

# I

## LA REFORMA DE LAS PRESTACIONES DE INCAPACIDAD (TEMPORAL Y PERMANENTE) POR LA LEY 40/2007

Mikel DE LA FUENTE LAVÍN  
Universidad del País Vasco

---

### SUMARIO

	<u>Página</u>
I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE REFORMA DE 2006-2007 .....	25
II. INCAPACIDAD TEMPORAL .....	26
1. Introducción .....	26
2. Incapacidad temporal y desempleo .....	28
3. Cambios en el reconocimiento de la prestación de IT: reforzamiento de las competencias del INSS e incapacidad permanente revisable .....	30
4. Revisión de las altas emitidas por las Mutuas .....	35
5. Recortes en la duración de la incapacidad temporal: la extinción de la IT por el transcurso del plazo máximo .....	36
III. INCAPACIDAD PERMANENTE .....	38
1. Introducción .....	38
2. Ampliación de la incapacidad temporal y reducción del ámbito de la incapacidad permanente .....	39
3. Modificación del período mínimo de cotización exigible .....	39
4. Modificación de la cuantía de la prestación .....	41
5. Nuevo importe mínimo para las pensiones de incapacidad permanente total derivadas de enfermedad común .....	45
6. El complemento de gran invalidez .....	46
IV. BREVE VALORACIÓN .....	49
V. BIBLIOGRAFÍA .....	51

## RESUMEN

Tras exponer los antecedentes del Acuerdo sobre Medidas de Seguridad Social de 2006 y las características del proceso de reformas que arranca del Pacto de Toledo, el trabajo analiza las modificaciones realizadas por la Ley 40/2007 en las prestaciones de incapacidad temporal e incapacidad permanente. En relación con la primera se subraya cómo las repetidas reformas están siendo inspiradas por la preocupación anti-fraude. En esta ocasión, esa característica ha conducido a un reforzamiento de las competencias del INSS, desplazando íntegramente hacia éste, en detrimento de los servicios sanitarios públicos, la competencia para prorrogar la situación de la IT una vez haya transcurrido el período de doce meses. Otras medidas de la Ley combinan mejoras en la regulación —la relación entre la IT y el desempleo—, con limitaciones como la diferenciación en función del riesgo común o profesional, o constituyen recortes en la cobertura, como la reducción de la duración de 30 a 24 meses.

En Incapacidad Permanente, la reducción de la carencia para los menores de 31 años contrasta con la introducción del cálculo de la pensión según los años cotizados, cuyo efecto restrictivo se compensa parcialmente mediante la fijación de una cuantía mínima para la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. La cuantía del complemento de gran invalidez pasa a fijarse según una compleja fórmula que introduce elementos asistenciales y contributivos.

## ABSTRACT

After setting out the antecedentes to the 2006 Agreement on Social Security Measures and the characteristics of the process of reforms which begins with the Pact of Toledo, the work analyzes the modifications made by Law 40/2007 to the benefits for temporary disability and permanent disability. With respect to the former, it is emphasized how the constant reforms are motivated by the concern for the level of fraud. On this occasion, this characteristic has led to a reinforcement of the competences of the National Institute of Social Security, in that it fully transfers to it, to the detriment of the public health services, the authority to extend the situation of TD once the period of twelve months has gone by. Other measures of the Law combine improvements in the regulation —the relationship between TD and unemployment— with limitations such as the differentiation depending on the common or professional risk or constitute cutbacks in cover, such as the reduction in the duration from 30 to 24 months.

As for Permanent Disability, the reduction in the limitations for those under 31 years of age contrasts with the introduction of the calculation of the pension according to the years during which social security has been paid, whose restrictive effect is partly compensated for by means of the establishing of a minimum amount for total permanent disability arising from a common illness. The amount of the complement for great invalidity will now be determined in accordance with a complex formula which introduces welfare and contributive elements.

**Palabras clave:** *Incapacidad temporal, incapacidad permanente, incapacidad permanente total, gran invalidez.*

**Key words:** *Temporary disability, permanent disability, total permanent disability, great invalidity.*

## I. ANTECEDENTES DEL PROCESO DE REFORMA DE 2006-2007

La reforma de la Seguridad Social realizada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, proviene del Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social suscrito el 13 de julio de 2006 (en adelante, el Acuerdo de 2006), por el Gobierno, las organizaciones patronales CEOE y CEPYME y los sindicatos CC.OO. y UGT, y es el tercer acuerdo social desde que en 1995 se aprobó el llamado Pacto de Toledo, que fue suscrito por todos los partidos parlamentarios en abril de 1995.

En desarrollo del Pacto de Toledo se suscribió el 9 de octubre de 1996, entre el Gobierno y los sindicatos Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores, el *Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social* (ACR), cuya vigencia finalizaba en el año 2000. El ACR fue recogido parcialmente en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social.

Otros dos Acuerdos más puntuales fueron el *Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad*, de 13 de noviembre de 1998, suscrito, por los sindicatos más representativos y el Gobierno, cuyo contenido se recogió en el RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre, y el *Acuerdo Social sobre revalorización de las pensiones mínimas del Sistema de Seguridad Social para el año 2001*, suscrito asimismo por los sindicatos más representativos y el Gobierno.

El Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril del 2001 por el Gobierno (AP de 2001), el sindicato Comisiones Obreras y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME tuvo como aspecto central la reforma de la pensión de jubilación, que fue objeto de plasmación legal por el RD Ley 16/2001, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, convertido en la Ley 35/2002, de 12 de julio.

Conforme a lo señalado en la Recomendación quince del Pacto de Toledo, que preveía la evaluación quinquenal del Sistema, se constituyó una comisión parlamentaria en mayo de 2000, cuyos trabajos culminaron el 2 de octubre de 2003, fecha en la que se aprobó un nuevo Informe de renovación del Pacto de Toledo, que se apoyaba en los documentos de la Unión Europea sobre pensiones y, en línea con éstos, puso un especial acento en los aspectos demográficos, a diferencia del Pacto de 1995, que insistía en los aspectos económicos.

En el entorno de los procesos de negociación provenientes de la *Declaración para el Diálogo Social, para la competitividad, empleo estable y cohesión social*, fir-

mada el 8 de julio de 2004 entre las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos CC.OO. y UGT, el 13 de julio de 2006 se suscribió entre los mismos firmantes el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social.

El Acuerdo de 2006 no se aparta, en lo sustancial, de la dosificación contenida en el ACR de 1996 y el AP de 2001 entre «mejoras» de las prestaciones (en general, de escaso contenido económico) y recortes de éstas, de mayor envergadura y que preparan el terreno para otros posteriores. Especialmente los dos últimos han estado inspirados en la voluntad de reducir las pensiones públicas de reparto para ensanchar el espacio a las privadas de capitalización. Como decía APARICIO TOVAR (2002, p. 19) en relación con el período 1996-2002, aunque parciales, las reformas responden a un plan de acción informado por «ideas orientadoras bastante precisas, es decir no han sido medidas de mera respuesta a situaciones coyunturales que se han ido presentando», que a su entender consisten en la tendencia a la fragmentación del sistema de Seguridad Social en dos partes: una asistencialista o de cobertura de mínimos y otra de seguro, inspirada en la debilitación de los criterios de solidaridad.

Un aspecto específico del Acuerdo de 2006 y de la LMSS responde a la voluntad de atrasar la edad efectiva de jubilación mediante la obstaculización de la jubilación parcial y el estímulo a la permanencia en actividad tras el cumplimiento de los 65 años. El fracaso total o parcial de estas medidas para conseguir el objetivo pretendido podrá dar lugar a la tentativa futura de aumentar la actual edad legal de jubilación. Llamativamente, alguno de los sindicatos firmantes opina que las medidas de recorte adoptadas no son suficientes. Así, CC.OO. llegó a reprochar a la propuesta inicial del Gobierno el no proponer «medidas sensatas que permitan asumir» la reducción de las pensiones, con lo que «el Gobierno denuncia un peligro y se abstiene de analizar en profundidad las causas y de tomar medidas para evitar o limitar el problema»<sup>(1)</sup> y ello a pesar de que la novedad de la reforma de 2006-2007 es que las medidas de recorte se presentan con menos justificación que en otras ocasiones «y sólo responden a una extremada lógica contributiva arraigada» (LILLO PÉREZ, 2008, p. 240).

## II. INCAPACIDAD TEMPORAL

### 1. INTRODUCCIÓN

La prestación de Incapacidad Temporal (IT) es la prestación de Seguridad Social que ha experimentado más procesos de reforma, especialmente desde 1994, cuando, a través de la Ley 42/1994, se estableció la posibilidad de que la prestación económica por causas comunes pudiese ser gestionada por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales<sup>(2)</sup>. Sin duda, la complejidad de su regulación y lo caótico de ésta se encuentra asociada a su configuración poliédrica, que resulta

---

(1) Documento de Comisiones Obreras, «Propuesta de reforma de la Seguridad Social presentada por el Gobierno», 2006.

(2) Véase la relación de los procesos de reforma en PANIZO ROBLES (2008a, p. 10, nota 14).

del entrecruzamiento de tres niveles normativos diferenciados: el de la asistencia sanitaria, el de la situación suspensiva de la relación laboral y el de la prestación económica de Seguridad Social (SALA FRANCO, 2008, p. 795).

El subapartado quinto del apartado tercero del Acuerdo de 2006, *medidas en el ámbito de la acción protectora derivada de las prestaciones económicas contributivas*, se refiere a la incapacidad temporal en los siguientes términos:

En el ámbito de la incapacidad temporal, se acuerda la adopción de las siguientes medidas:

- a) La modificación de la normativa de Seguridad Social, de modo que, cuando el proceso de incapacidad temporal (IT) derive de una contingencia profesional y durante la percepción de la prestación se extinga el contrato de trabajo, el interesado seguirá percibiendo la prestación por IT hasta el alta médica, pasando después, si reúne los requisitos necesarios, a la situación de desempleo, sin que el período de la situación de IT consuma período de prestación de desempleo.
- b) Se procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación de incapacidad temporal, así como de sus modalidades de gestión, con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionan la prestación económica, respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores.

Las citadas propuestas tienen considerable importancia y, aunque no fijan con precisión las modificaciones normativas que se desprenderían de ellas, trazan las líneas generales de su intervención (GORELLI HERNÁNDEZ, 2006, p. 13).

El gasto en IT ha crecido de forma más rápida que el resto de las prestaciones: a tasas porcentuales del 13,5 en el año 2000, 13 en 2001, 11,1 en 2002 (frente al 9,6, 5,1 y 7 para el resto de las prestaciones). Ver cuadro número 1.

