



PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

**LA PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA
EN ENFERMEDADES TERMINALES**
**(Un pequeño pero significativo avance: la concesión
de prestaciones por gran invalidez a enfermos terminales)**

STS de 11 de octubre de 2004

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS *

SUPUESTO DE HECHO: Se trata de un trabajador que padece una serie de enfermedades y lesiones, en especial un adenocarcinoma, que conllevó una metástasis ósea, con especial incidencia en la columna dorsal, los que supuso una paresia de extremidades inferiores, teniendo limitado el trabajador su actividad al alternar cama con silla de ruedas, y precisando la ayuda de familiares para realizar los actos esenciales de la vida, incluidos los cambios de posición, presentando una valoración de las actividades básicas diarias con índice Barthel de 10 lo que indica dependencia total. El beneficiario falleció, habiendo interpuesto demanda en condición de heredera su esposa.

RESUMEN: El Instituto Nacional de la Seguridad Social deniega la revisión de grado a gran invalidez de un beneficiario en situación de incapacidad permanente absoluta por estimar que no se había producido variación en el estado de las lesiones que determinara la modificación del grado de incapacidad. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en recurso de suplicación, dictó sentencia de 25 de septiembre de 2003, por la que estimó que no era posible reconocer una gran invalidez a una persona cuando, concurriendo las causas determinantes del tal estado, es previsible su próximo fallecimiento. El Tribunal Supremo (Recurso 5800/2003. Ponente D. Juan Francisco García Sánchez), siguiendo su propia doctrina establecida en la

* Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

STS de 12 de mayo de 2003, estima que sí es procedente tal calificación, aunque sea previsible el fallecimiento, ya que para que tal situación pueda reconocerse no es preciso que el estado del incapacitado tenga un cierto carácter de permanencia que pueda prolongarse en el tiempo

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EN GENERAL: SOBRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y SU CALIFICACIÓN
3. SOBRE LA «PERMANENCIA» EN LAS SITUACIONES DE LOS ENFERMOS TERMINALES
4. EN PARTICULAR, SOBRE LAS PRESTACIONES DE GRAN INVALIDEZ
5. A PROPÓSITO DE LA GRAN INVALIDEZ COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que ahora se comenta crea jurisprudencia y, al mismo tiempo, consolida una buena doctrina del Tribunal Supremo respecto del derecho de los incapacitados de forma permanente al acceso al grado de gran invalidez.

En definitiva, lo que se plantea a la Sala de lo social del Tribunal Supremo en este asunto es el problema relativo a si procede reconocer una gran invalidez a una persona cuando concurriendo las causas determinantes de tal estado, es previsible su próximo fallecimiento, esto es, si para que tal situación pueda reconocerse es «preciso que el estado del incapacitado tenga un cierto carácter de permanencia que pueda prolongarse en el tiempo»¹.

Para la resolución, el Tribunal Supremo se apoya en la doctrina contenida en la STS de 12 de mayo de 2003 (Rec. 3017/2002), cuyo fundamento jurídico segundo se transcribe en el FD 2.º de la STS de 11 de octubre de 2004, objeto de este comentario: *«Tanto la Entidad Gestora, como la sentencia de contraste, deniegan la prestación de gran invalidez por entender que falta el requisito de la ‘permanencia’ en situaciones en las que el desenlace es previsible en fecha próxima. Imponen así un requisito que no figura en la Ley, ni el texto de 1974, (art. 135) ni en el de 1994 (art. 137). Por el contrario en ambas disposiciones la permanencia se exige por igual para la declaración de invalidez, que para su adjetivación como gran invalidez, resultando incongruente que se conceda la absoluta —que exige permanencia— y se deniegue su cualificación, siendo así que se admite que el beneficiario necesita de la asistencia de terceros para todas sus activida-*

¹ Como se indica en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia que se comenta.



des vitales. Este artificial requisito quedaría además impreciso, al no poderse prever la duración de un proceso degenerativo por enfermedad por graves que sean las dolencias. En el caso que hoy resolvemos la beneficiaria se halló en situación de necesitar la asistencia de un tercero, desde julio de 1999 a febrero de 2000. El ordenamiento jurídico provee en estas situaciones un incremento de la prestación de invalidez permanente para atender esa necesidad que tiene el inválido de ayuda de terceras personas para poder subsistir y es contrario a la lógica privar de tal asistencia so pretexto de que su duración va a ser previsiblemente corta. Permanencia es contrario a intermitencia y en este sentido es evidente que la situación de estos inválidos permanece mientras que se hallen con vida».

