



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**CONSECUENCIAS PATRIMONIALES
DERIVADAS DE UNA DISCAPACIDAD EN EL
ÁMBITO FISCAL, LABORAL Y SUCESORIO**

Trabajo de fin de grado, Grado en Derecho, 4º curso

Curso 2020/2021

Autora: Raquel Sánchez Martínez

Tutor: Ricardo Ron Latas

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
ANTECEDENTES DE HECHO.....	6
1 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE FALSO AUTÓNOMO Y POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA.....	7
1.1 CONCEPTOS BÁSICOS: EL FALSO AUTÓNOMO.....	7
1.2 ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN LABORAL	9
1.3 RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA	14
2 ¿PUEDE PABLO ACUMULAR LAS TRES PRETENSIONES EN UN MISMO PROCEDIMIENTO?.....	16
2.1 ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES	16
2.2 SOBRE LA ACUMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES	17
3 ¿ES COMPATIBLE LA GRAN INVALIDEZ CON CIERTA AUTONOMÍA DE LA PERSONA?.....	18
3.1 LA GRAN INVALIDEZ.....	18
3.2 CONCLUSIONES RELATIVAS A LA COMPATIBILIZACIÓN DE LA GRAN INVALIDEZ CON CIERTA AUTONOMÍA DE LA PERSONA	20
4 DIFERENCIAS Y CORRELACIONES ENTRE EL GRADO DE DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD LABORAL.....	21
4.1 LA DEPENDENCIA.....	21
4.2 LA DISCAPACIDAD	25
4.3 LA INCAPACIDAD LABORAL	27
4.4 CONCLUSIONES RELATIVAS A LAS DIFERENCIAS Y CORRELACIONES ENTRE EL GRADO DE DISCAPACIDAD, DEPENDENCIA E INCAPACIDAD LABORAL	28
5 LA CALIFICACIÓN DEL ACCIDENTE LABORAL. ELEMENTOS PROBATORIOS DEL NEXO CAUSAL Y PRESUNCIONES.....	29
5.1 EL ACCIDENTE LABORAL DEL TRABAJADOR POR CUENTA AJENA.....	29
5.2 CONCLUSIONES RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN DE ACCIDENTE LABORAL EN ATENCIÓN AL CASO DE PABLO	32
6 RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES DE LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA POR GRAN INVALIDEZ	32
6.1 COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN POR GRAN INVALIDEZ CON ACTIVIDADES LABORALES O NO LUCRATIVAS.....	33
6.2 CONCLUSIONES RELATIVAS A LA COMPATIBILIDAD DE ACTIVIDADES CON LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA POR GRAN INVALIDEZ.....	35

7 ANÁLISIS SUCESORIO DE LAS MENSUALIDADES QUE PABLO RECIBE DE SUS PADRES Y DE SU POSIBLE CONSIDERACIÓN COMO PATRIMONIO PROTEGIDO	35
7.1 INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS SUCESORIO	35
7.2 EL ANTICIPO DE LA HERENCIA COMO DONACIÓN	36
7.3 EL PATRIMONIO PROTEGIDO	38
7.4 ANTICIPO DE LA HERENCIA COMO HERENCIA EN VIDA: PACTOS DE MEJORA Y APARTACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DE GALICIA	41
CONCLUSIONES FINALES	46
BIBLIOGRAFÍA.....	48

LISTADO DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BVD	Baremo de Valoración de los grados y niveles de Dependencia
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CIF-2001	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la discapacidad y de la salud de 2001
ET	Estatuto de los Trabajadores
EVI	Equipo de Valoración de Incapacidades
EVO	Equipo de Valoración y Orientación
Ibid.	En la nota anterior
IMSERSO	Instituto de Migraciones y Servicios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IRPF	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
ISD	Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LAPAD	Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia
LDCG	Ley de Derecho Civil de Galicia
LETA	Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas
LISD	Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social
LPPPD	Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad
LSS	Ley General de la Seguridad Social
OMS	Organización Mundial de la Salud
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RISD	Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
Ss.	Siguientes
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJUE	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRADE	Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente
TRCAG	Texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado
TS	Tribunal Supremo

ANTECEDENTES DE HECHO

Pablo trabaja en estudio de arquitectura desde 2005; primero por cuenta ajena y, después de la petición de su jefe, por cuenta propia, aunque no hay solución de continuidad ni en el modo en que Pablo trabaja, ni en el número de horas, ni en el uso del material de la oficina, ni en otros aspectos. Dada la buena relación con su jefe, Pablo aceptó no cobrar la indemnización por despido improcedente ni firmó nada: “se fiaba” de la buena fe de su empleador con el que tenía una estrecha relación desde hacía años.

En 2018, con 39 años, un día cualquiera acudió a trabajar al estudio y, al abrir la puerta de su despacho en la planta primera, sintió un dolor repentino. Este dolor intenso persistió durante la mañana hasta afectar a la movilidad de las piernas. Al final de la mañana, su “jefe” y sus compañeros le aconsejan irse a casa, donde Pablo percibe cómo pierde la total movilidad de las piernas de manera rápida. Llama a una ambulancia de los servicios médicos que lo recoge en su domicilio y lo lleva al hospital.

En 2019, después de un año de la hospitalización de Pablo, le dan el alta con un diagnóstico de “lesión medular dorsal con paraplejia incompleta sensitiva, espasticidad, intestino y vejiga neurógena”. En el informe médico se señala también la necesidad de desplazarse en silla de ruedas. Tras un tiempo utilizando la silla de ruedas, consigue manejarse con autonomía en entornos adaptados, pero, a pesar de ello, solicita la incapacidad laboral. Le es concedida inicialmente una “incapacidad total”. Tras un recurso administrativo, se le concede la “incapacidad absoluta”. Conocida la resolución, decide iniciar la vía judicial para reclamar la “gran invalidez” y paralelamente solicita la declaración de “discapacidad”, que se resuelve con una concesión del 68% y el reconocimiento de la necesidad de una tercera persona y la dependencia en Grado III.

La demanda judicial interpuesta por Pablo, además de la pretensión del reconocimiento de la “gran invalidez”, pretende conseguir también el reconocimiento de que la incapacidad fue derivada de accidente laboral. Las razones que alega son que la hernia que le causó la lesión medular estalló en su lugar de trabajo habitual y dentro de la jornada laboral. Igualmente, incluye la pretensión de ser reconocido como “falso autónomo”.

Desde verano de 2020, Pablo colabora voluntariamente con la Asociación de Personas con Discapacidad de A Coruña, de la que es socio y dónde recibe rehabilitación. Le gustaría retomar algún tipo de actividad laboral para complementar la pensión que recibe del Estado por la incapacidad, puesto que le han ofrecido varios puestos de trabajo adaptados a su situación, como asesorar en materia de accesibilidad y diseño de proyectos de mejora de la accesibilidad. Por otra parte, los padres de Pablo quieren que pueda tener un nivel de vida más adecuado a sus necesidades actuales y por ello deciden darle un dinero mensualmente para complementar la citada pensión. A su hermana no le parece bien este trato diferencial y solicita a sus padres un anticipo de la herencia.

1 ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE FALSO AUTÓNOMO Y POSIBLE RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

Pablo trabaja en estudio de arquitectura desde 2005. Primero por cuenta ajena y, después, a petición de su jefe, por cuenta propia, aunque no hay solución de continuidad en el modo en que trabaja. Dada la buena relación con su jefe, aceptó no cobrar la indemnización por despido improcedente ni firmó nada.

Este primer apartado tiene como objetivo analizar situación de “falso autónomo” en la que Pablo parece encontrarse y determinar si la empresa en que trabaja incurre por ello en algún tipo de responsabilidad legal.

1.1 CONCEPTOS BÁSICOS: EL FALSO AUTÓNOMO

Cuando un trabajador por cuenta ajena es contratado por la empresa, pero integrado en su organización como si fuera un trabajador por cuenta propia, se incurre en una situación de fraude en la que el individuo es denominado “falso autónomo”. En estos casos, en vez de celebrarse un contrato laboral, se suscribe un contrato mercantil, o simplemente un acuerdo verbal¹.

