las personas con discapacidad receptoras de prestaciones LISMI... ni siquiera el propio Texto refundido es coherente en mantener una asimilación "a todos los efectos", pues mantiene la diferencia de trato entre los pensionistas de la Seguridad Social y las personas con discapacidad (diferencia establecida *ab origine* en la –derogada– Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, en su art. 94.bis, apartados 5.d y 8, respectivamente).

Servida queda, en cualquier caso, la discrepancia y presta, quizá a reavivarse.