2. EN GENERAL: SOBRE LA INCAPACIDAD PERMANENTE Y SU CALIFICACIÓN

En un sistema mixto de Seguridad Social, como el nuestro, que protege la incapacidad/invalidez tanto en su nivel contributivo como en el asistencial, el legislador suele definir de forma distinta ambas contingencias protegidas ya que, mientras que para la protección no contributiva o «universal» de la invalidez se protege la situación de discapacidad o minusvalía por sí misma², en el nivel contributivo o profesional se suele hacer en relación con la falta de capacidad para trabajar (o en algunos ordenamientos con la falta de ganancia).

Por lo que nos interesa en este momento, nuestro legislador entiende como invalidez en el nivel contributivo, *«la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento médico prescrito y de haber sido dado de alta médicamente³, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral».*

Y es que, como se ha dicho, en la protección de los sistemas de Seguridad Social de la incapacidad permanente, se ponen en énfasis dos cuestiones: de un lado, el estado de salud del interesado, valorado desde un punto de vista sanitario y, de otro lado, respecto de las actividades que puede ejercer el inválido en función de la capacidad residual, es decir, en cómo un

² El art. 136.2 de la LGSS indica: «En la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen».

³ No será necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente en los casos en los que concurran secuelas definitivas.

determinado menoscabo afecta a la capacidad de trabajo de la persona y, en función de ello, a los ingresos que puede generar el inválido⁴. Así pues, se trata de una alteración continuada de la salud que imposibilita o limita a quien la padece para realizar una actividad profesional⁵. Como ha observado el TC a este respecto «en nuestro ordenamiento la calificación de la invalidez no depende sólo de la entidad objetiva de las lesiones permanentes y presumiblemente irreversibles que aquejan a un determinado sujeto, sino también, y sobre todo, de la capacidad para trabajar que conserva una vez fijadas las mismas...»⁶.

Como hace tiempo indicaba ÁLVAREZ DE LA ROSA, es claro el estado de necesidad contemplado por la norma que no trata de indemnizar un daño sino de restablecer el equilibrio económico roto por la situación patológica sufrida. Ello lleva a la ineludible conclusión de que el juicio sobre la invalidez es una constatación de la influencia del cuadro patológico sobre la capacidad laboral. Se trata por tanto de observar las afecciones, ya en un punto temporal dado, ya en el momento en que consolida y presumiblemente no curan y enjuiciar en qué grado inciden en la capacidad de rendimiento del beneficiario. Es, en resumen, un juicio que se hace tras el intento de la ciencia médica de restablecer la salud perdida⁷.

En cualquier caso, ya respecto de la calificación de la incapacidad permanente en nuestro ordenamiento, la misma se encuentra en una «extraña»⁸ fase transitoria. A pesar de rezar la norma que la calificación se realizará en función del porcentaje de reducción de la capacidad del trabajo de interesado conforme a una lista de enfermedades, lo cierto es que la meritada lista no se ha aprobado reglamentariamente. Por ello se sigue aplicando la legislación anterior, que deja en manos de la Administración, con la posible corrección jurisdiccional, la calificación de la incapacidad permanente en los distintos grados que establece el art. 137 de la LGSS.

Así pues, como acaba de decirse, la falta de desarrollo reglamentario supone que la definición de los grados de incapacidad permanente en el nivel contributivo (y en especial en el régimen general) se recojan en la anterior legislación. Por lo que nos interesa, la situación de gran invalidez viene

⁴ AAVV, *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1999, pág. 63.

⁵ Como indica la STS de 20 de mayo de 1991, «la incapacidad permanente supone la alteración de forma continuada de la salud del beneficiario, con una influencia impeditiva o minoratoria de la preexistente aptitud laboral».

⁶ STC 232/1991, de 10 de diciembre.

⁷ En *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, pág. 191.

⁸ Tanto por su dilación en el tiempo como por la indecisión del Gobierno de adoptar un listado de enfermedades que, según parece, ya existe y de hecho se aplica por la propia Administración.



recogida en el anterior apartado 6 del art. 137 de la LGSS en la que se definía a la misma como la situación del trabajador afecto a incapacidad permanente que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos (en el mismo sentido, el art. 12.4 de la Orden de 15 de abril de 1969).

En la calificación, o en su caso revisión, la Dirección Provincial del INSS suele tener muy en cuenta, aunque no sean vinculantes, las instrucciones o dictámenes técnicos del Equipo de Valoración de Incapacidades, tras haber valorado éstos, la situación de incapacidad del trabajador y, en su caso, haberlas calificado en el correspondiente grado⁹.