No existen normas que regulen la figura del falso autónomo, dado su carácter jurisprudencial. Han sido los tribunales nacionales y europeos los que han ofrecido, a lo largo de los años, criterios para su identificación. Se pueden destacar a este respecto la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 4 de diciembre de 2014² o la conocida sentencia “Glovo” del Tribunal Supremo (en adelante, TS) de 25 de septiembre de 2020³; entre muchas otras.

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA) define en su art. 1.1 a los trabajadores por cuenta propia (o “autónomos”) como aquellas “personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

Se observa que en los trabajadores autónomos no concurren las notas de ajenidad y dependencia, que junto a la voluntariedad y la retribución caracterizan el trabajo amparado por la legislación jurídico-laboral, o trabajo asalariado. En este sentido y como indica el art. 3.3 LETA, el trabajo autónomo, con carácter general, no está sometido a las fuentes reguladoras de la relación laboral⁴.

En este sentido, el autónomo no se ve amparado por las condiciones de trabajo establecidas en la legislación laboral estatal (p. ej. en los Reales Decretos anuales de fijación del salario mínimo interprofesional) ni en los convenios colectivos y, en caso de pleito, conocen del asunto los tribunales civiles o mercantiles, no los laborales. Por otro lado, quien utiliza los servicios de un autónomo no tiene la obligación de darlo de alta en la Seguridad Social, o cotizar por él (como sí ocurre en el caso de un trabajador por cuenta ajena o asalariado⁵): el trabajador autónomo paga sus propias cotizaciones, tras darse de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁶ (en adelante, RETA). De este modo, la empresa se “ahorra” los seguros sociales⁷, situados en

¹ CALVO VÉRGEZ, J. «La problemática de los llamados "falsos autónomos" en el mercado laboral español» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2020).

² STJUE C-413/13 de 4 de diciembre (ECLI:EU:C:2014:2411).

³ STS 2924/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

⁴ MARTÍNEZ JIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A. *Derecho crítico del Trabajo*. Atelier, Barcelona, 2016, pág. 47.

⁵ Arts. 132 ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LSS).

⁶ Art. 307 LSS.

⁷ *Consecuencias falso autónomo*. NEPOS asesores. 9 de agosto de 2018 [consulta: 11 de abril de 2021]. Disponible en: <https://www.nepos.es/consecuencias-falso-autonomo/>

torno a un 33% de la base de cotización del empleado; una cifra que suele ser similar a la retribución bruta del empleado con las pagas extraordinarias prorrateadas.

Es esta diferencia en el régimen regulador del trabajo por cuenta propia lo que lleva al empleador a participar en el fraude del “falso autónomo”, con el fin de evitar obligaciones jurídicas o fiscales.

Ahora bien, existe una modalidad singular de trabajador autónomo introducida por la LETA en 2007⁸ y conocida como “trabajador autónomo económicamente dependiente” (en adelante, TRADE). Según el art. 11.1 LETA, los TRADE son “aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona, física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos del trabajo y actividades económicas o profesionales”.

A quienes cumplen con la definición anterior se les exige, además, satisfacer ciertas condiciones relacionadas con el desempeño de su actividad económica para adquirir la condición de TRADE. Entre ellas se incluye: 1º) no tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, 2º) no ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente, 3º) disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente, 4º) desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente y 5º) percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

Podría afirmarse que el TRADE constituye la figura legal ideal para enmascarar al falso autónomo, dado que no es particularmente fácil, especialmente en la práctica, señalar los matices que distinguen a un asalariado de un TRADE (principalmente la ausencia de ajenidad, ya que el TRADE depende económicamente, casi por completo, de un único empleador).

Lo anterior ha facilitado la proliferación de los “falsos autónomos” y ha dado lugar a numerosos juicios casuísticos y controvertidos, llegando incluso a plantearse la aprobación de leyes que establezcan una presunción de laboralidad en relación a ciertos grupos de trabajadores para evitar la precariedad laboral⁹.

En cualquier caso, el fraude de los falsos autónomos está recibiendo cada vez más atención en los últimos años. Ya el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020, recogía entre sus objetivos “elaborar protocolos y guías de actuación que permitan la detección de falso trabajo autónomo”¹⁰. Y mientras, las compañías piden “una solución legislativa que permita a las plataformas ofrecer a sus [trabajadores] más beneficios, sin poner en peligro la flexibilidad que actualmente tienen”¹¹.

⁸ AFONSO MARICHAL, L. *Las diferencias entre trabajador por cuenta ajena y trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)*. TFG por la universidad de La Laguna, 2017.

⁹ A día 12 de mayo de 2021, el Gobierno ha anunciado una ley que tratará de evitar que empleados de compañías *delivery* (*Glovo, Deliveroo, Uber Eats...*), también conocidos como *riders*, sean contratados como TRADE pese al cumplimiento de las condiciones del trabajo asalariado.

¹⁰ Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020. Objetivo 9, línea 84.

¹¹ *La Seguridad Social derrota a Deliveroo: un juez sentencia que sus riders son falsos autónomos*. CincoDías. 12 de enero de 2021 [consulta: 12 de mayo de 2021]. Disponible en: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/01/12/economia/1610470229_878416.html

En el caso planteado, Pablo pretende que la justicia lo declare falso autónomo, ya que considera que ha realizado para su empresa en todo momento los servicios de un trabajador por cuenta ajena, a pesar de haber sido contratado como trabajador autónomo.

1.2 ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN LABORAL

En primer lugar, debe tenerse muy claro aquello que ha afirmado el TS en reiteradas ocasiones¹²:

Los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer, sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo.

El art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), define a los trabajadores, desde una perspectiva jurídico-laboral, como aquellas personas físicas “que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

El trabajador puede serlo de una relación laboral “común” o de alguna de las relaciones calificadas como “especiales” por el art. 2 ET, por ejemplo, la de los deportistas profesionales, los artistas en espectáculos públicos o los abogados que prestan servicios en despachos.

La concurrencia de las notas contenidas en la definición anterior (voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad) es fundamentalmente aquello que determina la laboralidad de una relación y su inclusión en el ámbito de aplicación del ET, más allá de la denominación con la que las partes involucradas se refieran a ella. Existe además una presunción iuris tantum de laboralidad que el art. 8.1 ET atribuye a la relación existente entre quien presta un servicio retribuido y quien lo recibe¹³: “el contrato de trabajo (...) se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”.

El art. 1.3 ET excluye ciertas actividades de ser consideradas relación laboral. Se trata de exclusiones declarativas (por falta de concurrencia de alguna de las notas de laboralidad), a excepción del caso de los funcionarios públicos, que supone una exclusión constitutiva¹⁴.

Para determinar si Pablo era en verdad un trabajador por cuenta ajena, se deberá analizar si su actividad cumplía la definición del art. 1.1 ET.

1.2.1 VOLUNTARIEDAD

El ET solo se aplica a prestaciones de servicios realizadas “libremente”, en oposición al trabajo forzoso propio de la esclavitud o servidumbre.

Así, por ejemplo, no es posible considerar las prestaciones obligatorias como relaciones laborales, y es que, aunque son expresamente excluidas del ámbito de aplicación del ET por el art. 1.3 b), es una exclusión declarativa: en ellas no concurre la voluntariedad exigida por el art. 1.1.

¹² SSTs 588/2018 de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2018:588), 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

¹³ STS 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

¹⁴ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 155.

Garantizar la voluntariedad del trabajo es además una obligación que el Estado español debe cumplir ante la Comunidad Europea, bajo control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵ (en adelante, TEDH). El art. 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, de 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH), firmado por España el 24 de noviembre de 1977, establece que nadie “podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre” ni “podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”. A estos efectos, el CEDH considera “trabajo forzado u obligatorio”:

- Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del Convenio [referente al derecho a la libertad y a la seguridad], o durante su libertad condicional.
- Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
- Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
- Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Pablo accedió en todo momento a trabajar motu proprio para su empresa, por lo que en su caso se cumple el requisito de voluntariedad.

1.2.2 RETRIBUCIÓN

Para que exista una relación laboral, el servicio prestado por el trabajador debe ser retribuido por su empleador. En este sentido, puede definirse la retribución, también conocida como salario, como “el conjunto de bienes, derechos y servicios que el trabajador recibe del empresario a cambio de la prestación de servicios efectuada en régimen de ajenidad y dependencia”¹⁶.