### CUADRO 1

#### GASTO ACUMULADO HASTA FIN DE CADA AÑO DE LAS PRESTACIONES (MILES DE EUROS)

Año		Pensiones	Incapacidad temporal	Maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural	Otras prestaciones económicas	TOTAL
2002	Importe	56.852.504,53	4.754.481,73	943.375,44	389.297,82	62.939.659,53
	% variac.	6,52	11,13	11,31	84,69	7,20
2003	Importe	60.151.393,84	5.154.211,56	1.080.910,30	388.446,50	66.774.962,21
	% variac.	5,80	8,41	14,58	-0,22	6,09

Año		Pensiones	Incapacidad temporal	Maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural	Otras prestaciones económicas	TOTAL
2004	Importe % variac.	64.453.167,99 7,15	5.830.166,68 13,11	1.187.279,14 9,84	393.145,26 1,21	71.863.759,07 7,62
2005	Importe % variac.	68.950.136,76 6,98	6.406.697,00 9,89	1.319.491,18 11,14	424.447,99 7,96	77.100.772,94 7,29
2006	Importe % variac.	73.724.991,90 6,93	6.850.492,92 6,93	1.480.752,19 12,22	434.163,29 2,29	82.490.400,29 6,99

Fuente: <http://www.seg-social.es>, 2008.

Sin embargo, como se desprende del mismo cuadro, el gasto en incapacidad temporal representa una parte relativamente reducida de las prestaciones económicas contributivas y apenas ha aumentado durante los últimos años. Así, en el año 2002, el gasto en incapacidad temporal equivalía al 7,55 por 100 del total del gasto en prestaciones económicas frente al 90,32 por 100 del gasto en pensiones, siendo esos porcentajes del 8,30 por 100 y 89,37 por 100, respectivamente, en el 2006.

Por otra parte, la preocupación por la necesidad de corregir y frenar las causas del fraude en las prestaciones de incapacidad temporal e invalidez, que se recogía en la Recomendación decimotercera del Pacto de Toledo y que ha inspirado gran número de las reformas legislativas en la materia, contrasta con la menor preocupación por el fraude y el impago en las cotizaciones a la Seguridad Social, por no hablar de las cifras récord del fraude fiscal. Además, no se puede obviar que el recurso a la incapacidad temporal es una vía de refugio frente al aumento de la inseguridad laboral asociada a la elevadísima temporalidad y el aumento de las facultades empresariales para los despidos individuales y colectivos. Sin duda, la preocupación por el aumento del gasto de la incapacidad temporal está relacionada con la separación entre la financiación y la decisión sobre el gasto, ya que mientras las altas y bajas sanitarias corresponden a las administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas, «el coste de las prestaciones económicas y de las suspensiones contractuales lo soportan el INSS, las Mateps o las propias empresas». De esta constatación, que está ligada a la asimetría de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia sanitaria y de Seguridad Social, no se deben extraer las conclusiones de apoderamiento del INSS en materias externas a las suyas originales y de limitación de la protección a los trabajadores.

## 2. INCAPACIDAD TEMPORAL Y DESEMPLEO

Las relaciones entre la IT y el desempleo han sido objeto de llamativas oscilaciones normativas. En la medida en que la regulación de la coordinación entre ambas

contingencias ha estado, en lo esencial, inspirada por consideraciones antifraude, la coordinación se ha reducido a un mero instrumento y el resultado ha sido insatisfactorio (SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA, 2007, p. 105). La versión inicial del artículo 222.1 de la LGSS disponía la extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad temporal, cualquiera que fuese el origen de ésta. Tras su reforma por la Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el artículo 222.1 de la LGSS dispuso lo contrario, al establecer que la extinción del contrato de trabajo durante la situación de incapacidad temporal no daba lugar a la extinción de ésta, pero se cobraría «en cuantía igual a la prestación de desempleo». Si a su finalización concurrían las circunstancias de situación legal de desempleo que prescribe el artículo 208.1 de la LGSS y se reunían los requisitos de acceso a esta prestación, se pasaría a percibir la correspondiente prestación (o subsidio), descontándose «el tiempo que hubiera permanecido el beneficiario en situación de incapacidad temporal a partir de la fecha de extinción del contrato de trabajo». Esta solución se centraba así, no en el control pretendido del fraude en los supuestos de extinción del contrato y durante la percepción de la prestación de desempleo<sup>(3)</sup>, sino en el recorte de la prestación económica por IT, generalmente superior a la prestación por desempleo<sup>(4)</sup>. Además, la extinción del contrato entrañaba una reducción en la duración de la prestación o el subsidio de desempleo. Por ello, se ha señalado que tenía lugar una superposición de las situaciones protegidas, a pesar de la incongruencia de considerar desempleado a quien no puede trabajar (FERRANDO GARCÍA, 2007, p. 47).

Pues bien, conforme al artículo 8 de la Ley 40/2007, que modifica el apartado 1 del artículo 221 de la LGSS, se vuelve a una situación muy próxima a la de partida, ya que esas reglas sólo se mantienen cuando la IT se derive de contingencias comunes, mientras que cuando tenga origen en contingencias profesionales se mantiene la prestación de IT —y por la cuantía fijada en las reglas generales de la misma—. Sólo a su extinción se pasará a la situación de desempleo, obviamente si se cumplen los requisitos exigibles y la extinción se debe a alguno de los supuestos previstos en el antes citado artículo 208.1 de la LGSS, «sin que en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato o subsidio de desempleo». La LMSS no ha modificado el artículo 222.3 de la LGSS, que dispone que cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de IT percibirá la prestación por IT en la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo, si bien el período de percepción no se ampliará por esa circunstancia.

---

(3) La modificación realizada por la Ley 24/2001 provenía del epígrafe X del AP de 2001, que proponía combatir el fraude debido a la concatenación «abusiva» entre la incapacidad temporal y el desempleo.

(4) Salvo en el período que transcurra desde el 4.º al 20.º día desde el inicio de la prestación de la IT y ésta se deba a causas comunes (en cuyo caso la prestación equivale al 60 por 100 de la base reguladora), en todos los demás períodos, y siempre cuando la IT se deba a causas profesionales, la prestación de IT, al calcularse en un porcentaje del 75 por 100 sobre la base reguladora, es superior a la prestación por desempleo, cuya cuantía resulta de aplicar un porcentaje del 70 por 100 (los primeros 180 días) o un 60 por 100 (el período posterior) a la base reguladora.



Esta regulación, que por primera vez diferencia la regulación en función de si el riesgo originario es común o profesional (SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA, 2007, p. 122), supone un nuevo elemento que incrementa las diferencias en la consideración conjunta de las contingencias<sup>(5)</sup>, principio inspirador entroncado con el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la CE<sup>(6)</sup>, y hace recaer en los trabajadores, a través de la disminución en la cuantía y duración de la prestación, la ineficacia para evitar el fraude.

La reforma tiene asimismo repercusiones económicas ya que, una vez extinguido el contrato de trabajo, presumiblemente la entidad pagadora de la prestación será la misma que tenga asumida la cobertura, en general una Mutua (SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA, 2007, p. 123).

### 3. **CAMBIOS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE IT: REFORZAMIENTO DE LAS COMPETENCIAS DEL INSS E INCAPACIDAD PERMANENTE REVISABLE**

Hasta la LMSS, conforme a la regulación contenida en los artículos 128 y 131. bis de la LGSS, según la redacción establecida por la disposición adicional 48.<sup>a</sup> de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2006, los facultativos del INSS eran los únicos competentes para expedir el alta médica a efectos de la prestación económica de IT, con la consiguiente finalización de la percepción del subsidio<sup>(7)</sup>. Era posible que, simultáneamente, los Servicios de Salud pudieran mantener la baja médica o emitir una nueva, lo que constituía la causa legal para inasistencia al trabajo contemplada en el artículo 45.1.c) del Estatuto de los Trabajadores. No se atribuía a los servicios médicos del INSS la competencia para expedir los partes de baja, sino la posibilidad de determinar si la nueva baja médica tenía o no efectos económicos. La denegación de la prestación económica de IT no producía efectos jurídicos «extramuros de la órbita prestacional», ya que el contrato de trabajo seguía suspendido y el trabajador podía seguir con su proceso curativo, salvo que optase por solicitar voluntariamente el alta médica (TORTUERO PLAZA, 2008, p. 808)<sup>(8)</sup>.

---

(5) Que es calificada por GORELLI HERNÁNDEZ (2006, p. 319) como de «nueva odiosa diferencia». Tal y como recuerdan CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (2008, p. 240), la Exposición de Motivos de la Ley se limita a describir la modificación sin aportar justificación de ésta.

(6) Tal como indican BLASCO LAHOZ y PIÑEYROA DE LA FUENTE (2008, pp. 44-45).

(7) Esa competencia ha sido asumida de forma progresiva por las diferentes provincias, en un proceso que culminó con una Resolución de 14 de enero de 2008.

(8) Ya el artículo 39 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, añadía un nuevo párrafo al artículo 131 bis de la LGSS que habilitaba a los médicos adscritos al INSS para otorgar el alta médica en la IT a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas y ello desde el inicio de la prestación de IT. La modificación legal fue desarrollada por el RD 1117/1998, de 5 de junio. Esta reforma no rompió el procedimiento unitario y la vinculación de actuaciones, ya que los facultativos adscritos al INSS podían expedir un «alta condicional», que sólo adquiriría firmeza con la aceptación por silencio administrativo de la Inspección Sanitaria, de forma que si ésta se oponía el alta quedaba sin efectos. *Cfr.*, TORTUERO PLAZA (2008, p. 809).



La reforma<sup>(9)</sup> concluía con una cláusula [último apartado del párrafo segundo del artículo 128.1.a) de la LGSS] que residenciaba en el INSS la competencia para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos cuando se produjese en un plazo de seis meses posterior a la citada alta médica por la misma o similar patología. La reforma pretendía así reaccionar contra la llamada IT indefinida discontinua, es decir, la que se produce como consecuencia de la sucesión en el tiempo de determinados procesos de incapacidad temporal, frecuentemente para evitar los efectos de la negativa a un reconocimiento de la incapacidad permanente.

Esta regulación llevaba a una tensión extrema la disociación entre los efectos laborales y los de Seguridad Social —LÓPEZ GANDÍA (2006, p. 236) califica, en referencia al Acuerdo de 2006, como «enigmática» la «declaración de la IT a los solos efectos de las prestaciones sanitarias»—, a la vez que, desde el punto de vista práctico, podía convertir en iluso el derecho a la recuperación de la salud de la persona afectada, que es la razón de ser de la suspensión del contrato de trabajo. En efecto, no es pensable que, en general, se vaya a utilizar el derecho a la inasistencia al trabajo que prescriban como necesaria los servicios de salud si no se percibe el subsidio de IT sustitutivo —aunque de inferior cuantía— del salario (RÍOS SALMERÓN y FERRANDO GARCÍA, 2007, p. 46). Esa reforma no eliminaba la posibilidad de «uso indebido» de la incapacidad temporal por cuanto no se cerraba la posibilidad de abrir un nuevo proceso en base a patologías no exactamente iguales o similares (TORTUERO PLAZA, 2008, p. 811). Sin embargo, no es menos cierto que la reiteración en la IT puede constituir una causa de despido «por causas objetivas», conforme al artículo 52.1.d) del Estatuto de los Trabajadores si las faltas de asistencia, aunque sean justificadas, como sucede en el caso de la IT, son intermitentes y alcanzan el 20 por 100 de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 25 por 100 en cuatro meses discontinuos dentro de un período de 12 meses, siempre que el índice de absentismo del conjunto de la plantilla del centro de trabajo supere el 5 por 100 en los mismos períodos de tiempo (STS de 12 de julio de 2004, recurso 4646/2002).