Hay un par de cuestiones al respecto que preocupan: la primera es que el Equipo de Valoración de Incapacidades, normalmente, sólo suele examinar una vez al solicitante de la prestación y tiene en cuenta las pruebas que éste le aporta. Es decir, no conoce la historia clínica real¹⁰ del trabajador como la pudieran conocer los facultativos del Servicio Público de Salud que normalmente le atienden, pero es que, además, dejar que el trabajador, sin ser un experto en medicina, elija las pruebas y material que debe llevar al vulgaramente conocido como «tribunal médico», y que a veces no tiene de forma completa ya que muchas pruebas han podido quedar adjuntas en los correspondientes historiales médicos de cada uno de los especialistas que les ha atendido, es una forma más de poner trabas a una correcta calificación de la incapacidad¹¹.

La segunda es que, quizás debido al exceso de trabajo o en el entender que han de ahorrarse costes al sistema de Seguridad Social a toda costa, el Equipo de Valoración de Incapacidades se deja llevar por inercias en la calificación. Si no, no se entendería como en un supuesto como éste, el de la sentencia que se comenta, el Equipo correspondiente propusiera, y la Di-

⁹ Sobre la calificación y su proceso puede verse BERROCAL JAIME, A: *El proceso sobre incapacidad permanente*, Bosch, Barcelona, 2001.

¹⁰ No obstante, en los supuestos de solicitud de revisión de incapacidades se tiene un expediente administrativo sobre las dolencias padecidas o alegadas en un momento anterior en el que le concedió la prestación de incapacidad permanente.

¹¹ Es cierto, que según el art. 7.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y el desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales en el sistema de Seguridad Social, en la instrucción del procedimiento se requerirán para la acreditación de los requisitos necesarios para la resolución, entre otros documentos, la aportación del historial clínico remitido por el Servicio Público de Salud o, en su defecto, informe de la Inspección médica de dicho Servicio. También es cierto que en las solicitudes a instancia de parte, que son la mayoría, no se solicita por el Equipo de Valoración de Incapacidades al Servicio Público de Salud tal historial y tan sólo se advierte, cuando se cita al solicitante, que aporte los documentos que crea oportunos o necesarios que justifiquen su estado de salud.

rección del INSS correspondiente resolviera, «que no se había producido variación en el estado de las lesiones que determine la modificación del grado de incapacidad». Sobre todo, cuando, como se observa en los hechos probados, se ha producido una importante variación demostrada, según se intuye, en un rosario de pruebas provenientes todas ellas de una Entidad Gestora, como es el Servicio Público de Salud de Navarra.

Más aún, se observa un cambio de postura de la Entidad Gestora al respecto ya que lo que viene a discutirse en los distintos pleitos no es la nueva situación de incapacidad permanente del trabajador, sino si esa «distinta situación», esto es, la de enfermo terminal, da derecho a prestación de gran invalidez por no ser «permanente» (¿cuestión nueva?).

3. SOBRE LA «PERMANENCIA» EN LAS SITUACIONES DE LOS ENFERMOS TERMINALES

Como anteriormente se ha dicho, para ser declarado incapaz «permanente», además de presentar reducciones anatómicas o funcionales graves que disminuyan o anulen la capacidad laboral, es necesario que éstas sean «previsiblemente definitivas». La incapacidad permanente protege las necesidades de una persona enferma, cuya capacidad de ganancia ha quedado disminuida por su discapacidad funcional para la realización de algunos o todos los trabajos, con una pensión (salvo para las situaciones de incapacidad permanente parcial y de opción por indemnización en la incapacidad permanente total). Las pensiones tienen como característica común el ser vitalicias, por ello el requisito de la permanencia es fundamental para la calificación y obtención del correspondiente grado de incapacidad.

Decir «permanencia» no es lo mismo a decir irreversibilidad. Es cierto que podemos encontrarnos lesiones o enfermedades irreversibles, pero también es cierto que entiende también como permanentes aquéllas que sean previsiblemente definitivas y también se dice que no será obstáculo a dicha calificación la posibilidad de recuperación si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. En palabras de ÁLVAREZ DE LA ROSA, es permanente, pues, el estado invalidante que ha disminuido la capacidad de trabajo y ello en el sentido que la constatación de dicho estado comporte un juicio de permanencia, no absoluta, sino relativa de la situación biológica y socioeconómica referido al sujeto protegido o, en otros términos, un juicio de probabilidad que el estado invalidante será de larga duración o por tiempo imprecisable¹².

¹² ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, op. cit., pág. 210.