Y es que, en atención a la figura del asalariado, el contrato de trabajo se celebra fundamentalmente con ánimo de lucro, buscando garantizar al trabajador la suficiencia económica para atender sus necesidades; aunque también pueda proporcionar formación¹⁷, así como ayudar a la inserción profesional y, en definitiva, social.

El salario se caracteriza, generalmente, por ser objeto de devengo continuado, liquidación y abono periódico, además de cierta uniformidad en su importe. Estas cualidades sirven a la jurisprudencia como indicios de laboralidad¹⁸, por alejarse de aquellas propias de los sistemas de retribución habituales de las figuras extralaborales, como el trabajo autónomo (en el que predomina la retribución por acto o servicio)¹⁹.

El art. 26 ET define ampliamente el salario como “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”.

¹⁵ OLARTE ENCABO, S. 2018. «La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral» *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145 (2018), págs. 55-86.

¹⁶ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., MOLERO MANGLANO, C., LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 263.

¹⁷ Los contratos formativos o de prácticas son una modalidad del contrato de trabajo regulada en el art. 11 ET, orientados a la contratación de titulados universitarios y de grado medio o superior.

¹⁸ SSTS 7973/2004 de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:7973), 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924), 4608/1995 de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:1995:4608).

¹⁹ BELTRÁN MUELA, A. *La prestación de los servicios de empleo en el mercado de trabajo actual: el contrato de trabajo en prácticas*. TFG por la universidad de Jaén, 2015.

Por este motivo la jurisprudencia ha concluido que el no establecimiento de retribución o salario fijo, no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras²⁰. Se presume iuris tantum que todo lo que recibe el trabajador de su empresario a cambio de su trabajo le es debido en concepto de salario²¹.

Pablo estaba vinculado a su empleador originalmente por un contrato de trabajo por cuenta ajena, presumiéndosele un salario fijo y periódico. Más tarde y a petición de su jefe comenzó a trabajar bajo el título de “autónomo”, aunque, como se indica en los hechos, no hubo solución de continuidad en el trabajo desempeñado. Cabe entender entonces que, más allá de aspectos como los fiscales o de Seguridad Social, su retribución se mantuvo intacta, cumpliéndose perfectamente las condiciones exigibles y estereotípicas del salario laboral.

A pesar de ello y, como se ha expuesto, incluso en el caso de que su régimen de retribuciones se hubiera visto alterado (por ejemplo, si en vez de cobrar un salario regular hubiera pasado a cobrar por la cantidad de trabajo realizado), seguiría tratándose de una prestación retribuida y por tanto no sería posible descartar en base a este requisito la existencia de trabajo por cuenta ajena.

La necesidad de que la prestación sea retribuida justifica la exclusión del ET de los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, cuyo motivo de ser no es recibir a cambio una contraprestación económica —art. 1.3 d)—. Se debe hacer un inciso aquí para descartar que los servicios prestados por Pablo tuvieran esta naturaleza, dado que, en el supuesto planteado, se destaca la “estrecha relación” que Pablo mantenía con su empleador.

Se descarta lo anterior por dos motivos: por un lado y fundamentalmente, porque cabe entender que Pablo cobró de su empresa, en todo momento y mientras estuvo trabajando para ella, algún tipo de contraprestación; y, por otro lado, porque un requisito básico al que apunta la jurisprudencia²² para que se aplique la exclusión del art. 1.3 d) es que la ayuda o servicio prestado sea puntual, y no continuada en el tiempo, como ocurre en el caso de Pablo.

1.2.3 DEPENDENCIA

El TS define la dependencia laboral como “la integración en el ámbito de organización y dirección del empresario”²³ o también como la “situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa”²⁴. Esta última definición hace mayor hincapié en el hecho de que la jurisprudencia actual no niega la dependencia aun en aquellos casos en que existe cierta autonomía profesional, imprescindible en determinadas actividades. Cabe destacar que, con el paso de los años, el criterio de dependencia se ha vuelto más elástico²⁵.

En definitiva, el asalariado está obligado a realizar su actividad laboral bajo la dirección del empresario, cumpliendo sus órdenes e instrucciones. Contrariamente y como se ha indicado en párrafos anteriores, el trabajador autónomo lleva a cabo su trabajo “fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona” (art. 1.1 LETA). Del mismo modo, al TRADE también se le exige cierta independencia en virtud del art. 11.1 LETA, particularmente, el desarrollo de su actividad

²⁰ SSTS 2389/2013 de 25 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:2389), 8532/1999 de 29 de diciembre (ECLI:ES:TS:1999:8532), 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

²¹ *Concepto de salario y percepciones no salariales*. DerechoUNED. 19 de junio de 2020 [consulta: 9 de abril de 2021]. Disponible en: <https://derechouned.com/laboral/trabajo/11788-concepto-de-salario-y-percepciones-no-salariales#:~:text=La%20amplitud%20de%20la%20noci%C3%B3n%20legal%20de%20salario,los%20periodos%20de%20descanso%20computables%20como%20de%20trabajo>

²² STSJ CANT 697/2020 de 19 de octubre (ECLI:ES:TSJCANT:2020:697), STSJ M 12765/2020 de 12 de noviembre (ECLI:ES:TSJM:2020:12765).

²³ STS 1404/2014 de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1404).

²⁴ STS 2316/2020 de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2316).

²⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 161.

con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

También por falta de dependencia se suele justificar la exclusión del ámbito del ET —art. 1.3 c)— de los consejeros o miembros de los órganos administrativos de empresas que revisten la forma jurídica de sociedad²⁶.

Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos abstractos, que guardan una estrecha relación y que se pueden manifestar de muy distinta forma dependiendo de las actividades y los modos de producción. Por ello a la hora de valorar su existencia en los distintos supuestos que se les plantean, los tribunales juzgan casuísticamente apoyándose en la concurrencia de determinados indicios. Por lo que respecta a la dependencia, estos indicios se concretan en²⁷: 1º) la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario, 2º) el desempeño personal del trabajo, aunque no excluye el contrato de trabajo la existencia en determinados servicios de régimen excepcional de suplencias o sustituciones, 3º) la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad y 4º) la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

El que no hubiera solución de continuidad en el trabajo desempeñado por Pablo implicaría que su caso cumple todos los indicios de dependencia: acude a su lugar de trabajo habitual; cumple, en el horario indicado por su empleador, con las actividades que éste le encarga; utiliza los materiales de la empresa para llevar a cabo sus tareas y, en definitiva, se encuentra completamente inserto en el ámbito de organización de su empresa.

1.2.4 AJENIDAD

El art. 1.1 ET exige para la existencia de una relación laboral que los servicios retribuidos sean prestados “por cuenta ajena”, en contraposición al trabajo “por cuenta propia” o autónomo (art. 1.1 LETA). Tradicionalmente²⁸, se habla de dos teorías distintas: ajenidad en los frutos y ajenidad en los riesgos.

El TS viene explicando²⁹ que la ajenidad en los frutos ocurre cuando la utilidad patrimonial derivada del trabajo, es decir, lo que pagan los clientes, ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los empleados (“ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial”). Es una perspectiva que insiste en que el producto del trabajo es siempre del empleador, y no del asalariado (con independencia de posibles derechos de propiedad industrial o intelectual).

La ajenidad en los riesgos, por otro lado, pone la atención en que quien corre con los riesgos empresariales en la relación laboral es el empleador. Y es que el trabajador por cuenta ajena, con carácter general, tiene su retribución garantizada, y no sufre directamente por las deudas empresariales o los clientes fallidos.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN³⁰ añade a estas teorías la de ajenidad de mercado, según la cual “el que ofrece y coloca los productos o servicios en el mercado es el empresario y no el trabajador”.

²⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 161.

²⁷ SSTs 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924), 7973/2004 de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2004:7973).

²⁸ BELTRÁN MUELA, A. *La prestación de los servicios de empleo en el mercado de trabajo actual: el contrato de trabajo en prácticas*. TFG por la universidad de Jaén, 2015.

²⁹ SSTs 5384/2010 de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2010:5384), 1404/2014 de 19 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:1404), 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

³⁰ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 163.