La LMSS trata de evitar esa, si se me permite la expresión, kafkiana regulación que permite la subsistencia de dos bajas médicas sobre un mismo proceso de IT y da lugar a una considerable fuente de problemas, por las posibles discrepancias entre los facultativos del INSS y de los servicios sanitarios públicos, difíciles de entender por los beneficiarios, especialmente en el caso de las situaciones de baja que no daban lugar a la percepción del subsidio<sup>(10)</sup>. El Preámbulo de la LMSS justifica la reforma en la necesidad de coordinar las actuaciones de los Servicios de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y evitar la inseguridad jurídica que provoca la disparidad de diagnóstico de una y otra instancia. Para ello su artículo 1 modifica nuevamente el artículo 131.bis de la LGSS, estableciendo un procedimiento mediante el cual la persona interesada puede expresar su disconformidad ante la inspección médica respecto al alta médica formulada por la entidad gestora, que deberá

---

(9) Para un análisis de ésta, véase DESDENTADO BONETE (2008, pp. 19-20).

(10) PANIZO ROBLES (2006, p. 23) subraya los «conflictos» y «la desprotección» a que daba lugar esa normativa.

pronunciarse con carácter definitivo, acordando la prórroga de la situación de IT o confirmando el alta médica, cuyos efectos ahora se extienden también a los aspectos laborales, ya que si el trabajador se encuentra conforme con la resolución del INSS, el alta médica tiene plenos efectos tanto laborales como de Seguridad Social. De esta forma se supera la insostenible dicotomía de la regulación anterior, pero desplazando íntegramente las competencias desde los servicios de salud hacia el INSS. Aunque esa competencia la ejerza el INSS a través del personal médico integrado en los EVIs, el cambio operado, que tiene lugar cuando ha culminado la transferencia de la competencia de los servicios sanitarios hacia las Comunidades Autónomas, refleja una desconfianza hacia los servicios sanitarios públicos<sup>(11)</sup>.

SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA (2007, pp. 125 y ss.) han examinado la evolución de las relaciones entre asistencia sanitaria y Seguridad Social, desde la primitiva incardinación de la asistencia sanitaria como una prestación más del sistema de la Seguridad Social hasta el cambio radical que se ha producido con la Ley General de Sanidad de 1986 y, especialmente, con la culminación del proceso de transferencias en el 2002. A partir de ahí, las prestaciones sanitarias han quedado segregadas de la Seguridad Social y se adscriben a la «asistencia sanitaria» gestionada por el Sistema Nacional de Salud, por lo que al Estado le corresponde establecer las «bases y coordinación general de la sanidad» (artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la CE), pero, a diferencia de la Seguridad Social, no el régimen económico, atribuido a las Comunidades Autónomas competentes en materia de gestión de los servicios de salud conforme a los artículos 43 y 149.1.21.<sup>a</sup> de la CE. Asimismo indican que «Conforme al orden competencial propio de las Comunidades Autónomas en materia de seguridad social, laboral y de sanidad, los facultativos de los servicios públicos de salud y las correspondientes Inspecciones Sanitarias, carecen de competencias para expedir los partes de baja, confirmación y alta que generan el nacimiento, la duración y la extinción de la incapacidad temporal», aunque reconocen que, a pesar de esa afirmación, hasta la fecha eran esos facultativos y la Inspección sanitaria quienes ejercían esa competencia (pp. 181-182).

La Ley 40/2007 concreta lo que el Acuerdo de julio de 2006 formulaba de forma muy genérica cuando exhortaba a «la necesidad de delimitar con precisión las funciones de los Servicios públicos de Salud y las Entidades que gestionan la prestación económica», pero sin proponer la atribución íntegra al INSS de las competencias en materia de alta. Estamos en presencia de una norma de cierre competencial (DESDENTADO BONETE, 2008, p. 18) y que se completa con las facultades del INSS en materias de prórroga, de inicio de los expedientes de incapacidad permanente y de control de las nuevas bajas durante un período de seis meses. La modificación legal precisa que el INSS, a través de «los órganos competentes» —los EVIs— para evaluar, calificar o revisar la incapacidad permanente, es la única entidad que, agotado el plazo de doce meses, puede reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente

---

(11) TORTUERO PLAZA (1999, p. 24) señala las perplejidades sobre la desconfianza que manifiesta ese desapoderamiento.

de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica en la situación de IT cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología o para expedir el alta médica.

Si el trabajador está disconforme con la resolución del INSS, en el plazo máximo de cuatro días naturales debe manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio de salud, que tiene las siguientes alternativas:

- Confirmar la decisión de la entidad gestora o no emitir pronunciamiento alguno en plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución; en ambos casos, el alta médica adquirirá plenos efectos, laborales y de Seguridad Social.
- Discrepar de la entidad gestora, proponiendo, en el plazo máximo de siete días naturales siguientes a los cuatro que tiene el trabajador para reclamar, la reconsideración de la decisión del INSS, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. En este caso la entidad gestora ha de pronunciarse expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que será también comunicada a la Inspección Médica. Se subraya que la fórmula de la LMSS ha ampliado a siete el anterior plazo de tres días de que dispone la Inspección Médica para considerar la reclamación planteada.

Si el INSS, en función de la propuesta formulada, reconsidera el alta médica, se ha de reconocer al interesado la prórroga de su situación de IT a todos los efectos. Si, por el contrario, se reafirma en su decisión, es decir, si deniega la baja médica —para lo cual debe aportar las pruebas complementarias que la fundamenten—, ésta queda confirmada y sólo se prorroga la situación de IT hasta la fecha de la última resolución.

El procedimiento descrito incurre en varios defectos<sup>(12)</sup>. Por una parte, la fijación de los plazos en días naturales y no hábiles y su carácter reducido y perentorio, especialmente el referido al trabajador, que dificulta su cumplimiento, máxime si se considerara que el último citado se computase desde la fecha de la resolución del INSS y no desde su recepción<sup>(13)</sup>.

Se prevé que en el desarrollo reglamentario del nuevo artículo 128.1 se regulará la forma de efectuar las comunicaciones previstas en él, es decir, al trabajador y a la Inspección Médica, así como la obligación expresa de poner en conocimiento de las empresas las decisiones que se adopten y les afecten. Esta referencia al desarrollo reglamentario se corresponde con la advertencia realizada en el Dictamen del CES sobre el Anteproyecto de Ley sobre la necesidad de que el INSS provea de la información necesaria sobre el procedimiento de impugnación a las empresas afectadas, ya que, como señala FERRANDO GARCÍA (2007, p. 44), «la prórroga de la situación

---

(12) Véase el detalle en SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA (2007, p. 92).

(13) *Ibid.* (2007, p. 92) indican que ante el silencio de la norma sobre la fijación del *dies a quo* debe considerarse que éste sea el día de notificación de la resolución.

de IT lo es también de la suspensión del contrato, e impone al empresario el deber de reserva del puesto de trabajo durante el proceso de impugnación del alta hasta que recaiga la resolución correspondiente».

Así pues, cuando finalice el período de doce meses en la duración de la IT, el INSS podrá decidir prorrogar la IT durante otros seis meses, cuando se presuma que en ese período se va a producir la curación, instar la apertura de un expediente de incapacidad permanente o, finalmente, emitir el alta médica. Aunque la dicción legal es confusa hay que entender que la competencia exclusiva del INSS para conceder las nuevas bajas médicas que se produzcan en el plazo de los seis meses posteriores se refiere a las altas médicas que expida el INSS tras los procesos de IT cuya duración supera los doce meses y el nuevo proceso se deba a la misma o similar patología (PÉREZ ALONSO, 2008, p. 33).

La fórmula de la LMSS para intentar remediar los problemas derivados de las eventuales discrepancias de diagnóstico entre los servicios públicos de salud y los del INSS o de las Mutuas ha merecido una apreciación diversa por la doctrina. Así, GALIANA MORENO (2007, p. 23) ha señalado que se trata de una solución que sólo sirve para alargar la situación de incapacidad temporal once o dieciocho días, según si la Inspección Médica confirma la decisión del INSS o manifiesta su discrepancia con ella. Una valoración más favorable es la realizada por BLÁZQUEZ AGUDO (2008, p. 15), quien señala que la nueva regulación provoca mayores desigualdades entre las facultades del INSS y las de las Mutuas, y precisa que la explicación de evitar la asimetría entre quien reconoce la prestación —los servicios públicos de salud— y quien está obligado al pago —el INSS— no es aplicable a los costes que asumen las Mutuas. Como justificación de la medida, la citada autora apunta que puede residir en la «necesidad de homogeneización del trato dispensado a todos los trabajadores en el momento de la prórroga de la IT», evitando la influencia en la situación del trabajador en baja debida a la elección empresarial en la cobertura de la IT entre INSS o Mutua y, por otro lado, a la diversidad entre los facultativos de los diferentes servicios de salud. Finalmente concluye que la opción de la reforma, al conceder la competencia al INSS en exclusividad, se opone a la tendencia de privatizar la gestión de la IT, reforzándose así el carácter público del sistema recogido en el artículo 41 de la CE.

SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA (2007, p. 182), del correcto análisis según el cual es competencia exclusiva del Estado decidir quién debe expedir los partes médicos y qué efectos deben producir, concluyen que el Proyecto de la LMSS sólo ha hecho confirmar esa competencia. A mi entender tal conclusión es excesiva, por cuanto la afirmación de la competencia legislativa estatal no debiera impedir, en este tema, que el legislador siguiera atribuyendo la competencia sobre la expedición de los partes médicos a los servicios de salud autonómicos, ya que las decisiones sobre altas y bajas tienen una evidente repercusión sobre la salud de las personas afectadas, en la medida en que la inasistencia al trabajo puede ser un elemento esencial para su plena recuperación. Es más, tal atribución me parece que sería más ajustada que la practicada en la LMSS con la importancia de la salud como bien jurídico titulado por el Derecho y su carácter de condición y presupuesto básico para la dignidad

y calidad de vida, que los citados autores recuerdan<sup>(14)</sup>, por cuanto se ajusta mejor con el mantenimiento de ésta en los servicios que tienen por competencia exclusiva el cuidado y promoción de la salud (los servicios de salud), que su asignación a la entidad gestora responsable del pago de las prestaciones económicas. Lo que está en juego en esta regulación no es sólo la tensión entre los niveles estatal y autonómico de la administración, sino la relación entre los servicios que tienen como responsabilidad el cuidado de la salud y las entidades responsables del pago de las prestaciones. La fórmula legal, desdeñando las posibilidades de mejora en la gestión a través de acuerdos de colaboración entre la entidad gestora y los servicios de salud, ha optado por confirmar la atribución de la responsabilidad de los actos de control a la entidad gestora responsable del pago.