Y es que, de todos es sabido, la evolución que caracteriza a la ciencia médica. Evolución que conlleva tanto el avance en los métodos de diagnóstico, capaces de perfilar mejor la etiología de las enfermedades y sus consecuencias, como en la incorporación de nuevos tratamientos terapéuticos capaces de reparar o sanar patologías que en un momento anterior no tenían solución médica. Por consiguiente, lo que hoy es incurable, es decir, permanente, mañana puede serlo y desaparecer el carácter de permanencia que al principio se le dio¹³.

En ello tiene su sentido y fundamento la posibilidad de revisar¹⁴ las situaciones de incapacidad permanente por mejoría, evidentemente, lo que justifica la afirmación realizada anteriormente de que permanencia no equivalía a irreversibilidad¹⁵. En definitiva, el criterio de la permanencia tropieza con una serie de inconvenientes, principalmente la extraordinaria versatilidad del ciclo de estabilización de las lesiones invalidantes y la incertidumbre consiguiente, a veces durante años¹⁶. Y es que, desde antiguo, la jurisprudencia relativiza el concepto de permanencia ante estados patológicos en que no existe una estabilización de los mismos¹⁷.

En la STS de 11 de octubre de 2004 viene a discutirse el que pueda reconocerse el grado de gran invalidez para un enfermo terminal, que solicita su revisión de la incapacidad permanente absoluta, ya que para ello sería preciso, según la Entidad Gestora y alguna doctrina judicial, que el esta-

¹³ Como indican PÉREZ PINEDA, B. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M., en *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Ed. Comares, Granada, 1996, pág. 38.

¹⁴ Puede ocurrir que durante la invalidez la situación de beneficiario cambie. El art. 143 LGSS señala que tanto las declaraciones de invalidez permanente, como las relativas a los distintos grados de incapacidad, serán revisables en todo tiempo, en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida para la pensión de jubilación. Las causas para poder revisar se fundarán en la agravación o mejoría del estado del inválido o en el error de diagnóstico (en el mismo sentido art. 36 Orden 15-4-69).

¹⁵ En este mismo sentido, RODRÍGUEZ JUVENCEL, en *La incapacidad para el trabajo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 26.

¹⁶ Así lo dice ROQUETA BUI, R., en *La incapacidad permanente*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 26.

¹⁷ Así la STS de 6 de julio de 1979 (RA 3196) dice: «En la definición de la ip en cualquiera de sus grados entra como uno de sus elementos esenciales la nota de permanencia, el de que las reducciones anatómicas o funcionales graves sean 'previsiblemente definitivas' o que la posibilidad de su curación se estime médicamente incierta o a largo plazo, nota de permanencia en la calificación de la ip sólo relativa, puesto que todas las incapacidades laborales están sujetas a revisión, pudiendo el trabajador recobrar su completa aptitud laboral o encontrar disminuidas o agravada la primera calificación de su incapacidad; se trata de una característica de tipo práctico indispensable para separar la invalidez provisional de la permanente» (o de la incapacidad temporal). Idéntica doctrina aparece en las SSTS de 29-1-1974 (RA 306); 17-5-1976 (RA 3262) y 4-7-1978 (RA 2737). Véase al respecto, ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., en *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, op. cit., pág. 212 y 213.

do del incapacitado tenga un cierto carácter de permanencia que pueda prolongarse en el tiempo.

Acierta de pleno, a mi juicio, el Alto Tribunal en la fundamentación jurídica que, podríamos decir, se basa en tres argumentos principales:

- a) La permanencia se exige por igual para cada declaración de invalidez o incapacidad.

Si se considerara que la situación de invalidez del beneficiario que solicita su revisión no es permanente, en pura lógica, lo que tendría que haberse hecho no es sólo no conceder el grado de gran invalidez, sino también extinguir la pensión que ya tenía ya que ello es un requisito para la obtención de la misma. O como se expresa el TS, «resultando incongruente que se conceda la absoluta —que exige permanencia— y se deniegue su cualificación [de gran invalidez en base a la falta de este requisito]». Sobre todo, cuando se viene observando, de los hechos probados, y conocidos por la Entidad Gestora, que el beneficiario viene necesitando de la asistencia de terceros para realizar los actos esenciales de la vida.

- b) No afecta a la permanencia el hecho de que sea un enfermo terminal.