Dicho esto, el TS ha afirmado³¹ que existe ajenidad cuando concurren las circunstancias siguientes: 1º) los frutos del trabajo pasan ab initio a la empresa, que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados, 2º) no se ha probado que el trabajador asuma riesgo empresarial de clase alguna y 3º) tampoco se ha acreditado que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la empresa.

También se consideran indicios de ajenidad los recogidos a continuación³²:

- La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados.
- La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender.
- El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.
- El cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

La falta de ajenidad explica la exclusión del ámbito de aplicación del ET de los trabajos familiares —art. 1.3 e)— o de los servicios prestados por agentes mercantiles³³ —art. 1.3 f)—, por ejemplo.

Según los datos ofrecidos por el supuesto, cabe entender que, a pesar de su nueva condición de autónomo, Pablo siguió recibiendo su retribución a través de la empresa, como cabría esperar en el caso de un asalariado; su modo de trabajo tampoco cambia, de forma que no se le puede atribuir la asunción de riesgo empresarial alguno; y los materiales que utiliza para realizar su actividad los recibe de la empresa. En suma, la actividad de Pablo cumplía los criterios necesarios para la concurrencia de ajenidad.

1.2.5 CONCLUSIONES RELATIVAS A LA SITUACIÓN DE FALSO AUTÓNOMO

A pesar de que Pablo pasó a asumir obligaciones de trabajador autónomo, como darse de alta en el RETA y pagar propias sus cotizaciones, a petición de su jefe, hemos visto que su actividad no se vio modificada, de forma que nunca dejó de cumplir perfectamente los requisitos necesarios para ser considerado trabajo por cuenta ajena (voluntariedad, retribución, dependencia, ajenidad). Esto implicaría que, en sentido contrario, nunca cumplió las condiciones del trabajo por cuenta propia, ya se tratase de trabajo autónomo o TRADE.

Como se ha expuesto, el criterio jurisprudencial es que “los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes”³⁴. Si a lo anterior se suma la presunción iuris tantum de laboralidad del art. 8.1 ET³⁵ (“el contrato de trabajo (...) [se] presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”), cabe concluir que se cumple la situación de falso autónomo y que Pablo era, efectivamente, un trabajador por cuenta ajena.

³¹ SSTS 588/2018 de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2018:588), 589/2018 de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:589), 3511/2019 de 29 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3511).

³² SSTS 434/2020 de 4 de febrero (ECLI:ES:TS:2020:434), 2316/2020 de 1 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2316), 2440/2020 de 2 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2440).

³³ *Relaciones laborales de carácter especial*. Fontelles Advocats. Sin fecha de publicación [consulta: 30/03/2021]. Disponible en: <https://www.fontelles.com/relaciones-laborales-de-caracter-especial/>

³⁴ SSTS 588/2018 de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2018:588), 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

³⁵ STS 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

1.3 RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA

Según el art. 1255 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante, CC), y en referencia al régimen legal contractual: “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

En este sentido, y teniendo en cuenta que el art. 3.5 ET establece que “los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario”, cabe afirmar que la novación contractual realizada por Pablo y su empresa, en virtud de la cual Pablo comenzó a trabajar por cuenta propia a pesar de mantenerse las condiciones del trabajo asalariado, es nula de pleno Derecho.

Y es que, por un lado, Pablo no tiene permitido legalmente renunciar a los Derechos que como trabajador asalariado le garantiza la regulación laboral; y por otro, tampoco se permite a las partes convenir la aplicación del régimen del trabajo autónomo a una situación que cumple los requisitos del trabajo asalariado, dado que iría en contra del orden público.

Se indicaba que, según la jurisprudencia³⁶ “los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes”. Dicho lo anterior, el contrato entre Pablo y su empresa nunca dejó de ser, ante la ley, un contrato de trabajo por cuenta ajena, amparado por la legislación laboral.

Ahora bien, por lo que respecta a la responsabilidad legal de la empresa, en primer lugar, Pablo podría demandar de ella el porcentaje salarial debido y no percibido (de haberlo) con motivo de su condición de falso autónomo durante el último año (art. 59 ET), así como una indemnización por los daños morales causados.

Respecto a esto último, y aunque, con carácter general, se exige que los daños morales sean probados, la jurisprudencia más reciente establece que “la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada”³⁷.

Por lo que respecta a las infracciones de orden social, el art. 22.16 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (en adelante, LISOS) considera una falta grave “comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia”.

El art. 40.1 e) LISOS asocia a la falta anterior una sanción económica que puede variar desde los 3.126 euros hasta los 10.000 euros dependiendo de “la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados (...), perjuicio causado y cantidad defraudada” (art. 39.2 LISOS). En todo caso, se impone la sanción en su grado máximo siempre que se considere que la empresa ha cotizado en cuantía inferior a la debida mediante la ocultación o falsedad de las declaraciones o datos que tenga obligación de facilitar a la Seguridad Social.

Se entiende que Pablo fue dado de baja en la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena en el año 2005, momento en que se celebró la supuesta novación contractual, y ha estado de alta

³⁶ SSTs 588/2018 de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2018:588), 805/2020 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2020:2924).

³⁷ STS 3908/2017 de 5 de octubre (ECLI:ES:TS:2017:3908).

como autónomo en el RETA hasta 2019, año en que se le concede la incapacidad absoluta. Esto plantea dos posibilidades:

- Si se considera una infracción de tracto único, cometida puntualmente en 2005, en el 2019 ya habría prescrito por mor del art. 4.1 LISOS: “las infracciones en el orden social a que se refiere la presente Ley prescriben a los tres años contados desde la fecha de la infracción, salvo lo dispuesto en los números siguientes”.
- Si se considera una obligación de tracto sucesivo, cometida hasta el momento en que Pablo se da de baja en el RETA, la sanción aun no habría prescrito.

En relación a las infracciones en materia de Seguridad Social, se recuerda una vez más que Pablo aceptó su supuesto despido improcedente y comenzó a trabajar como falso autónomo a petición de su jefe, continuando sus tareas habituales, pero asumiendo las obligaciones de Seguridad Social y fiscales correspondientes a su empresa. Esto nos lleva a plantear la aplicación del art. 23.1 d) LISOS, que considera una infracción muy grave por parte del empresario “pactar con sus trabajadores de forma individual o colectiva la obligación por parte de ellos de pagar total o parcialmente la prima o parte de cuotas a cargo del empresario, o bien su renuncia a los derechos que les confiere el sistema de la Seguridad Social”. Esto llevaría aparejado una multa por valor de 6.251 euros que podría ascender hasta los 187.525 euros, en base a los criterios mencionados anteriormente (art. 40.1 c) LISOS).

El art. 4.2 LISOS establece que “las infracciones en materia de Seguridad Social prescribirán a los cuatro años contados desde la fecha de la infracción”. Teniendo en cuenta el tenor literal de la disposición y que el pacto, en este supuesto, se realizó en el año 2005, cabe entender que esta infracción es de tracto único y por tanto ya habría prescrito en el año 2019 (art. 4 LISOS). De cualquier modo, no se descarta la posibilidad de una infracción de tracto sucesivo (y por ello no prescrita) si se valora el hecho de que el mencionado pacto ha tenido efectos hasta 2019.

Se atiende además a que, dada la calificación de autónomo bajo la que trabajaba Pablo, su empresa no ha estado cotizando por él en el Régimen General, como era su obligación legal³⁸. Esto supone una infracción muy grave por el art. 23.1 b) LISOS. Por este motivo, la Seguridad Social puede reclamar de ella las cotizaciones de los últimos 4 años, más una sanción consistente en una multa equivalente al valor del 100% al 150% de dichas cotizaciones no ingresadas (art. 40.1.d.2 LISOS).

A las sanciones del art. 23 LISOS se añadirían las sanciones accesorias del art. 46 LISOS, que en definitiva consisten en la pérdida “automáticamente, y de forma proporcional al número de trabajadores afectados por la infracción, [de] las ayudas, bonificaciones y, en general, los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo o formación profesional para el empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción”, pudiendo verse excluida la empresa de dichos beneficios por un periodo máximo de dos años a contar desde la fecha de la resolución sancionadora.