No obstante, aunque no se comparta la atribución de competencias al INSS en materia de altas por IT, una vez producido el desplazamiento de competencias, en la medida en que el recurso va a ser resuelto por la misma entidad gestora, no es previsible que los eventuales disfuncionamientos en la coordinación entre los servicios de salud y el INSS, a través de los mecanismos ya existentes del informe complementario y el informe de prórroga, vayan a solucionarse con el nuevo procedimiento, que se recuerda incluye la suspensión de la eficacia del alta emitida por los facultativos del INSS<sup>(15)</sup>, que puede contribuir no a establecer garantías efectivas sino a la mayor burocratización de la gestión (DESDENTADO BONETE, 2008, pp. 18-19).

#### **4. REVISIÓN DE LAS ALTAS EMITIDAS POR LAS MUTUAS**

En la gestión de la Incapacidad Temporal las Mutuas de Accidentes de Trabajo y de Enfermedades Profesionales están ocupando el vacío derivado de la retirada de la gestión pública<sup>(16)</sup>, hasta el punto de que su gestión es ya ampliamente mayoritaria: a inicios del 2008, de los 17,6 millones de trabajadores con derecho a la percepción de IT, la gestión de la prestación de IT por contingencias comunes del 57 por 100 de éstos es realizada por las Mutuas. Por contingencias profesionales la gestión de las Mutuas alcanza al 94,89 por 100 de los trabajadores y al 97,5 por 100 de las empresas. Paralelamente, las facultades de las Mutuas son las mismas que ostenta la entidad gestora, con algunas limitaciones<sup>(17)</sup>.

---

(14) En apoyo a esa doctrina, citan a ACOSTA GALLO y PAREJO ALONSO (SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA, 2007, p. 125).

(15) Una apreciación positiva de la medida de suspensión se realiza por FERRANDO GARCÍA (2007, p. 44).

(16) Véase el análisis de ese proceso en DESDENTADO BONETE (2008).

(17) Véase la relación de éstas en PANIZO ROBLES (2008a, pp. 22-23). De forma crítica en cuanto a la atribución al INSS para la determinación de la contingencia de la que deriva la IT, incluso cuando la gestión corresponda a la Mutua, a partir de la STS de 26 de enero de 1998 (Sala General), véase DESDENTADO BONETE (2008, pp. 8-9). Esa atribución fue concedida a las Mutuas por el RD 428/2004, de 12 de marzo, pero fue rápidamente anulada por el RD 1041/2005, que devolvió al INSS la competencia para determinar la contingencia de la que se deriva la IT.

Conforme al artículo 71 de la LPL, es requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad gestora o la Tesorería de la Seguridad Social. Si la resolución hubiese sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá ante el órgano correspondiente de la entidad gestora o servicio común cuando resulte competente.

Como resultado de una enmienda, se incluyó la disposición adicional 19.<sup>a</sup>, que desarrolla esa regulación y establece que reglamentariamente deberá regularse el procedimiento administrativo de revisión, por el INSS y a instancias del interesado, de las altas que expidan las entidades colaboradoras en los procesos de incapacidad temporal. Este precepto, cuyo ámbito se limita a las contingencias profesionales por cuanto sólo en ellas tienen las Mutuas competencias para expedir el alta médica, no estaba incluido en el Proyecto de Ley y puede deberse a su discusión parlamentaria consecutiva a la revisión de las actuaciones del INSS en la concesión del alta médica, que pudo hacer consciente al legislador de la conveniencia de regular las situaciones de discrepancia del beneficiario con la calificación realizada por la entidad colaboradora (CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, 2008, p. 233). La consolidación del procedimiento administrativo que implica la disposición adicional 19.<sup>a</sup>, en la medida en que no es resolutivo, ya que después cabe la vía judicial —en la que rige la gratuidad—, entraña una demora en la resolución definitiva, mientras que lo decisivo es que la decisión se adopte rápidamente (DESDENTADO BONETE, 2008, p. 23), si bien se han señalado como posibles justificaciones la conveniencia de aportar un segundo diagnóstico en caso de ulterior planteamiento judicial y la de evitar la práctica de las Mutuas de expedir las altas para evitar costes (BLÁZQUEZ AGUDO, 2008, p. 57).

## **5. RECORTES EN LA DURACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL: LA EXTINCIÓN DE LA IT POR EL TRANCURSO DEL PLAZO MÁXIMO**

El sistema de Seguridad Social debe atender como contingencias derivadas los supuestos en que el trabajador pierde su capacidad de trabajo de forma temporal o definitiva. Aunque para esa delimitación el elemento fundamental debe estar constituido por el reconocimiento médico, a través del pronóstico sobre la patología padecida, esa referencia se combina con presunciones según la duración de la afección, en las que se combinan inversamente la transitoriedad en la afección de la salud y temporalidad de la protección (CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO, 2008, p. 227 y MUÑOZ MOLINA, 2005, p. 29).

La LMSS, modificando el apartado 2 del artículo 131.bis LGSS, suprime la incapacidad permanente revisable a los seis meses que instauró la Ley 30/2005 y que daba lugar a un período de cobertura prestacional de hasta 27 meses (18 más 3 más 6). La regulación de la Ley 30/2005 suponía un tránsito automático entre la IT y la incapacidad permanente, invirtiendo el anterior procedimiento: el trabajador pasaría a estar en incapacidad permanente, en lugar de estar en IT, mientras no se pudiera calificar su estado como de incapacidad permanente y ello aunque la incapacidad permanente se revisase rápidamente (BLASCO LAHOZ y PYÑEIROA DE LA FUENTE, 2008, p. 37). La nueva norma dispone que, cuando se extinga la situación de IT por el



transcurso del plazo de 18 meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de 3 meses, al incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

No obstante, añade, en aquellos casos en los que sea preciso la continuidad del tratamiento médico por la expectativa de recuperación o mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, el INSS podrá demorar dicha calificación, pudiendo retrasarse por el período preciso hasta un máximo de 24 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal, es decir, seis meses tras la extinción de la incapacidad temporal. Esta prórroga excepcional de la incapacidad temporal está conectada con la previsión contenida en el artículo 136.1 de la LGSS, que exige para declarar la situación de incapacidad permanente que se hayan agotado las posibilidades terapéuticas de recuperación de la capacidad funcional del trabajador, de forma que cuando sean precisos tratamientos prolongados se pueda permanecer en situación de incapacidad temporal hasta dos años. De esta forma la LMSS pone fin a la vigencia de la declaración provisional de incapacidad permanente que se establecía en la Ley 30/2005 y reincorpora la «segunda prórroga» proveniente de la reforma de 1994 de la antigua incapacidad laboral transitoria<sup>(18)</sup>.

De esta manera la LMSS vuelve al criterio de la demora en la calificación que provenía de la citada Ley 42/1994, en lugar de esa «incapacidad permanente anticipada» que había merecido la crítica mayoritaria de la doctrina y que planteaba numerosos interrogantes sobre el cálculo de la base reguladora, determinación del momento en que debe concurrir el período preceptivo de carencia, etcétera (FERNÁNDEZ ORRICO, 2006). No obstante, ha tenido lugar un recorte sustancial del conjunto de la prestación de incapacidad temporal más la prórroga de sus efectos, desde los 12 meses anteriores a los seis de la LMSS o, lo que es lo mismo, desde una situación en la que se permitía la prórroga de los efectos de la incapacidad temporal desde los 30 meses desde su inicio (27 desde la Ley 30/2005) hasta los 24 meses. Recuérdese que entre la antigua incapacidad laboral transitoria y la invalidez provisional, que fueron sustituidas la primera por la incapacidad temporal y eliminada la segunda, por la Ley 42/1994, la duración alcanzaba los seis años. Desde el punto de vista de la técnica jurídica la LMSS reitera el error de la Ley 30/2005 de mezclar el concepto y contenido de la IT con su duración, contribuyendo así a la falta de claridad en la materia de la LGSS, mientras que hubiera sido preferible que la duración general —es decir, los 12 meses— se contuviese en el concepto de IT y que la ordenación de las prórrogas se contuviese en un precepto independiente<sup>(19)</sup>.

---

(18) Esta segunda prórroga ha sido denominada «contingencia sin nombre» y responde al tránsito entre contingencias. Sin embargo, además de haber experimentado una escasa utilización, carece de una ordenación jurídica propia. Su escasa ordenación ha perdido vigencia con la derogación operada por la Ley 30/2005, por lo que es necesaria una nueva regulación (SEMPERE, TORTUERO, MARTÍN y GARCÍA, 2007, pp. 96-97).

(19) *Ibid.*, (p. 87). Los autores añaden que la mala técnica utilizada se agrava por la incorporación a la LGSS del procedimiento administrativo que regula el desacuerdo entre las diferentes instancias, incluido el trabajador, que pudiera deberse a la voluntad de no acomodar la normativa reglamentaria existente (el RD 575/1997 y las Órdenes de 19 de junio de 1997 y de 18 de septiembre de 1998), convirtiéndose así la LGSS en una ley reglamentista.



Quizá es cierto que, como señalan CARDENAL CARRO y HIERRO HIERRO (2008, p. 230, citando a J.I. GARCÍA NINET), el conjunto de los progresos médico-farmacéuticos y técnicas rehabilitadoras y recuperadoras permiten reducir el período previo a la calificación de la incapacidad permanente, en el grado que corresponda, y que 24 meses sea tiempo suficiente —al menos, en muchos casos— para valorar el carácter temporal o definitivo de las dolencias, impedimentos o patologías. Sin embargo, es muy posible que la reiterada voluntad del legislador de reducir esos plazos esté conectada con que, en la mayoría de los casos, la prestación de incapacidad permanente que va a sustituir, en su caso, al subsidio de incapacidad temporal va a ser de cuantía inferior (indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades si la incapacidad permanente lo es en el grado de parcial; pensión de un 55 por 100 de la base reguladora si lo es en el grado de total; es similar si la incapacidad permanente total es del tipo de las llamadas cualificadas, en cuyo caso el porcentaje es del 75 por 100, y sólo es mayor en los grados de absoluta y gran invalidez).

Además, el período de carencia para acceder a la incapacidad permanente es más amplio que el requerido para la IT (en ambos casos cuando se deban a enfermedad común), lo que puede dar lugar a una extinción más pronta de la cobertura. Por otra parte, no es menos cierto que la tendencia de muchos trabajadores a acogerse a la prestación de IT está relacionada con dos fenómenos. Uno consiste en la dureza de la entidad gestora para reconocer la contingencia de incapacidad permanente o a reconocerla en el grado más bajo posible. El segundo se debe a la característica de elevadísima temporalidad del mercado de trabajo español, que da lugar a que la acogida a la IT sea vista como un elemento de defensa frente al riesgo de pérdida del trabajo.