No se deja de tener una incapacidad permanente por el hecho de que, según lo que entiende la ciencia médica, se prevea el hecho de que alguien está a punto de morir. Ya que no puede preverse «la duración de un proceso degenerativo por enfermedad por graves que sean las dolencias». Y es que, como indican PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ, incluso en aquéllos casos donde la regla es la irreversibilidad, «circunstancias exógenas no identificadas, reacciones inmunodefensivas del sujeto, etc, pueden hacer regresar la enfermedad»¹⁸. Puestos a utilizar argumentos restrictivos, basados en criterios economicistas antes que en la aplicación justa de la norma, y tan peregrinos como el utilizado en el asunto judicial objeto de este trabajo, la Entidad Gestora podría denegar una prestación de incapacidad permanente a trabajadores de edad avanzada¹⁹ argumentando que, según la edad, se ha superado la esperanza de vida prevista por el Instituto Nacional de Estadística y por lo tanto no es «permanente» ya que su muerte es muy probable que esté cercana.

- c) Permanencia es lo contrario a intermitencia.

Ello supone lo que veníamos diciendo más arriba, la permanencia es un concepto que conlleva una cierta duración en el tiempo, aunque indeter-

¹⁸ En *Fundamentos médicos legales de la incapacidad laboral permanente*, op. cit., pág. 38.

¹⁹ Que podría serlo por contingencias profesionales en cualquier caso o por contingencias comunes en caso de que no alcanzara el período de carencia para la obtención de una prestación de jubilación (en cualquier caso, menores de 80 años ya que a partir de esa edad el período de carencia para incapacidad permanente coincide con el mínimo de 15 años exigidos para la jubilación).



minada o indefinida. La situación de permanencia se acaba con la recuperación o con la muerte, por tanto, mientras haya vida hay permanencia y la existencia del derecho a que se proteja la situación del inválido que necesita del concurso de una tercera persona para llevar a cabo sus necesidades de subsistencia y «es contrario a la lógica, privar de tal asistencia so pretexto de que su duración va a ser previsiblemente corta».

4. EN PARTICULAR, SOBRE LAS PRESTACIONES DE GRAN INVALIDEZ

Se decía anteriormente que la gran invalidez es definida como la situación del trabajador afecto a incapacidad permanente que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, comer, desplazarse o análogos^{20 21}. Ello conlleva, sin duda, unos gastos adicionales por el beneficiario de prestaciones de incapacidad permanente ya que tendrá que abonar los gastos adicionales de esa tercera persona que le ayude en las tareas más elementales de su vida cotidiana, por ello la prestación de gran invalidez supone el reconocimiento de un «complemento de protección» específico para tal situación de pérdida de autonomía vital²². Incremento del 50% que no tiene naturaleza salarial pese a la contraprestación de servicios de atención al gran inválido por la tercera persona sino de «prestación asistencial»²³ y respecto del que no existe ninguna actividad de la Administración de la Seguridad Social para comprobar si el beneficiario ha dado a la prestación el destino legalmente previsto²⁴.

²⁰ La jurisprudencia desde muy antiguo viene indicado que las secuelas invalidantes han de ser de tal naturaleza que impidan la satisfacción de las necesidades primarias e ineludibles para poder psicológicamente subsistir o para ejecutar aquéllos actos indispensables para la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la convivencia humana (por todas, STS de 3 de octubre de 1968, RA 5088).

²¹ El art. 141.2 LGSS señala, sin embargo, que las pensiones vitalicias en caso de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

²² Como se recuerda, a petición del gran inválido, o su representante legal, puede autorizarse la sustitución del incremento por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del sistema de Seguridad Social, siempre y cuando se considere beneficioso para el mismo.

²³ *Vid.*, al respecto STS de 3 de marzo de 1989, RA 1787.

²⁴ En este sentido, AZNAR LÓPEZ, M., en «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», *Foro de Seguridad Social* n.º 5, 2001, pág. 56.

Es una enumeración meramente orientativa, abierta, «que deja en manos de los jueces ir definiendo caso a caso y día a día lo que se considera como actos más esenciales para la vida, lo cual no deja de suponer un alto grado de relativización»²⁵. Y es que ha de recordarse que el art. 136 LGSS formula un concepto general de incapacidad permanente por medio de una serie de conceptos jurídicos indeterminados que el operador jurídico debe aplicar directamente y que habrían de ser llenados de contenido por la ciencia médica²⁶. Se dijo que el carácter abierto de los conceptos que definen la incapacidad permanente servían para flexibilizarla y dotarla de mayor capacidad para adaptarse a la realidad²⁷. Más aún, en numerosas sentencias, el Tribunal Supremo ha venido a afirmar que el concepto de gran invalidez lo perfila la norma legislativa haciendo una enumeración de determinados actos por vía enunciativa, remitiendo después a la analogía, lo que permite definir como acto esencial para la vida el que se encamina a la satisfacción de una necesidad primaria y ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquéllos actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponden a la humana convivencia²⁸.