Cabe mencionar, finalmente, que en caso de que la cantidad defraudada en términos de cotización por la empresa a la Seguridad Social ascendiera a 50.000 euros, se estaría hablando de un delito en los términos del art. 307 del Código Penal³⁹, castigado con pena de prisión de 1 a 5 años, sumado a “la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años”

³⁸Arts. 132 y ss. del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³⁹Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2 ¿PUEDE PABLO ACUMULAR LAS TRES PRETENSIONES EN UN MISMO PROCEDIMIENTO?

A Pablo se le concede una incapacidad absoluta, y decide iniciar la vía judicial para reclamar la gran invalidez. La demanda judicial interpuesta pretende conseguir también el reconocimiento de que la incapacidad fue derivada de accidente laboral, y el reconocimiento de Pablo como falso autónomo.

El objetivo de este apartado es determinar si Pablo puede acumular sus tres pretensiones en un mismo procedimiento, atendiendo a su clasificación y a las normas procesales de acumulación de acciones.

2.1 ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

Se destaca que las cuestiones que plantean las pretensiones de Pablo aparecen como competencia de una misma jurisdicción: la social. Así, el art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante, LJS) en sus apartados a), b) y o) incluye en el ámbito competencial de dicha jurisdicción los conflictos entre trabajador y empresario derivados del contrato de trabajo, las acciones del trabajador contra el empresario por daños que tengan su causa en accidentes de trabajo, y “en materia de prestaciones de Seguridad Social, (...) cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad”, respectivamente.

2.1.1 RECONOCIMIENTO COMO FALSO AUTÓNOMO

Se apuntaba en el primer apartado que la figura del falso autónomo no existe en la legislación actual, sino que es de construcción jurisprudencial y hace referencia al trabajador calificado fraudulentamente como autónomo (en la mayoría de los casos, TRADE).

De lo anterior se extrae que no es posible plantear el reconocimiento como “falso autónomo” como pretensión válida. En cualquier caso, Pablo debería exigir su reconocimiento como trabajador, o el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre él y su empresa.

Ahora bien, la pretensión de reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes litigantes se considera una acción declarativa relativa a la relación individual de trabajo. Esta clasificación responde a la tripartición doctrinal y jurisprudencial de las acciones, dependiendo de lo que se solicite del órgano jurisdiccional, en⁴⁰:

- Declarativas: la simple declaración de una situación jurídica que existía con anterioridad a la decisión, buscando su sola certeza.
- Constitutivas: la creación, modificación o extinción de una situación jurídica.
- De condena: la imposición de cierta situación jurídica al sujeto pasivo de la pretensión.

Cabe así la posibilidad de describir el objeto de la demanda, como “la pretensión genérica de que se declare la existencia de un contrato entre las partes” o que se reconozca al “actor como trabajador por cuenta ajena”⁴¹.

⁴⁰ GUASP, J. *La pretensión procesal*. Civitas, Madrid, 1981, págs. 235-236.

⁴¹ BOTANA LÓPEZ, J.M. *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1995, pág. 78.

2.1.2 RECONOCIMIENTO DE GRAN INVALIDEZ E INCAPACIDAD DERIVADA DE ACCIDENTE LABORAL

De nuevo, el término “reconocimiento” apunta a dos acciones declarativas, aunque en este caso no relativas a materia laboral, sino de Seguridad Social, dado que el art. 2 LJS o) señala que las “cuestiones litigiosas relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad” son materia de prestaciones de la Seguridad Social (la “gran invalidez” es el grado máximo de incapacidad permanente —art. 194 LSS—).

Asimismo, el régimen legal de los accidentes laborales se encuentra regulado en la LSS. Particularmente, el accidente laboral del trabajador asalariado se regula en el Título II, Capítulo III (arts. 155 y ss.)⁴².

2.2 SOBRE LA ACUMULACIÓN DE LAS PRETENSIONES

La acumulación de acciones en los procesos de la jurisdicción social aparece regulada en la Sección 1ª del Título III, Capítulo I LJS (arts. 25 y ss.). El art. 25 declara lo siguiente:

1. El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que todas ellas puedan tramitarse ante el mismo juzgado o tribunal.
2. En los mismos términos podrá el demandado reconvenir.
3. También podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos.

Se observa que, con carácter general, se admite la acumulación de pretensiones siempre que sea posible su tramitación ante el mismo órgano judicial o exista un nexo por título o causa de pedir.

Ahora bien, el art. 26.6 LJS determina que “no serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas”.

Dicho esto, no sería posible acumular las pretensiones de reconocimiento de gran invalidez y reconocimiento de la existencia de un accidente laboral que ha causado la incapacidad, por tratar sobre materia de Seguridad Social, si no tuvieran la misma causa de pedir o se fundaran en los mismos hechos. Dado que la gran invalidez derivaría de los mismos hechos que se pretenden probar en la pretensión de reconocimiento de accidente laboral, se entiende que sí es posible su acumulación.

En cuanto al reconocimiento de que la incapacidad es derivada de accidente laboral, se plantea la cuestión de que el juez deberá resolver necesariamente y con carácter previo sobre la existencia de relación laboral, esto último dado que el régimen legal aplicable al accidente laboral del autónomo y del asalariado no es el mismo. En este sentido, una pretensión de reconocimiento de la relación laboral no parece necesaria. Las cuestiones relativas a la existencia de relación laboral entre Pablo y su empresa, así como de la causalidad entre su actividad profesional y su diagnóstico médico serían resueltas a través de lo que se conoce como cuestiones prejudiciales: elementos integrantes de una pretensión, conexos e instrumentales, que requieren de la declaración del tribunal al respecto, previa e independiente, para la resolución de la misma⁴³.

⁴² El accidente laboral del trabajador autónomo se regula en el Título IV, Capítulo III, Sección 1ª LSS (arts. 314 y ss.).

⁴³ *Las cuestiones prejudiciales*. DerechoUNED. 19 de junio de 2019 [consulta: 4 de mayo de 2021]. Disponible en: <https://derechouned.com/libro/procesal-1/4409-las-cuestiones-prejudiciales>

La jurisprudencia constitucional avala la vinculación de las cuestiones prejudiciales respecto de nuevas resoluciones judiciales dado que considera contrario a los arts. 9.3 y 24 de la Constitución española (en adelante, CE) la existencia de pronunciamientos contradictorios que declaren que “unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron”⁴⁴, especialmente dado que la cuestión prejudicial en este caso corresponde al mismo orden jurisdiccional⁴⁵.

De todos modos y de plantearse la cuestión como pretensión declarativa, no se observa inconveniente en su acumulación a las otras dos pretensiones, previendo su resolución en primer lugar por motivos de lógica jurídica. Así que, en cualquier caso, sí sería posible plantear las tres pretensiones en un mismo procedimiento.

3 ¿ES COMPATIBLE LA GRAN INVALIDEZ CON CIERTA AUTONOMÍA DE LA PERSONA?

Pablo ha reclamado judicialmente para que le sea concedida una gran invalidez. El objetivo de este apartado es determinar si la situación laboral de gran invalidez es compatible con cierta autonomía de la persona, a través de un análisis del concepto legal de gran invalidez y los criterios que determinan dicha calificación.

3.1 LA GRAN INVALIDEZ

El art. 193 LSS define la incapacidad permanente contributiva como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

Ahora, en función del porcentaje de reducción de la capacidad del interesado, la anterior incapacidad se clasifica en uno de los siguientes grupos del art. 194⁴⁶:

- Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual
- Incapacidad permanente total para la profesión habitual
- Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo
- Gran invalidez

La Orden de 15 de abril de 1969⁴⁷ define su art. 12 la gran invalidez como la “situación del trabajador afectado de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”. De lo anterior se extraen dos elementos: por un lado, la existencia de incapacidad permanente absoluta; y, por otro, aquella de pérdidas anatómicas o funcionales que impliquen la necesidad de asistencia para realizar actos diarios básicos como comer o vestirse.

El art. 194.5 LSS define la incapacidad permanente absoluta como aquella “que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”, pero el TS ha descartado la interpretación

⁴⁴ STC 192/2009 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TC:2009:192).