### III. INCAPACIDAD PERMANENTE

#### 1. INTRODUCCIÓN

Comparativamente con otras prestaciones sociales, el gasto en prestaciones monetarias por incapacidad permanente (IP) en España es próximo a la media de la Unión Europea. Según el sistema de estadísticas integradas de protección social de la UE, SEEPROS, la función discapacidad incluye la pensión por discapacidad, las pensiones por jubilación anticipada, las ayudas por cuidados personales y las ayudas para la integración económica de las personas discapacitadas. Para el conjunto de esta función discapacidad, entre los años 1990 y 2003 la importante distancia en el gasto medio en proporción al PIB entre España y la UE-15 no sólo se ha mantenido sino que incluso ha aumentado: mientras que en esos años en la UE-15 representaba en torno al 2,1 por 100 del PIB, en España, tras un pequeño aumento, el porcentaje se redujo a partir de 1995 hasta el 1,4 por 100 en 2003, superando sólo en ese año a Grecia e Irlanda. Si se mide en unidades de poder de compra (upc) por habitante, la distancia es asimismo llamativa, ya que frente a las 300,7 de España en el 2003, en la UE-15 el gasto era de 523,4 upc en la UE-15 y de 459,8 en la UE-25.

La distancia es menor en el componente de «pensión por discapacidad», que equivale a las pensiones de incapacidad permanente (IP) de España. En efecto, en el año 2003 el gasto público en esta pensión en España equivalía a 243,6 upc por habitante, inferior en 58,9 upc respecto a la UE-15. Además, entre 1990 y 2003 el gasto creció a un ritmo similar al promedio de la UE-15, habiéndose reducido ligeramente el déficit, que en 1990 era de 60,9 upc. Sin embargo, el conjunto de las otras prestaciones monetarias destinadas a los discapacitados (sin incluir las pensiones por jubilación anticipada) era casi cuatro veces inferior en España respecto al promedio de la UE-15 (España = 30,9 upc por habitante frente a los 121 de la UE-15), sin hablar del gasto en servicios de asistencia a discapacitados, en los que la distancia es mucho mayor aún <sup>(20)</sup>.

El número de pensiones por incapacidad ha aumentado durante los últimos años a un ritmo más elevado que el de las pensiones de jubilación y su importe sigue siendo considerablemente más elevado en las pensiones de incapacidad que en las de jubilación, a pesar de que en los años 2006, 2006 y 2007 estas últimas han experimentado incrementos superiores que las primeras.

La LMSS pretende consolidar la orientación «racionalizadora» de esta prestación, delimitando de forma más estricta las fronteras de la incapacidad permanente y reenviando, en su caso, la protección hacia la incapacidad temporal o la jubilación.

## **2. AMPLIACIÓN DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL Y REDUCCIÓN DEL ÁMBITO DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE**

Este proceso tiene lugar mediante la modificación ya comentada, que suprime la incapacidad permanente revisable a los seis meses que instauró la Ley 30/2005 y la sustitución por una regulación que dispone que, cuando se extinga la situación de IT por el transcurso del plazo de 18 meses, la calificación en situación de incapacidad permanente se demorará por el período preciso, hasta un máximo de 24 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal. Esta modificación entraña lo que se ha calificado como un acrecimiento de la prestación de IT a costa de la IP (OLARTE ENCABO, 2008, p. 156), si bien conviene tener en cuenta que, además de señalar que la duración total posible de la IT se ha reducido, contrariamente a lo que indica la citada autora puede producirse una reducción de la cobertura, por cuanto que las condiciones de acceso a la IP son más estrictas que las de la IT.

## **3. MODIFICACIÓN DEL PERÍODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN EXIGIBLE**

Hasta la LMSS, conforme al artículo 138.2 de la LGSS, cuando la incapacidad se deba a enfermedad común (no es necesaria cotización previa si se debe a accidente, laboral o no, o enfermedad profesional) los períodos exigibles dependían de la edad. La primitiva regla de la LGSS de 1974 fijaba una exigencia general de 1.800 días

---

(20) Todos los datos provienen de NAVARRO y REYNOLDS (2007, pp. 60-62).

en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha de extinción de la incapacidad laboral transitoria de la que se derivase la incapacidad permanente por enfermedad común. Esa regla se exceptuaba para los menores de 21 años, a los que se exigía una duración de las cotizaciones equivalente a la mitad de los días transcurridos desde la fecha de cumplimiento de los 14 años y la de iniciación de la incapacidad laboral transitoria, más el período máximo de ésta.

A fin de contener el gasto, la Ley 26/1985 fijó las reglas sobre la carencia exigible, que han estado en vigor hasta la LMSS y que elevaron considerablemente los períodos de cotización exigibles, manteniéndose el tratamiento diferenciado para los trabajadores más jóvenes. Esta reforma suavizó la carencia para estos trabajadores pero empeoró notablemente el acceso de los de más edad. Conforme al artículo 138.2 de la LGSS, cuando la incapacidad permanente se derivaba de enfermedad común, para los menores de 26 años de edad se requería haber cotizado la mitad del tiempo transcurrido desde el cumplimiento de los 16 años hasta la fecha del hecho causante de la incapacidad. Para los mayores de 26 era necesario que la duración de la cotización fuera de al menos un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha de cumplimiento de los 20 años y la fecha del hecho causante, pero con un mínimo de cinco años (carencia genérica) y con la condición de que, al menos, la quinta parte del período exigible estuviese comprendida en los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante (carencia específica).

Como excepción, cuando la incapacidad permanente por enfermedad común se calificase en el grado de parcial, se seguía —y sigue— manteniendo el período de 1.800 días comprendidos en los diez años anteriores a la fecha de extinción de la IT de la que se derive la IP, que en el caso de los menores de 21 años se reducía al período equivalente a la mitad de los días transcurridos entre la fecha de cumplimiento de los 16 años de edad y la de iniciación de la IT, más el período máximo teórico de la IT. La última regla concernía a la posibilidad de acceder a la pensión de incapacidad permanente en los grados de absoluta o gran invalidez desde situaciones de no alta, en cuyo caso la cotización exigible se elevaba a quince años, de los que tres debían estar comprendidos en los diez años anteriores al hecho causante (artículo 138.3 de la LGSS).

La LMSS, modificando el citado artículo 138.2, cambia la referencia al disponer que los menores de 31 años deberán haber cotizado un mínimo de un tercio del período comprendido entre la fecha del cumplimiento de los 16 y la fecha del hecho causante. Para quienes tuviesen cumplidos 31 años en la fecha del hecho causante, se mantiene el período de carencia que era aplicable a los mayores de 26 años con anterioridad a la reforma de la LMSS. Esta modificación supone reducir el tiempo de cotización exigible especialmente para los menores de 26 años (para los que la reducción alcanza un tercio). La modificación legal, sin duda, está relacionada con el elevado nivel de desempleo en este tramo de edad así como con la demora en el inicio de la actividad profesional, que daba lugar a importantes dificultades para acceder a la incapacidad permanente por contingencias comunes entre los trabajadores y trabajadoras más jóvenes. En el siguiente cuadro se puede apreciar las diferencias en el período exigible entre la anterior regulación y la instaurada por la LMSS.

**CUADRO 2**

**MENORES DE 31 AÑOS. PERÍODOS DE CARENCIA EXIGIBLE.  
PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE**

Edad	Período anterior	Nuevo	Diferencia
16 años	—	—	—
17 años	6 meses	4 meses	2 meses
18 años	12 meses	8 meses	4 meses
19 años	18 meses	12 meses	6 meses
20 años	24 meses	16 meses	8 meses
21 años	30 meses	20 meses	10 meses
22 años	36 meses	24 meses	12 meses
23 años	42 meses	28 meses	14 meses
24 años	48 meses	32 meses	16 meses
25 años	54 meses	36 meses	18 meses
26 años	60 meses	40 meses	20 meses
27 años	60 meses	44 meses	16 meses
28 años	60 meses	48 meses	12 meses
29 años	60 meses	52 meses	8 meses
30 años	60 meses	56 meses	4 meses
31 años	60 meses	60 meses	-

Así pues, la modificación legal es doble. Por una parte, se eleva la edad, de 26 a 31 años, a la que se aplica el criterio diferenciado en relación con el general. Por otra parte, el aumento del período de cotización exigible pasa a ser más lento, ya que pasa de aumentar la mitad a un tercio del período entre la fecha de cumplimiento de los 16 años y la fecha del hecho causante. En el caso del tramo de edad de 26-30 años, la mejora se deriva de la supresión del anterior período mínimo exigible de 5 años. El mantenimiento de una mayor progresión de la carencia entre los menores de 31 años en relación con los mayores de edad se basa en la presunción legal de que la incapacidad permanente por enfermedad común se concentra entre los trabajadores de más edad (ROQUETA BUJ, 2008, p. 48).

**4. MODIFICACIÓN DE LA CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN**

Según la regulación precedente a la LMSS, la cuantía de la prestación dependía del grado de la incapacidad y de la base reguladora. La Ley 26/1985 procedió a la extensión del período de cálculo de las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad común —así como de las de jubilación— para las que pasó de las cotizaciones de los dos años últimos a los ocho años últimos, si bien, para los seis años anteriores

a los dos últimos, las bases de cotización se revalorizaban conforme a la evolución del Índice de Precios al Consumo desde cada uno de los meses hasta el mes 25.º anterior al hecho causante. Esa ampliación, presentada con el argumento de impulsar la contributividad y la relación entre cotizaciones y prestaciones, tenía por objetivo evidente la reducción de la cuantía de las pensiones, lo que de hecho se produjo<sup>(21)</sup>.

En relación con el grado, la incapacidad permanente daba derecho a una cantidad a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora si la incapacidad era parcial y pensiones resultantes de aplicar a la base reguladora un porcentaje que variaba según el grado de la pensión: el 55 por 100 si es total, 100 por 100 si la incapacidad es absoluta y 150 por 100 para la gran invalidez. La base reguladora depende del grado y de la contingencia de la que se deriva (enfermedad común, accidente no laboral o accidente de trabajo/enfermedad profesional). No dependía de la duración de los años cotizados, siempre que se cumpliesen los períodos mínimos antes señalados, lo que tiene dos implicaciones en relación con la jubilación: a) una mayor facilidad de acceso, ya que como mucho se requieren 11 años de cotización (si se deriva de enfermedad común y se tienen 64 años de edad), mientras que para la jubilación son necesarios 15 años; b) En el caso de la incapacidad absoluta o la gran invalidez, una mayor cuantía de la pensión si se dispone de cotizaciones inferiores a 35 años, ya que esas duraciones no van a repercutir en la pensión de incapacidad, mientras que sí reducirían la pensión de jubilación.

El Acuerdo de 2006 y la nueva regulación están inspirados en precedentes comunitarios. En efecto, en aplicación del Método Abierto de Coordinación (MAC)<sup>(22)</sup>, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales presentaba ante el Comité de Protección Social de la UE el *Informe de estrategia de España en relación con el futuro del sistema de pensiones* de julio de 2005. En ese Informe se anunciaba que el Gobierno plantearía en la «Mesa de Seguridad Social», entre otras medidas, que «la cuantía de la pensión de incapacidad permanente, cuando se derive de una enfermedad común, se determine modulando la misma de acuerdo a los años cotizados, considerándose como tales los

---

(21) Entre 1985 y 1988 tuvo lugar una disminución de la participación del gasto en pensiones sobre el PIB de más de medio punto entre 1985 y 1988, no recuperándose hasta 1990 el porcentaje de 1985 (DE LA FUENTE LAVÍN, 2006, pp. 190-191).