La gran invalidez tiene su fundamento o base en la situación de dependencia del inválido con relación a otra persona para la realización de alguno de los actos, no son necesarios todos según la doctrina de los tribunales, que la propia Ley delimita como «más esenciales» de la vida²⁹. Así pues, para la calificación en este grado tendrá que observarse «la relación existente entre las secuelas invalidantes y la posibilidad de bastarse a sí mismos para las tareas primarias de subsistencia del ser humano»³⁰. No es pre-

²⁵ Así lo dice GARCÍA NINET en «Algunas consideraciones en torno a la gran invalidez», *TS* núm. 114, 2000, págs. 5 y 6.

²⁶ Situación que parecía no agrardarle demasiado al legislador ya que, como en un momento anterior, trató de evitarla con el diseño de una nonata lista de enfermedades, evitando con ello los conceptos jurídicos indeterminados.

²⁷ Como indica ROQUETA BUI, R., en *La incapacidad permanente*, *op. cit.*, pág. 19. Y continuaba diciendo, en efecto, la norma prevé todas las situaciones posibles con independencia de las dolencias, del sujeto y del trabajo, permitiendo, de este modo, el tratamiento individualizado de cada supuesto en atención a las específicas circunstancias subjetivas y objetivas del beneficiario.

²⁸ *Vid.*, SSTS de 3 de octubre de 1968, de 12 de diciembre de 1972, de 4 de diciembre de 1976, de 16 de marzo de 1977, de 12 de diciembre de 1977, de 19 de enero de 1982, de 25 de abril de 1982, de 2 de julio de 1985 y de 7 de octubre de 1987, todas ellas recogidas en la magnífica síntesis de la cuestión que hace la STSJ de la Rioja de 5 de febrero de 1998.

²⁹ En este sentido, AAVV, *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, *op. cit.*, págs. 71-72.

³⁰ Nuevamente ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., en *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, *op. cit.*, pág. 245.

ciso para comprender dentro del concepto de gran invalidez que la ayuda que necesita el inválido sea de carácter continuado o permanente, ni tampoco que la ayuda de tercera persona se requiera para todos los actos de la vida cotidiana, bastando para ser merecedor de la gran invalidez con que algún tipo de acto esencial de la vida cotidiana se necesite la ayuda o colaboración de otra persona³¹.

Llevamos refiriéndonos a la gran invalidez como un grado de incapacidad permanente, de conformidad con el art. 137.1 de la LGSS y alguna doctrina judicial³² y científica³³, pero lo cierto y verdad es que en el momento actual una parte de la doctrina no lo tiene tan claro. También es cierto que parte de esta polémica viene, quizás, referida a otra de sobre si es posible o no obtener la gran invalidez sin ser inválido absoluto, cuestión producida por la DF 5.^a de la Ley de Integración Social del Minusválido³⁴. Así, STS de 15-12-1993 (y otras posteriores) en las que se indica que «es inexacto afirmar...que a partir de la modificación introducida en el número 6 del art. 135 LGSS por la disposición final quinta de la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre integración social de minusválidos, ya no puede considerarse a la gran invalidez como un grado invalidante, puesto que los único que dispone esta norma es que la gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo...»³⁵.

Respecto de los que no creen que la misma sea un grado autónomo, se argumenta que si la incapacidad permanente se define por la incidencia del estado psicofísico del trabajador en su capacidad de trabajo, «resulta obvio que la tipificación de la gran invalidez no constituye en puridad un grado de incapacidad permanente»³⁶. Y es que la definición de la gran invalidez nunca ha tenido relación con el trabajo sino con consideracio-

³¹ Véanse las SSTS de 23 de marzo de 1988 y 30 de enero de 1989.

³² En este sentido la STS de 22 de julio de 1996 indica que la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente, de tal modo que su reconocimiento o bien es inicial o directo en una primera calificación de las secuelas, o bien se reconoce por agravación del grado de invalidez antes reconocido.

³³ Cfr. PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. en «Conceptos, requisitos de acceso y prestaciones previstas», en AAVV, Coord. Blanco Martín, *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 212. También ROQUETA BUI, *La incapacidad permanente*, *op. cit.*, pág. 47.

³⁴ Que indicaba que la «gran invalidez no implica necesariamente la invalidez permanente absoluta para toda clase de trabajos».

³⁵ En la práctica todos los grandes inválidos reciben una prestación del 150% de su base reguladora, lo que viene a significar que la Entidad Gestora ha enlazado o derivado esta contingencia de una incapacidad permanente absoluta.