⁴⁵ El art. 4 LJS declara que las cuestiones previas y prejudiciales en el ámbito de competencia funcional por conexión no tendrán efectos fuera del proceso en que se dicte la resolución. El TC también excepciona la posibilidad de analizar una misma cuestión ya resuelta prejudicialmente cuando la “contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas” (STC 109/2008 de 22 de septiembre, ECLI:ES:TC:2008:109).

⁴⁶ Se refleja la redacción del art. 194 según lo dispuesto en la Disposición transitoria vigésima sexta LSS, dado que la redacción tal y como figura en el art. 194 solo será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3.

⁴⁷ Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

literal de esta norma y ha establecido una interpretación menos restrictiva, acorde con el art. 35 CE en el que se consagra el derecho al trabajo⁴⁸. En este sentido, la situación de incapacidad permanente absoluta no impide el desarrollo de trabajos compatibles con la capacidad residual del trabajador y su estado de salud⁴⁹. Y, en cualquier caso, el desarrollo de actividades que denoten mejoría en la capacidad laboral no supondrá una incompatibilidad, sino un indicio que podrá llevar a la revisión de la incapacidad.

A la hora de declarar una incapacidad permanente absoluta, la jurisprudencia ha venido orientándose por el Reglamento de Accidentes de Trabajo⁵⁰. En el art. 41 de esta norma figura una lista de dolencias, entre las cuales se encuentran algunas relacionadas con el supuesto, como la pérdida de la movilidad de las extremidades (considerándose las manos y los pies extremidades esenciales); o las lesiones funcionales del aparato urinario. Igualmente, se atiende a las lesiones y caso particular de quien solicita la incapacidad.

Se observa además que la diferencia principal entre la gran invalidez y la incapacidad permanente absoluta es la necesidad de asistencia en la vida cotidiana, elemento, por tanto, caracterizador de la gran invalidez.

La ley menciona tres “actos más esenciales de la vida”: vestirse, desplazarse y/o comer, bastando la concurrencia de alguno de ellos⁵¹; pero también hace referencia a actos análogos. La jurisprudencia ha determinado que dichos actos análogos son aquellos “encaminados a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamental para la humana convivencia”⁵².

El juicio particular de gran invalidez es casuístico, y se enfoca en determinar la dependencia en que ha quedado la persona a causa de su lesión, accidente o enfermedad: no existen valoraciones de disminución de su capacidad laboral o de cuál es la profesión habitual, o incluso de si puede o no realizar algún tipo de trabajo⁵³. Se observan los siguientes criterios jurisprudenciales aplicables con carácter general:

- Basta la imposibilidad del inválido para realizar por sí mismo uno sólo de los actos esenciales de la vida y la correlativa necesidad de ayuda externa, como para que proceda la calificación de gran invalidez. En este sentido, no es suficiente la mera dificultad en la realización del acto, pero tampoco es preciso que la necesidad de ayuda sea constante o permanente. La gran invalidez debe declararse en base a la situación actual del trabajador, y no a una posible situación futura⁵⁴.
- No cabe excluir la gran invalidez de quienes, a pesar de acreditar tal situación, puedan, en casos personales y concretos, en base a criterios perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo

⁴⁸ STS 4429/2010 de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4429).

⁴⁹ STS 11206/1986 de 3 de febrero (ECLI:ES:TS:1986:11206).

⁵⁰ Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de accidentes del Trabajo y Reglamento para su aplicación.

⁵¹ STS 1201/2018 de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1201).

⁵² SSTS 13059/1989 de 12 de julio (ECLI:ES:TS:1989:13059), 2105/1988 de 22 de enero (ECLI:ES:TS:1988:210).

⁵³ ALBERT EMBUENA, V. *La Incapacidad Permanente Contributiva. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 130

⁵⁴ SSTS 16846/1988 de 26 de febrero (ECLI:ES:TS:1988:16846), 1094/2014 de 3 de marzo (ECLI:ES:TS:2014:1094).

que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación⁵⁵.

Existen casos en que la práctica habitual de la Seguridad Social es la concesión de la gran invalidez. ROQUETA BUJ los considera supuestos extremos que dificultan gravemente la vida cotidiana de la persona a causa del deterioro en su salud, o en sus aptitudes psíquicas o físicas⁵⁶. Entre ellos se incluye⁵⁷ la pérdida de miembros y/o movilidad. Así, se suele calificar de gran invalidez la pérdida o inutilidad de uno o varios miembros, como brazos o piernas, o dedos de las manos⁵⁸. La paraplejia sensitiva y espasticidad determinan que Pablo se vea afectado por este tipo de dolencias.

En relación con el uso de silla de ruedas, la jurisprudencia más reciente indica que, mientras es posible que su uso para el desplazamiento justifique, en función de las circunstancias concurrentes del enfermo, la ayuda de terceros para los actos esenciales de la vida; no cabe afirmar que siempre que se requiera silla de ruedas para la deambulación exista gran invalidez⁵⁹. Esto modifica el criterio de sentencias anteriores, en las que se indicaba que el uso de silla de ruedas era motivo suficiente para declarar la gran invalidez, dada la implícita necesidad en dichos casos de ayuda para “subir cuestas de mucha pendiente o para las escaleras”⁶⁰.

De cualquier modo, el TS ha reiterado en diversas ocasiones en lo referente a la invalidez que ésta no es una materia propia de la unificación de doctrina, tanto por la dificultad de establecer “la identidad del alcance del efecto invalidante”, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta “más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general”⁶¹.

3.2 CONCLUSIONES RELATIVAS A LA COMPATIBILIZACIÓN DE LA GRAN INVALIDEZ CON CIERTA AUTONOMÍA DE LA PERSONA

Las situaciones legales que determinan la gran invalidez no se encuentran reguladas con carácter cerrado, sino que son valoradas jurisprudencial y casuísticamente.

La declaración de gran invalidez exige en primer lugar la concurrencia de situación de incapacidad permanente absoluta, la cual implica graves dificultades en el rendimiento laboral normal, pero no impide su compatibilización con trabajos livianos o sedentarios. A mayores, el elemento clave en la apreciación de gran invalidez frente a la incapacidad permanente absoluta lo constituye la necesidad de ayuda de terceros para realizar alguno o algunos de los actos más esenciales de la vida cotidiana, entre los que se encuentran comer, vestirse o desplazarse; pero no resulta necesario que la invalidez afecte a todos los actos esenciales cotidianos, y que se permite al afectado por gran invalidez realizar trabajos y actividades compatibles con su situación.

En atención a todo lo anterior, cabe afirmar que es totalmente posible la compatibilización de la gran invalidez con cierta autonomía de la persona, e incluso con cierta actividad laboral.

⁵⁵ SSTS 3992/2020 de 11 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3992), 458/2015 de 10 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:458).

⁵⁶ ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. *La incapacidad para trabajar*. La Ley, Madrid, 2014, pág. 374.

⁵⁷ ALBERT EMBUENA, V. *La Incapacidad Permanente Contributiva. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 131-136.

⁵⁸ STSJ CV 5/1993 de 19 de enero (ECLI:ES:TSJCV:1993:5).

⁵⁹ STS 1201/2018 de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:1201).

⁶⁰ STS de 9 mayo 1985 (RJ 1985\2691). Con carácter similar la STS de 15 diciembre 1986 (RJ 1986\7388), ambas disponibles en el buscador jurisprudencial Westlaw (<http://aranzadi.aranzadididital.es/>).

⁶¹ SSTS 7586/1998 de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:1998:7586), 6595/2003 de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6595), 1761/2005 de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2005:1761).

4 DIFERENCIAS Y CORRELACIONES ENTRE EL GRADO DE DEPENDENCIA, DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD LABORAL

A Pablo le ha sido concedida una incapacidad absoluta, y ha reclamado la concesión de una gran invalidez. Asimismo, le han declarado una dependencia en Grado III y un grado de discapacidad del 68% con reconocimiento de la necesidad de una tercera persona.

El objetivo de este apartado es determinar las diferencias y correlaciones entre los grados de discapacidad, dependencia e incapacidad laboral.

4.1 LA DEPENDENCIA

El art. 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LAPAD), define los términos opuestos de autonomía y dependencia. La autonomía se define como “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”. Mientras que la dependencia lo hace como:

El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

Esta definición de dependencia es análoga a la que figura en la Recomendación nº 98 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la dependencia, adoptada el 18 de septiembre de 1998⁶². Por supuesto, las normas autonómicas sobre atención a la dependencia, que regulan actuaciones de ámbito social para la asistencia a través de ayudas y servicios, también ofrecen sus propias definiciones⁶³, en línea con las anteriores.