(22) El MAC fue impulsado y definido en el Consejo de Lisboa, en marzo de 2000 —aunque el concepto en sentido material proviene del Consejo de Luxemburgo de 1997, con la definición de las directrices sobre el empleo—, con el objetivo de impulsar la coordinación o incluso la convergencia en materias en las que la UE no tiene competencias o se exige la unanimidad para ejercerlas y no dispone de legitimidad fuerte para actuar. Se aplica, además de a la protección social, a las materias de la sociedad de la información y la política de investigación, la política de la empresa, la política educativa y de formación profesional y a la lucha contra la exclusión social. En septiembre de 2002 los Estados miembros presentaban los primeros *Informes de estrategia nacional*, a los que se atribuyen los objetivos de definir las *buenas prácticas* y las *aproximaciones innovadoras*. Tras una evaluación conjunta de esos informes por los Comités de Política Económica y de Protección Social, en marzo de 2003 se aprobaba el primer *Proyecto de informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre unas pensiones viables y adecuadas*. El 27 de febrero de 2006 se aprobaba el segundo *Proyecto de informe conjunto sobre pensiones viables y adecuadas* (COMISIÓN EUROPEA, 2006), que partía del análisis de los segundos informes nacionales de estrategia elaborados por los Estados miembros en el 2005, entre los que se encuentra el citado de España.

que restan hasta la edad ordinaria de jubilación, a fin de evitar que se convierta en una «puerta falsa» de acceso al Sistema para quienes no reúnan los períodos de carencia». Esta medida se inscribe en la orientación de los Estados miembros, impulsada por la Comisión Europea, de endurecer los requisitos de acceso a las pensiones de invalidez, como se recoge en el Informe de la Comisión Europea (2006, p. 27) que constata que «han sido reexaminados los regímenes de invalidez, de enfermedad y de incapacidad», con el objetivo de excluir otras posibilidades de salida del mercado de trabajo.

Aunque el Acuerdo de 2006 iniciaba su referencia a esta pensión diciendo que las medidas acordadas tienen por objetivo la «mejora» de su regulación, la verdadera finalidad se apunta cuando a continuación se señala que se pretende «evitar que se convierta en una vía de acceso a la protección para las carreras de cotización insuficientes», infringiendo así el reforzamiento de la contributividad o relación entre cotizaciones y prestaciones que ha sido objeto de varias Recomendaciones del Pacto de Toledo.

La nueva regulación la LMSS, dando nueva redacción a los apartados 1 y 3 del artículo 140 de la LGSS, concierne a las pensiones de incapacidad permanente total y absoluta cuando se deriven de enfermedad común, es decir, no afectan a la incapacidad permanente parcial, que se sigue compensando mediante una indemnización a tanto alzado, ni a los grados de total y absoluta cuando se deriven de accidente no laboral y de contingencias profesionales. Cuando la incapacidad se derive de enfermedad común<sup>(23)</sup>, a la base reguladora se aplicará el porcentaje establecido para la jubilación, en función de los años de cotización, añadiéndose a los años realmente cotizados los años que falten a la persona interesada para cumplir los 65 años, en la fecha del hecho causante, para cumplir 65 años de edad. Esta regulación, similar a la de varios países comunitarios<sup>(24)</sup> como Alemania, Austria e Italia, y que en España se aplica al Régimen de Clases Pasivas, tiene por objetivo evitar que con períodos de corta y tardía duración se consigan pensiones de importe similar a las que se alcanzan

---

(23) Se mantiene sin modificación el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de accidente no laboral y de contingencias profesionales. En el primer caso, cuando se acceda a la incapacidad permanente desde una situación de alta, la base reguladora resulta de dividir por 28 la suma de las bases de cotización por contingencias comunes de las 24 mensualidades más favorables en un período ininterrumpido en los siete años precedentes a la fecha en que se origine el derecho a la pensión. Si se accede desde una situación de no alta la base reguladora equivale a la suma de las bases de cotización de los 96 meses anteriores al hecho causante dividida por 112, de las que las 24 últimas se computan por su valor nominal y las restantes bases se actualizan conforme a la evolución del IPV. Cuando se derive de contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional), la base reguladora es equivalente al salario real, calculado conforme a las reglas del derogado Reglamento de accidentes de trabajo de 1956 (disposición adicional 11.ª del RD 4/1998). En particular, la exclusión del accidente no laboral en la nueva forma de cálculo pone de relieve que, dentro de la tendencia al tratamiento más desfavorable de las contingencias comunes en relación con las profesionales que se manifiesta en otras prestaciones por la LMSS, la «enfermedad común» se trata como especialmente «sospechosa» (LÓPEZ GANDÍA, 2008, p. 22).

(24) Conforme al Reglamento comunitario de coordinación 1408/1971, la regulación previa a la LMSS, conforme a la cual la cuantía de la pensión de incapacidad permanente era independiente del período de cotización, era del tipo A, mientras que la de esta última pasa a ser del tipo A. Sobre las reglas de estos Reglamentos para unos y otros tipos de regulaciones de incapacidad permanente, véase LÓPEZ GANDÍA (2008, pp. 24-28).



con duraciones más elevadas. El importe resultante constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá que aplicar el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido. Como producto de la nueva regulación se atenúan las diferencias entre los grados total y absoluta de la incapacidad permanente, ya que la carrera asegurativa que repercute en la base reguladora puede ser más decisiva en la cuantía de la prestación que el porcentaje derivado del grado invalidante, o, al menos neutralizar su efecto (LÓPEZ GANDÍA, 2008, p. 21).

Aunque la LMSS no precisa si las fracciones de año se consideran como cotizados, la respuesta positiva parece lógica, habida cuenta de que ese procedimiento se aplica a la pensión de jubilación y el objetivo de la reforma es aproximar el método de cálculo de la pensión de incapacidad permanente por contingencias comunes a la pensión de jubilación (PANIZO ROBLES, 2008a, p. 27, nota 77). Si el período cotizado es inferior a 15 años, período mínimo para acceder a la pensión de jubilación, el porcentaje aplicable será el 50 por 100, es decir, el porcentaje correspondiente a la cotización mínima exigible para la jubilación. Como señala LÓPEZ GANDÍA (2008, p. 15), esta equiparación con la jubilación obvia que la incapacidad permanente, aunque sea por contingencias comunes, está más ligada al riesgo y esa medida puede traer consigo la infraprotección de trabajadores afectos a una incapacidad permanente total, que experimentan importantes dificultades para volver o mantenerse en el mercado de trabajo, especialmente si son de edad avanzada (LILLO PÉREZ, 2008, p. 244).

Los efectos de la reforma se producen en afiliaciones posteriores a los 30 años de edad. Por otra parte, se ha señalado que el juego de los años de cotizaciones ficticias puede dar lugar a que, en determinados casos, dependiendo de la edad de la persona incapacitada, la cuantía de la pensión sea inferior para quien tenga más años de cotizaciones reales (GARCÍA ROMERO, 2007, p. 78). Por ejemplo, a una trabajadora con 52 años de edad y 17 años de cotización se le aplicaría un porcentaje del 90 por 100, que resulta de la imputación de 30 años de cotización, de los que 17 son reales y se le atribuyen 13, por ser 13 los años que le faltan para cumplir 65 años. Sin embargo, a un trabajador con 40 años de edad y 16 años de cotización (uno menos que el anterior), se le aplicaría un porcentaje del 100 por 100, que resulta de la atribución de 41 años de cotización, de los que 16 serían reales y 25 provenientes de los años que le faltan para cumplir los 65 años. Otro elemento de crítica consiste en la no fijación de una regla general de extensión a la incapacidad permanente de los períodos cotizados que se utilizan para la pensión de jubilación, tales como las cotizaciones presuntas atribuidas por la afiliación al extinto Mutualismo Laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967, las correspondientes a la percepción de prestaciones que incluyen la cotización para jubilación (subsidio de desempleo), etcétera. Ante la ausencia de esa regla y la limitación de la remisión a la escala prevista en el artículo 163.1 de la LGSS, es obligado realizar un recorrido analítico por la LGSS y sus normas de desarrollo para determinar el cómputo de las cotizaciones a efectos de la incapacidad permanente<sup>(25)</sup>.

---

(25) Véase en LÓPEZ GANDÍA, 2008, pp. 17-22, un análisis de las cotizaciones computables en los distintos supuestos (duración íntegra de la IT, períodos de reducción de jornada y excedencia, por maternidad biológica, suspensión del contrato por víctima de violencia de género, bonificaciones por



A fin de atenuar el impacto del nuevo sistema de cálculo en los procesos de incapacidad permanente que provengan de IT, siguiendo lo que se dispone en el Acuerdo de 2006, el artículo 2.5 de la LMSS incluye una nueva disposición transitoria, la decimosexta, que establece que en ese caso serán de aplicación las normas vigentes antes de la fecha de entrada en vigor de la LMSS, requiriéndose que el hecho causante de la IT (el parte médico de baja) sea posterior a la LMSS, regulación que plantea la duda de si la no aplicación de la nueva normativa exige que haya habido dictamen propuesta de exclusión o si también pueden excluirse en los casos en los que no haya habido IT anterior o que, incluso habiéndola habido, no haya existido dictamen propuesta por haberse reconocido a solicitud del interesado <sup>(26)</sup>.

## **5. NUEVO IMPORTE MÍNIMO PARA LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL DERIVADAS DE ENFERMEDAD COMÚN**

Para evitar la reducción excesiva en los supuestos de incapacidad permanente total en que concurren períodos cortos de cotización, afiliaciones tardías y bases de cotización reducidas, se fija un importe mínimo para este grado de incapacidad. Así, el artículo 2.2 de la LMSS introduce un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 139 de la LGSS, disponiendo que la cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común <sup>(27)</sup> no podrá resultar inferior al 55 por 100 de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, en términos anuales, vigente en cada momento, lo que supone que en el año 2008 el importe mínimo de la pensión de incapacidad permanente total no puede ser inferior a 329,95 euros. Mientras no tenga lugar un desarrollo de este precepto, hay que entender que la cuantía garantizada es independiente del incremento del 20 por 100 de la incapacidad permanente total cualificada (LÓPEZ GANDÍA, 2008, p. 23).

---

trabajos penosos, tóxicos o peligrosos...). Especialmente relevante e injustificada, dada la aproximación con la jubilación, resulta la omisión de la cotización durante la percepción de subsidios de desempleo, notablemente el de mayores de 52 años.

(26) A juicio de LÓPEZ GANDÍA (2008, p. 16), para resolver esta cuestión «lo decisivo será señalar el momento en que las dolencias estaban consolidadas», aunque el hecho causante haya tenido lugar en otra fecha diferente. Asimismo considera que cuando se inicie un proceso de IT después de haber transcurrido al menos seis meses desde la finalización de períodos anteriores y que dé lugar a la calificación de incapacidad permanente, la expresión de la LMSS de «que provengan de incapacidad permanente», para la exclusión de su aplicación, debe entenderse en sentido amplio, no limitado al último que sea posterior a la LMSS, por lo que «aunque técnicamente den lugar a nuevas IT (...) debe considerarse como un mismo proceso a estos efectos».