³⁶ Como indica MARTÍN PUEBLA, E., en *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 55.

nes exclusivamente psicofísicas³⁷, que la configuran «al margen de lo laboral»³⁸.

Aunque a mi parecer, la naturaleza de la gran invalidez está vinculada a cuestiones funcionales del individuo más que a su capacidad de trabajar, y por lo tanto no sería un grado autónomo sino una condición especial del incapacitado permanentemente para trabajar, opino que en los términos que se ha planteado tal discusión es en cierto modo estéril. Lo importante en puridad es si el complemento o incremento para sufragar los gastos adicionales del concurso de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida es suficiente para el fin que pretende y si de «lege ferenda» habría de generalizarse a toda la población independientemente de la edad. En ello nos centramos a continuación.

5. A PROPÓSITO DE LA GRAN INVALIDEZ COMO MEDIDA DE PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA

La gran invalidez tiene como objeto, como acaba de verse, la protección del desvalimiento de las personas que sufriendo una incapacidad permanente necesitan el concurso de una persona para atenderles y ayudarles en la realización de los actos esenciales de la vida.

En los últimos tiempos ha venido observándose cómo la mejora de la calidad de vida de las personas en los países desarrollados ha llevado consigo el aumento de la esperanza de vida. El envejecimiento de la población, y la necesidad de que en la mayoría de las familias, para llevar un nivel de vida adecuado, aporten sus ingresos todos o casi todos sus miembros, ha supuesto que un número importante de ancianos, en muchos casos enfermos o incapacitados, hayan podido quedar desvalidos ya que su atención familiar (normalmente familiares de género femenino, de la que se conoce su importante inclusión en el mercado de trabajo) ha desaparecido. Podría decirse que es un efecto «colateral» de ese aumento de la longevidad de la población.

Nos encontramos pues con dos problemas el de la invalidez y el de la vejez que pueden dar lugar a una necesidad común: la necesidad del concurso de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida³⁹.

De hecho, la Recomendación (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 18 de septiembre de 1998 entiende como dependencia

³⁷ Así lo dijo con acierto hace algún tiempo OJEDA AVILÉS, A., en «El concepto legal de invalidez en el régimen general de la Seguridad Social», *RPS* núm. 109, 1976, pág. 47.

³⁸ Cfr. DESDENTADO BONETE, A., «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social», *RMTAS* núm. 4, 1997, pág. 69.

³⁹ Ello podría demostrar que realmente la gran invalidez no es simplemente una grado más de la incapacidad permanente para el trabajo sino que es una «connotación de la imposi-



«el estado en que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de anatomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayuda importante a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria». Como puede verse hay un cierto paralelismo con la definición de gran invalidez, pero sin ligarla a la incapacidad para el trabajo.

Como se ha dicho, la situación de la dependencia no es nueva, no nace un nuevo riesgo social, «lo novedoso es la dimensión del riesgo»⁴⁰. En este sentido, puede verse que es necesario ampliar la cobertura del sistema de protección a dichas conocidas necesidades ya que las mismas sólo han sido cubiertas de forma parcial en nuestro ordenamiento a través de prestaciones como la gran invalidez o la concesión de complementos para personas con necesidad de concurso de tercera persona para realizar en las prestaciones no contributivas de invalidez o por hijos a cargo minusválidos. La generalización de estas situaciones de necesidad es un hecho que incide de forma negativa en los ciudadanos y deja de forma evidente a la luz una carencia del sistema de protección económica o prestacional ya que el sistema no ofrece a quienes sufren estas situaciones los bienes, servicios o rentas que se requieren para poder superarla.

Son varios los problemas, respecto de la cobertura de las situaciones de dependencia, que plantea la protección de la gran invalidez.

El primero de ellos se refiere a la edad ya que no puede calificarse, como regla general⁴¹, como gran inválido (y concederle consecuentemente el complemento de pensión para remunerar a quien le atienda) a los mayores de 65 años, que por cierto es donde en la actualidad se encuentran el mayor número de dependientes ya que lo son por la edad. Sólo así podría identificarse la gran invalidez con la protección absoluta de la dependencia, pero es una cuestión que depende del legislador⁴². De no ser así, la protección de la gran invalidez quedaría como una medida que vendría a cubrir

bilidad personal que se añade a otra incapacidad profesional que es la que justifica la prestación básica», como dice GONZÁLEZ ORTEGA, S, en «La protección social de las situaciones de dependencia», *RL* núm. 17-18, 2004, pág. 22.