La definición que ofrece la LAPAD es unitaria: cabe su aplicación independientemente de que la causa que haya provocado la dependencia sea la vejez, enfermedad o discapacidad. Y es que, como explica la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (art. 62.2), todos los sectores poblacionales pueden verse afectados por una situación de dependencia, aunque las necesidades de atención puedan variar en función del caso concreto. Por otro lado, la situación de dependencia se atribuye a “la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial”, de forma que se incluyen tanto la carencia inicial, como la atenuación progresiva, reducción o pérdida sobrevenida de la misma⁶⁴.

En función de lo indicado, los elementos definitorios de la dependencia, son los siguientes⁶⁵. En primer lugar, la existencia de una limitación física, mental, intelectual o sensorial que merme algunas de las capacidades de la persona, y que puede derivar de enfermedad, discapacidad o del mero envejecimiento. Este elemento es el que permite pronosticar la evolución y duración de la dependencia.

⁶² En dicho documento la dependencia aparece como el “estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria”.

⁶³ Entre ellas la Ley 2/2007, de 27 de marzo, reguladora de los Derechos y Servicios Sociales de Cantabria; la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; o la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias.

⁶⁴ GÓNZALEZ ORTEGA, S. «La protección social de las situaciones de dependencia». *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 17 (2004), pág. 14.

⁶⁵ ROQUETA BUJ, R. *La Situación de Dependencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 140-143.

En segundo lugar, la incapacidad de la persona para realizar por sí misma las “actividades básicas de la vida diaria” o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, la necesidad de “otros apoyos para su autonomía personal”. La LAPAD define las “actividades básicas de la vida diaria” como “las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas” (art. 2.3). Por otro lado, los “apoyos para la autonomía personal” se definen como aquellos requeridos “para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad” (art. 2.4). En este sentido, la situación de dependencia se determina no sólo por la necesidad de ayudas o apoyos humanos, sino también por la necesidad de aquellas ayudas o apoyos importantes de carácter técnico y/o material.

Por último, el que la situación de dependencia debe ser permanente, por lo que se entiende que la causa de la dependencia debe ser previsiblemente definitiva. Esto es importante ya que implica que no se consideran legalmente situaciones de dependencia las que se extiendan a un período cierto y limitado de tiempo⁶⁶. A esto se suma que la revisión del nivel o grado de dependencia solo se prevé por mejoría de la situación, la cual, por tanto, se deduce que debe ser irreversible⁶⁷.

El art. 26.1 LAPAD clasifica las situaciones de dependencia en los siguientes grados:

- a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, los anteriores grados de dependencia se clasificaban en dos niveles⁶⁸, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado requerido. Pero la clasificación en grados y niveles no afectaba a las prestaciones y servicios reconocidos a las personas beneficiarias dentro de un mismo grado e, incluso, entre niveles próximos de distintos grados. Esto llevaba a continuos procesos de revisión de la valoración, a los que se destinaban recursos y tiempo mejor empleados en la valoración de las personas con mayor grado de dependencia. Por todo lo anterior se simplificaron las gestiones estableciendo una nueva estructura que mantiene tres grados de clasificación de la dependencia, pero sin niveles.

El grado de dependencia se ve determinado, por tanto, en función de la mayor o menor necesidad de ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria desde un enfoque cuantitativo y temporal. Cuantitativamente, se destaca que el número de actividades básicas para las que se requiera ayuda deberá ser, en cualquier caso, mayor que uno (“varias actividades”). Temporalmente, se distinguen: ayudas de al menos una vez al día; ayudas de dos o tres veces al día sin necesidad de apoyo permanente de un cuidador y ayudas de varias veces al día con

⁶⁶ GÓNZALEZ ORTEGA, S. «La protección social de las situaciones de dependencia» *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 17 (2004), pág. 13.

⁶⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» *Aranzadi Social*, núm. 13 (2006), pág. 8.

⁶⁸ Por el art. 26.2 LAPAD, derogado.

necesidad de apoyo indispensable y continuo de otra persona. Y finalmente, en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, se distingue entre apoyo “intermitente o limitado”, “extenso” y/o “generalizado” para su autonomía personal.

Ahora bien, los intervalos para la determinación de los distintos grados (art. 26.2 LAPAD) se establecen según el Baremo de Valoración de los grados y niveles de Dependencia (en adelante, BVD), aprobado por el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero.

Se trata de un baremo acordado en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia y posteriormente aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto en un plazo máximo de tres meses⁶⁹. De ello se extrae que el BVD rige en todo el territorio español. Además, se aplica universalmente a todas las personas, independientemente de su etiología, estado de salud, etc., con la única excepción de que incorpora una escala específica de valoración para menores de 3 años, en virtud de la Disposición adicional decimotercera LAPAD. Sirve también como instrumento de determinación del acceso a prestaciones y servicios de atención a la dependencia, poniendo fin al caos ocasionado con razón de los distintos baremos autonómicos de aplicación domiciliaria, comunitaria y residencial⁷⁰.

En cualquier caso, la valoración se realizará “teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas” (art. 27.5 LAPAD). En relación con el funcionamiento del baremo, el Anexo I BVD determina las correspondencias siguientes:

- a) Grado I. Dependencia moderada: (...) Se corresponde a una puntuación final del BVD de 25 a 49 puntos.
- b) Grado II. Dependencia severa: (...) Se corresponde a una puntuación final del BVD de 50 a 74 puntos.
- c) Grado III. Gran dependencia (...) Se corresponde a una puntuación final del BVD de 75 a 100 puntos.

El BVD tiene en cuenta, con carácter general y a la hora de determinar la dependencia de la persona, su manejo en la realización de tareas relacionadas con comer y beber, higiene personal, mantenimiento de la salud y tomar decisiones o desplazarse fuera del hogar (Anexo I BVD).

Por lo que respecta a la revisión del grado de dependencia, solo podrá llevarse a cabo “a instancia del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones públicas competentes” bien por mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia, bien por error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo (art. 30 LAPAD).

Conforme al art. 28 LAPAD, la situación de dependencia se reconocerá a través de una resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante, que será válida en todo el territorio español. En Galicia, el procedimiento anterior es regulado por el Decreto 15/2010, del 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia⁷¹, que es desarrollado a su vez por la Orden de 2 de enero de 2012⁷².

⁶⁹ Según el art. 27.2 y la Disposición final quinta LAPAD.

⁷⁰ ROQUETA BUJ, R. *La Situación de Dependencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 149.

⁷¹ Decreto 15/2010, del 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa Individual de Atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes

⁷² Orden de 2 de enero de 2012 de desarrollo del Decreto 15/2010, de 4 de febrero, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema

4.1.1 RELACIONES CON LA DISCAPACIDAD Y LA INCAPACIDAD

La Disposición adicional novena LAPAD establece que: “quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley”.

Se alude de esta manera a las personas en situación de gran invalidez y a las personas con discapacidad que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona. En este sentido, la declaración de gran invalidez o discapacidad necesitada del concurso de otra persona implican automáticamente la consideración de dependiente, debiendo estar reconocidas dichas situaciones en una resolución firme, ya sea judicial o administrativa⁷³.

Como la valoración de la discapacidad necesitada de asistencia de terceros y aquella de la gran invalidez no se realizan del mismo modo, la Disposición adicional primera del Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el BVD establece dos reglas.

En relación con las personas afectadas de gran invalidez se les reconocerá la situación de dependencia, con el grado que se determine mediante la aplicación del BVD garantizando en todo caso el grado I dependencia moderada. Y es que para la determinación de los grados de incapacidad permanente contributiva no existe actualmente un baremo, de listas o porcentual. Debido a esto, para la determinación del grado y nivel de dependencia de personas afectadas de gran invalidez se aplica el BVD.

En relación con las personas afectadas de discapacidad necesitadas de la asistencia de terceros, se establece que se les reconocerá el grado de dependencia que corresponda en función de la puntuación otorgada por el baremo del anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de discapacidad, de acuerdo con la siguiente tabla: de 15 a 29 puntos, Grado I de dependencia; de 30 a 44 puntos, Grado II de dependencia, de 45 a 72 puntos, Grado III de dependencia.