(27) La exclusión de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral para la fijación del mínimo de pensión pudiera estar relacionada con el tratamiento más favorable en cuanto a la base reguladora, en relación con las pensiones derivadas de enfermedad común. En efecto, el cálculo de la base reguladora de la IP que se derive de accidente no laboral se establece en una regulación anterior a la Ley 26/1985 (artículos 15 de la Orden de 15 de abril de 1969 y 5.4 del RD 1799/1985, de 2 de octubre), que establece que ésta se calcula en base a las cotizaciones más favorables de los 24 meses en los últimos siete años anteriores al hecho causante, en lugar de los períodos más amplios aplicables cuando la IP se deba a enfermedad común (en general ocho años), convierte en menos necesaria la fijación de un mínimo en estos casos.

En el año 2005, a través de la Ley 2/2004, de 30 de diciembre, LPGE para 2005, se asignó un complemento de garantía de mínimos a las pensiones de incapacidad permanente total «cualificada» de los beneficiarios de 60 a 64 años, pero seguían sin complemento de mínimos quienes, por no tener 55 años, no podían acceder a esa situación de incapacidad permanente total «cualificada», aunque no tuviesen una edad comprendida entre 55 y 59 años. El Acuerdo de 2006 disponía la extensión, «de forma paulatina», de los complementos de mínimos a los pensionistas de incapacidad permanente total cualificada menores de 60 años que reúnan los requisitos, que legal y reglamentariamente se establezcan.

La reforma de la LMSS colma ese vacío pero en términos limitados. La disposición adicional 1.ª de la LMSS dispone que en el cuadro de las cuantías mínimas anuales de las pensiones de modalidad contributiva que se recoja en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, se establecerán importes mínimos para las pensiones de incapacidad permanente total, sea cual sea la contingencia de la que se derive, para los beneficiarios que tengan una edad inferior a 60 años. No obstante, obsérvese que este importe mínimo no tiene la consideración jurídica de pensión mínima, por lo que el acceso al complemento correspondiente no está restringido a las condiciones de ingresos aplicables con carácter general a los complementos de mínimos. La Ley de Presupuestos para el 2008 no ha utilizado esa posibilidad, al no contemplar importes mínimos para las pensiones de incapacidad permanente total cualificada de los menores de 60 años.

## 6. EL COMPLEMENTO DE GRAN INVALIDEZ

Hasta la LMSS, la persona incapacitada que precisaba el cuidado de una tercera persona para los actos esenciales de la vida ordinaria tenía derecho, además de a la pensión fijada para la incapacidad permanente (normalmente la absoluta, aunque también podía ser la total)<sup>(28)</sup> a un complemento del 50 por 100 de la base reguladora de la correspondiente pensión, que estaba destinado a compensar los gastos derivados del cuidado de esa tercera persona, de forma que desaparecía cuando tenía lugar un internamiento en una institución de la Seguridad Social. Esta solución era criticada por la diferencia que introducía en el complemento, ya que si la finalidad del complemento es compensar los gastos ocasionados por la persona que atiende

---

(28) Hay que recordar que la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), estableció en su disposición final 5.ª que «la gran invalidez no implica necesariamente la incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo». Esa disposición fue derogada por el apartado g.2 de la disposición derogatoria única de la LGSS de 1994, que limitaba el acceso al complemento de gran invalidez a quienes se encontrasen en situación de incapacidad permanente absoluta, la jurisprudencia ha venido manteniendo el criterio de la no exigencia para acceder a la gran invalidez de la declaración previa de incapacidad permanente absoluta. La nueva redacción del apartado 4 del artículo 139 de la LGG por la LMSS, en la medida en que dispone que el gran inválido tendrá derecho, además de «a una pensión vitalicia», al complemento de gran invalidez, permite concluir que tal pensión puede ser tanto la absoluta como la total (PANIZO ROBLES, 2008b, p. 25), con lo que habría tenido lugar un restablecimiento implícito de la mencionada disposición de la LISMI.

a la persona discapacitada, no es procedente que ese complemento fuese de cuantía diferente, por lo que se reclamaba que fuera de cuantía fija.

El Acuerdo de 2006 proponía la corrección parcial de esa regulación, fijando su importe en el resultado de sumar al 50 por 100 de la base mínima de cotización vigente (igual para todos los pensionistas), el 25 por 100 de la base cotización correspondiente al trabajador. Habida cuenta de la escasa cuantía de base mínima de cotización, esta solución, aunque formalmente es más equitativa, supone una reducción de la cuantía para la mayoría de las personas interesadas, ya que la adición de los dos sumandos es, de media, inferior al anterior 50 por 100.

La LMSS, modificando el artículo 139.4 de la LGSS y corrigiendo el Acuerdo de 2006 (a través de la aprobación de una enmienda objeto de transacción sobre la presentada por Convergencia i Unió), dispone que la cuantía del complemento de las pensiones de gran invalidez será el resultado de sumar dos cantidades. La primera, fija y común, constituida por el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante. Si la incapacidad permanente se deriva de contingencias comunes, la base mínima será la correspondiente al grupo de cotización del trabajador, ya que en otro caso la ley debiera haber dicho la base mínima de todas las existentes (ROQUETA BUJ, 2008, p. 66)<sup>(29)</sup>.

Una segunda parte variable, por el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la situación de incapacidad permanente. Ha sido criticada la fórmula legal, en el sentido de que hubiera sido preferible que el término de referencia hubiese sido la base reguladora, a fin evitar las variaciones aleatorias y las fraudulentas que suponen «dejar en manos del azar o de la casualidad la determinación de una parte significativa de la prestación» (ROQUETA BUJ, 2008, p. 67; en sentido similar, LÓPEZ GANDÍA, 2008, p. 23).

Esta fórmula se aparta, pues, de la pretendida voluntad igualitaria que se proponía, más aún cuando, en el último párrafo del apartado 4, se precisa que, en ningún caso, el complemento podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, sin complemento, por el trabajador. La nueva regulación mejora el complemento para quien haya cotizado por bases reducidas, mientras que lo reduce para quienes hayan cotizado por bases elevadas, en cuyo caso entrará en juego el citado límite de garantía del 45 por 100 de la pensión de incapacidad. Lo escaso de la diferencia, en relación con la regulación anterior (5 puntos menos, del 50 por 100 al 45 por 100), permite plantear si, desde el punto de visto práctico, está justificada la complicación introducida por la LMSS (LÓPEZ GANDÍA, 2008, p. 23).

La regulación de la LGSS se ha visto afectada por la implantación del sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia. Sin embargo, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LD), no ha corregido

---

(29) Otra posición se mantiene por LÓPEZ GANDÍA (2008, p. 23), quien considera que se trata de la base mínima general.

la inadecuación de la regulación de la gran invalidez, a pesar de su evidente conexión con la situación de dependencia. Son especialmente flagrantes las inadecuaciones consistentes en la expulsión que realiza el legislador (artículo 137.6) en el alcance subjetivo (en general, a los mayores de 65 años) y la jurisprudencia (el Tribunal Constitucional, en la STC 149/2004, de 20 de septiembre, ha declarado constitucional esa exclusión de los mayores de 65 años) y en la carencia de una previsión legal de graduación de la dependencia protegible, de forma similar a lo que realiza la LD con la fijación de grados de dependencia<sup>(30)</sup>. La doctrina ha señalado que el complemento de gran invalidez y otras prestaciones de Seguridad Social en situaciones de dependencia (el complemento de concurso de otra persona en la invalidez no contributiva y la prestación por hijo a cargo minusválido mayor de 18 años) están configuradas como meros complementos prestacionales que sólo de forma indirecta y residual procuran protección a las situaciones de dependencia, por lo que ha concluido en la inconveniencia de proceder a su readaptación para una tutela integral de la dependencia homologable con los estándares comparados<sup>(31)</sup>.

El artículo 31 de la LD establece la incompatibilidad, o mejor dicho la concurrencia, que no incompatibilidad en sentido estricto, entre las prestaciones económicas correspondientes a la cobertura de la dependencia y las prestaciones de Seguridad Social que se reconocen por las situaciones de gran invalidez o por ayuda de tercera persona. Así, de la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006 se debe deducir el importe de cualquier prestación de naturaleza análoga y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social y, entre ellas, el complemento de gran invalidez. Esta incompatibilidad se ha regulado asimismo en el Decreto 727/2007, de desarrollo de la citada ley, para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones. Como se ha señalado por varios autores, el establecimiento de reglas especiales de concurrencia entre las prestaciones del sistema de protección de la dependencia y las prestaciones de incapacidad (y las de jubilación y viudedad) implican importantes restricciones al ámbito de aplicación de la prestación de dependencia, que se limita así a los supuestos en los que las personas afectadas no cumplan las condiciones de acceso a las prestaciones del sistema, mientras que de lo que se debiera tratar no es de cubrir las deficiencias de los niveles contributivo o no contributivo, sino atender al nuevo riesgo social de la dependencia (BARCELÓN COBEDO y QUINTERO LIMA, 2005, p. 28; DÍAZ, GONZÁLEZ, GRANADOS y TOMÁS, 2008, p. 1300).

Finalmente, se señala que, con la supresión del segundo párrafo del artículo 139.4 de la LGSS, ya no es posible la sustitución, a petición del gran inválido o de su representante legal, del complemento de la pensión por el alojamiento del gran

---

(30) ORDEIG FOS (1993, pp. 336-337) sugería la conveniencia de prever una gradación mayor de la gran invalidez, estableciendo un sistema de prestaciones flexibles ajustadas a la concreta situación del inválido.

(31) Véase, entre otros, un análisis de la inadecuación de las prestaciones del sistema de Seguridad Social para la protección de la dependencia en DÍAZ, GONZÁLEZ, GRANADOS y TOMÁS (2008, pp. 1294-1299). Por BLASCO LAHOZ y PYÑEIROA DE LA FUENTE (2008, p. 57), se subraya la interrelación entre la consideración más o menos contributiva o asistencial de la gran invalidez con el grado de su protección proporcional o lineal y el carácter básico o complementario de ésta.

inválido en una institución asistencial pública financiada a cargo de los Presupuestos de la Seguridad Social. Sin duda, como resultado de la nueva regulación de acceso a los centros y servicios a las personas en situación de dependencia, desaparece la posibilidad, contenida en el artículo 139.4, 2.º párrafo, de la LGSS, de renunciar al complemento a cambio del alojamiento del gran inválido en una institución asistencial pública financiada por la Seguridad Social, ya que se traslada al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia el servicio de atención residencial<sup>(32)</sup>. En este sentido, la disposición adicional 9.ª de la LD, relativa a la «efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de gran invalidez y de necesidad de ayuda a tercera persona», prevé que «quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez (...) tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo de esta Ley», lo que implica que «la declaración de gran inválido comporta automáticamente la consideración de dependiente» (ROQUETA BUJ, 2008, p. 69). La disposición adicional 1.ª del RD 504/2007, de 20 de abril, que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, establece que a las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez se les reconocerá la situación de dependencia con el grado que se determine mediante la aplicación del baremo preceptivo, «garantizando en todo caso el grado 1 de dependencia moderada nivel 1».