⁴⁰ Así, MALDONADO MOLINA, J.A. en *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 15.

⁴¹ Sería posible para mayores de 65 años que, habiendo seguido en activo, hubieran tenido un accidente de trabajo o bien para los mayores de 65 años que, sin período de carencia para una pensión de jubilación hubieran solicitado una incapacidad permanente por tener unas lesiones o enfermedades que le hubiesen hecho de necesitar a una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida (y se le hubiera concedido, claro está).

⁴² Ha de recordarse que el TC en STC 197/2003, de 30 de octubre, al negar la inconstitucionalidad del artículo 143.2 LGSS, y afirmando la imposibilidad de obtener pensiones de gran invalidez tras haber cumplido los 65 años de edad, diferenciado el objeto de protección de la gran invalidez y de las situaciones de dependencia.

una parte de protección de las situaciones de dependencia: la de los trabajadores menores de 65 años (o mayores que hayan sido declarados como tales antes del cumplimiento de dicha edad). O sea, en la misma situación que actualmente nos encontramos. Queda mucho por hacer respecto de la protección de la dependencia y con la regulación actual no se cumplen, ni mucho menos, las expectativas que a nivel europeo se tienen sobre la cobertura de esta situación.

El segundo se referiría a las condiciones para declarar a alguien como gran inválido por necesitar del concurso de una tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida. Ello sería algo bueno para evitar la discrecionalidad por parte de la Administración y que sean los jueces los que determinen el concepto jurídico indeterminado que supone la gran invalidez. Se necesitan criterios objetivos para ello. En el campo de la medicina ya se han adoptado distintos criterios como el de Barthel (al que hace referencia la sentencia que se comenta) que tiene diversas versiones modificadas por otros especialistas (Granger, Shah, etc) o el test Delta que suelen atender a diversas cuestiones y que, según la puntuación obtenida, se entiende si la persona es o no dependiente. De hecho, en el nivel no contributivo, el Anexo 2 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, para el procedimiento de reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía en nivel no contributivo recoge el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona valorando ponderadamente la imposibilidad de realizar diversas actividades de la vida diaria, a los que se asigna una puntuación que oscila entre los 1 y 5 puntos, de cuya suma resulta una cifra que sólo si es superior a 15 puntos se entiende que hay necesidad de tercera persona, cifra perfectamente asequible para las personas que reúnen el 75% de minusvalía⁴³.

⁴³ Sobre el tema, nuevamente, véase MALDONADO MOLINA, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones futuro*, op. cit., pág. 20 y sigs.

Las actividades a evaluar, según el Anexo II, son seis, que a su vez se concretan en diversos aspectos:

- Desplazamiento.
- Cuidado de sí mismo en ámbitos elementales: en la cama, vestirse, higiene personal, y alimentación.
- Comunicación con el exterior de su vivienda; otras actividades dentro de la casa: seguridad y acceso (pestitillos, llaves, abrir y cerrar puertas y ventanas), manejar dispositivos domésticos (grifos, enchufes, interruptores); manejar objetos tales como radio, libros, periódicos, etc.
- Cuidados especiales que pueden ser de tres tipos: dependencia de aparatos especiales que exijan la ayuda de otra persona para su uso; necesidad de precauciones especiales; y dependencia de otra persona para la colocación de prótesis, óstesis, etc.
- Adaptación personal y social en cuatro aspectos: convivencia, autoprotección, conducta social y autosuficiencia psíquica.



Finalmente, respecto de la cuantía de la prestación: la gran invalidez, como se dijo anteriormente, supone un incremento del 50% de la incapacidad permanente absoluta. Vincular la cuantía de una prestación a una base reguladora que depende de los salarios que se reciben, supone vincularla a los ingresos previos pero no «con las necesidades generadas por la dependencia»⁴⁴ y es que ello es una situación que habría de cuantificarse de forma objetiva en el valor de la compensación de la asistencia de una tercera persona⁴⁵. Ya que lo importante aquí es que la prestación sea suficiente para cubrir los gastos ocasionados por el cuidador, por lo que deberá verse si el cuidador es informal (normalmente son los familiares) o formales o externos. Y justificarse por parte del beneficiario los gastos realizados. Sólo así la gran invalidez cumpliría el objeto para el que se creó, que no era otro que atender las situaciones del dependiente.

⁴⁴ Como indica GONZÁLEZ ORTEGA, S, en «La protección social de las situaciones de dependencia», *op. cit.*, pág. 22.

⁴⁵ Así lo dice MALDONADO MOLINA, J.A, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones futuro*, *op. cit.*, pág. 34.