#### **IV. BREVE VALORACIÓN**

Como señala LÓPEZ GANDÍA (2006, p. 234) en unas reflexiones sobre el Acuerdo de 2006 que son perfectamente extrapolables a la LMSS, la referencia de la Exposición de Motivos del Acuerdo al objetivo de conseguir un sistema de protección social más solidario y «eficiente» incurre en una manifiesta valoración economicista. Asimismo las referencias a la garantía de los niveles de cobertura se enmarcan en la necesidad de tener en cuenta «el equilibrio financiero y la compatibilidad de la Seguridad Social con la creación del empleo y la riqueza», lo que refleja una manifiesta subordinación de la Seguridad Social a los condicionamientos económicos. Sin perjuicio, además, de considerar que esos condicionamientos económicos son altamente discutibles, ya que el gasto en prestaciones de Seguridad Social no llega a compensar los procesos de distribución de la renta a favor de los beneficios y en contra de los salarios que han tenido lugar durante las últimas décadas y que han sido reconocidos por la misma Comisión Europea.

Las reformas en materia de incapacidad temporal merecen una valoración crítica. El aumento de la hegemonía del INSS es altamente criticable, por cuanto, aunque es cierto que supone un freno a la tendencia privatizadora consistente en el traspaso

---

(32) Desde enero de 2002 se había dejado de aplicar el artículo 139.4.2.º de la LGSS, en virtud del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas establecido por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que dispone que los servicios sociales cuya gestión esté transferida a las Comunidades Autónomas se financian de conformidad con el sistema de financiación autonómica que se encuentre vigente en cada momento y no a cargo del Presupuesto de la Seguridad Social.

de competencias en la gestión a las Mutuas, reafirma la primacía de la consideración del control del gasto en relación con el restablecimiento de la salud. Aunque la atribución de competencias al INSS para emitir altas y bajas médicas que dispone la LMSS se limita al período posterior a los doce meses del inicio de la incapacidad temporal, esta reforma abre la puerta a la reconsideración por posteriores reformas de la situación de los doce primeros meses, «consolidando» las atribuciones realizadas el RD 575/1997, la Ley 66/1997 y el RD 1117/1998, en el sentido de establecer también para ese plazo una regulación próxima a la que ahora se acuerda para el período posterior a los doce meses.

Sin perjuicio del carácter más importante de las reservas señaladas, la coordinación entre los servicios públicos y el INSS establecida por la LMSS se puede convertir en un procedimiento burocrático que atrase el acceso a la vía jurisdiccional. Desde el punto de vista conceptual es positiva la eliminación de la situación de incapacidad permanente impropia generada tras el agotamiento del período máximo de la incapacidad temporal de 18 meses que fue instaurado por la Ley 30/2005 y su sustitución por una demora en la calificación de la incapacidad permanente (la «segunda prórroga»), pero es restrictiva la reducción de la duración total de la prestación de los efectos de la incapacidad temporal de 30 a 24 meses.

En incapacidad permanente, merece una valoración favorable la mejora en el acceso a ésta por enfermedad común de los trabajadores y trabajadoras jóvenes (menores de 31 años). Es claramente restrictiva la regla general sobre cálculo de la pensión en función de los años cotizados, que supondrá que los trabajadores cuya carrera de seguro haya sido irregular vean reducidos de forma sustancial la cuantía de sus pensiones, sin que las garantías de pensión mínima sean suficientes para compensar los efectos que se desprenderán de esa regla. La equiparación con la jubilación ignora las características de la incapacidad permanente y supone una tendencia a una «contributivización» esquemática que ignora el papel solidario que debe desempeñar el sistema de Seguridad Social. Como señala LÓPEZ GANDÍA (2008, p. 29) hubiera sido más justa la equiparación con la jubilación valorando el esfuerzo contributivo al cumplir los 65 años, pero sin afectar a la base reguladora.

En el nuevo complemento de gran invalidez, la fórmula se ha quedado a medias de lo que se pretendía, en la medida en que utiliza criterios mixtos de tipo contributivo y asistencial. Hubiera sido lógico y progresivo fijar un complemento cuya cuantía fuese estrictamente igual para todas las personas discapacitadas (variando, en todo caso, en función del mayor o menor grado de dependencia), siempre que hubiera sido en una cuantía que compensase adecuadamente la dedicación que exige la atención a una persona gran inválida y, además, se contemplase la sustantividad de los cuidadores<sup>(33)</sup>. La fórmula retenida se queda a mitad de camino entre la situación precedente y una de plena igualdad y, en cuanto a la cuantía, aunque haría falta hacer

---

(33) Entre otras deficiencias de la regulación laboral y de Seguridad Social en la protección de los «cuidadores informales», por BLÁZQUEZ AGUDO (2008b) se indica que la percepción del complemento de gran invalidez por el incapacitado puede entrañar que éste decida contratar una atención



cálculos precisos, puede ser más elevado el número de personas perjudicadas por la nueva regla que el de beneficiadas.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TOVAR, J. (2002): «La evolución regresiva de la seguridad social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo», *Revista de Derecho Social*, núm. 19, pp. 19-51.
- BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G. (2005): «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social», *RTAS*, núm. 60, pp. 13-33.
- BLASCO LAHOZ, J.F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J. (2008): *La última reforma de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. (2008a): «Control administrativo de la IT: incremento progresivo», *El Graduado. Boletín informativo del Colegio de Graduados Sociales de Madrid*, núm. 56, pp. 12-17.
- (2008b): «El primer paso del RD 615/2007. Hacia la protección integral del cuidador informal», *El Graduado*, núm. 54.
- CARDENAL CARRO M. y HIERRO HIERRO, F.J. (2007): «Viajes de ida y vuelta en los retoques de la prestación de incapacidad temporal: ¿un paso más en la lucha contra el fraude recortando derechos, o un decidido avance en la eliminación de situaciones de desprotección», en Monereo, J.L. (dir.), *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Madrid, La Ley-Temas, pp. 201-247.
- DE LA FUENTE LAVÍN, M. (2006): *El sistema de pensiones en España. Evolución y perspectivas de futuro*, Granada, Comares.
- DÍAZ AZNARTE, M.T., GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., GRANADOS GÁMEZ, F. y TOMÁS JIMÉNEZ, N. (2008): «Prestaciones económicas en situaciones de dependencia», en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup> N., (dirs.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, pp. 1277-1301.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. (2006): «Un nuevo intento de control del subsidio de incapacidad temporal por Ley 30/2005 (de presupuestos para 2006)», *Aranzadi Social*, núm. 3, pp. 165-188.
- FERRANDO GARCÍA, F. (2007): «La Incapacidad Temporal», en AA.VV. (Cavas Martínez, F., dir., Rodríguez Pastor, G., coord.), *La Reforma de la Seguridad Social de 2007*, Murcia, Ed. Laborum, pp. 35-63.

---

profesionalizada o, incluso, recibir la asistencia de un familiar cuidador, pero sin abonar a éste ninguna percepción económica.



- GALIANA MORENO, J.M. (2007): «Antecedentes y contenido general de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», en Cavas Martínez, F. (dir.) y Rodríguez Pastor, G. (coord.), *La Reforma de la Seguridad Social de 2007*, Murcia, Ed. Laborum, pp. 19-33.
- GARCÍA ROMERO, B. (2007): «La Incapacidad Permanente», en Cavas Martínez, F. (dir.) y Rodríguez Pastor, G. (coord.), *La Reforma de la Seguridad Social de 2007*, Murcia, Ed. Laborum, pp. 65-93.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2006): «El Acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social», *Temas Laborales*, núm. 86, pp. 11-42.
- LILLO PÉREZ, E. (2008): «Algunas reflexiones sobre las líneas de tendencia de la reforma de la Seguridad Social», *Revista de Derecho Social*, núm. 41, pp. 239-248.
- LÓPEZ GANDÍA, J. (2006): «El Acuerdo de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social (luces y sombras)», *Revista de Derecho Social*, núm. 35, pp. 233-242.
- (2008): «La nueva forma de cálculo de la pensión de incapacidad permanente y sus relaciones con la jubilación», *Revista de Derecho Social*, núm. 41, pp. 11-29.
- MUÑOZ MOLINA, J. (2005): «*La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*», Pamplona, Thompson&Aranzadi.
- NAVARRO, V. y REYNOLDS, J. (2007): «La protección social de España en el contexto de la Unión Europea. Nuestras prestaciones deficitarias», en Navarro, V. (dir.), *La situación social en España/II*, Madrid, Programa de políticas públicas y sociales-UPF, Fundación Largo Caballero, Biblioteca Nueva, pp. 35-150.
- OLARTE ENCABO, S. (2007): «La reforma de la incapacidad permanente en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», en Monereo, J.L. (dir.), *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, La Ley-Temas, Madrid, pp. 249-306.
- ORDEIG FOS, J.M. (1993): *El sistema español de Seguridad Social*, 5.<sup>a</sup> ed., EDERSA, Madrid.
- PANIZO ROBLES, J.A. (2006): «El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de Urgencia)» (II), *Tribuna Social*, núm. 191, pp. 11-20.
- (2008a): «La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)», CEF-Trabajo y Seguridad Social, núm. 298, pp. 3-114.
- (2008b): «La modificación parcial de la regulación de las prestaciones de la Seguridad Social por incapacidad (Comentario a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)», *Tribuna Social*, núm. 210, pp. 12-28.
- PÉREZ ALONSO, M.A. (2008): «Incapacidad temporal y la incapacidad permanente en el Régimen General de la Seguridad Social. Aspectos laborales», en Pérez Alonso, M.A. y Rodríguez Pastor, G.E., *Nuevas prestaciones de Incapacidad Temporal, Incapacidad Permanente y Jubilación en el RGSS*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- RÍOS SALMERÓN, B. y FERRANDO GARCÍA, F. (2007): «La prestación por incapacidad temporal: equilibrio entre protección y control del fraude», *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, pp. 45-55.

- ROQUETA BUJ: «La Incapacidad permanente», en Sala Franco, T., Roqueta Buj, R., López Balaguer, M. y López Terrada, E. (2008): *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 31-69.
- SALA FRANCO, T. (2008): «La incapacidad temporal: visión crítica de su actual régimen jurídico», en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup>N., (dirs.), *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, pp. 795-800.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., TORTUERO PLAZA, J.L., MARTÍN JIMÉNEZ, R. y GARCÍA VIÑA, J. (2007): *Hacia un nuevo modelo de gestión de la Incapacidad Temporal*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, <http://www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/binario/097542.pdf>.
- TORTUERO PLAZA, J.L. (1999): «Las Mutuas y la Incapacidad temporal», *Tribuna Social*, núm. 100, pp. 22-31.
- «Las cuestiones competenciales en la incapacidad temporal: la enésima reforma del 2006», en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.<sup>a</sup>N., (dirs.) (2008): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, Granada, pp. 801-822.