Se añade a esto que, salvo en los supuestos en que el grado y nivel que resulte de la aplicación de dicha tabla sea el máximo reconocible (Grado III), se aplicará el BVD y se reconocerá el grado más favorable entre el que resulte de éste y el que corresponda conforme a la tabla anterior.

De este modo, según la legislación sobre dependencia y dado que existe un baremo asociado al procedimiento de declaración y acreditación de la discapacidad, el grado y nivel de dependencia reconocido a las personas discapacitadas que necesiten asistencia de terceros se calculará en base a la puntuación obtenida en dicho baremo. Pero, de obtenerse un grado de dependencia inferior al resultante si se empleara únicamente el BVD, se reconocerá el correspondiente al BVD. En cualquier caso, se garantiza un grado I de dependencia (dependencia moderada).

Por último y según la Disposición adicional primera del Real Decreto 174/2011, el reconocimiento de la situación de dependencia en el caso de personas con discapacidad o gran invalidez deberá realizarse “a instancias de la persona interesada o de quien ostente su representación”.

para la Autonomía y la Atención a la Dependencia, el procedimiento para la elaboración del programa individual de atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes.

⁷³ ROQUETA BUJ, R. *La Situación de Dependencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 150.

4.2 LA DISCAPACIDAD

A lo largo de los años se han utilizado distintos términos para referirse a las personas en situación de discapacidad, entre ellos “minusválidos” e “inválidos”⁷⁴. La Disposición adicional octava LAPAD ha ajustado la terminología de la siguiente manera:

- Se sustituyen los términos “minusválidos” y “personas con minusvalía”, por “personas con discapacidad”.

Asimismo, de acuerdo con el Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad⁷⁵:

- Se sustituyen las antiguas referencias a “discapacidad” por referencias a “limitaciones de la actividad”.

Con ello se ha pretendido armonizar las referencias en función de lo indicado por la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la discapacidad y de la salud de 2001 (en adelante, CIF-2001) dentro del marco conceptual de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS). Según este documento, la discapacidad es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación que atienden a los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una “condición de salud” y sus factores contextuales. Así es que el concepto de discapacidad no puede hacer referencia exclusivamente a la restricción o ausencia de capacidad para realizar una actividad, sin incluir aquella a factores sociales complementarios que dificulten la integración social.

Además, la OMS ha reconocido que este tipo de términos de clasificación pueden etiquetar y estigmatizar, a pesar de los esfuerzos realizados para que esto no sea así. Por ello, en la CIF-2001 se expresa la decisión tomada, al inicio del proceso de revisión, de abandonar totalmente el término “minusvalía” dada su connotación peyorativa en inglés (“handicapped”) y de no utilizar el término “discapacidad” como nombre de un componente, sino como término genérico global.

Cabe destacar que no solo en inglés el término “minusválido” posee connotaciones negativas, y es que como indica la Real Academia Española⁷⁶, la palabra “minusválido” proviene de la combinación latina de “minus” (menos) y “válido” (a estos efectos, apto). El uso del término “minusválido” implicaría la inaptitud inherente y con carácter general de todo tipo de personas con necesidades especiales por su condición de salud mental y/o física. Y el avance hacia la inclusión social exige reconocer que las personas con este tipo de necesidades merecen el mismo respeto y, particularmente, las mismas oportunidades que todas las demás.

4.2.1 GRADUACIÓN

La Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁷⁷ define en su art. 2 el término “discapacidad” como “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o

⁷⁴ VICENTE HERRERO, M. T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., CAPDEVILLA GARCÍA, L.M. y otros. «Discapacidad e incapacidad laboral en España. Actualización legislativa 2016» *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, núm. 1 (2018), pág. 84.

⁷⁵ Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

⁷⁶ *Minusválido*. Diccionario de la Real Academia Española. Sin fecha de publicación [consulta: 07/06/2021]. Disponible en: <https://dle.rae.es/minusv%C3%A1lido>.

⁷⁷ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Establece además el art. 4.2 que se considerarán personas con discapacidad aquellas con un grado de discapacidad igual o superior al 33%, dentro de los cuales se encuentran particularmente los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez; y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Al respecto de la concesión de discapacidad igual o superior al 33% en caso de tener reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, la jurisprudencia ha establecido⁷⁸, que la equiparación porcentual no es automática, sino que deberá atenderse al baremo contenido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Esto se debe a que el baremo constituye una lista cerrada, por lo que, la declaración de incapacidad permanente, por sí misma, no determinará el porcentaje de discapacidad, que se calculará en función de las lesiones y secuelas del incapacitado.

El art. 3 del mismo Real Decreto 1971/1999 afirma que las situaciones de discapacidad se clasifican en grados según su alcance. Dicha calificación deberá responder a criterios técnicos unificados, fijados a través de los baremos contenidos en la propia norma; y en todo caso el grado de discapacidad se expresará en porcentaje. En la valoración de la discapacidad se tienen en cuenta las limitaciones de la actividad que presente la persona (art. 5), así como otros posibles factores sociales complementarios que dificulten su integración social (entorno familiar, situación laboral, etc.). El grado correspondiente será el resultado de modificar el porcentaje obtenido en la valoración de las limitaciones de la actividad, que no podrá ser inferior al 25%, sumando la puntuación obtenida en el baremo de factores sociales complementarios (al que se aplica un máximo de 15 puntos).

En los casos en que se valore el acceso a complemento por necesitar el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, la concurrencia de dicha necesidad se determinará aplicando el BVD y se estimará acreditada cuando la puntuación obtenida refiera a algún grado de dependencia, lo cual, atendiendo a lo ya expuesto sobre homologación de la situación de dependencia para los discapacitados con este complemento, apunta a disfunciones en la interconexión normativa. Asimismo, cuando en una misma persona concurren distintas dolencias se establece la utilización de una Tabla de valores combinados.

De acuerdo con el art. 6 del Real Decreto 1971/1999, es competencia de las Comunidades Autónomas el reconocimiento del grado de discapacidad. A este respecto, los dictámenes técnicos serán emitidos por los órganos autonómicos competentes y por los Equipos de Valoración y Orientación (en adelante, EVO) del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (en adelante, IMSERSO). La norma que regula el anterior procedimiento en la Comunidad Autónoma gallega es la Orden de 25 de noviembre de 2015 por la que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes.

⁷⁸ STS 810/2008 de 15 de enero (ECLI:ES:TS:2008:81).

4.3 LA INCAPACIDAD LABORAL

Con carácter general, se entiende la incapacidad laboral como un “desequilibrio entre las capacidades funcionales y los requerimientos de un puesto de trabajo”⁷⁹. En atención al carácter permanente de la incapacidad concedida a Pablo y a las conclusiones del apartado primero, este análisis se centrará en el régimen por incapacidad permanente del trabajador por cuenta ajena.

4.3.1 INCAPACIDAD LABORAL PERMANENTE DEL TRABAJADOR POR CUENTA AJENA

El art. 193 LSS define la incapacidad permanente contributiva como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Conforme al art. 8.5 de la Ley 24/1997 de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, y dado que los operadores jurídicos venían empleando indistintamente los términos “incapacidad” e “invalidez”⁸⁰, se ha establecido que las antiguas referencias a “invalidez permanente” se entiendan realizadas a “incapacidad permanente”.

Se observa que la incapacidad permanente debe ser sobrevenida, es decir, que debe surgir con posterioridad al desempeño de una actividad profesional o empleo (y correspondiente afiliación a la Seguridad Social)⁸¹. El Tribunal Constitucional ha expresado en su jurisprudencia que dolencias previas a la afiliación no darán lugar a la declaración de incapacidad a efectos prestacionales⁸².

Como excepción a lo anterior, sí se permitirá la declaración de incapacidad permanente en relación con personas con discapacidad que sufran una disminución o anulación de su capacidad laboral a consecuencia de la agravación de sus lesiones o debido a la concurrencia de éstas con nuevas lesiones o patologías (art. 193.1 LSS).

Por otro lado, y con carácter general, la incapacidad permanente deriva de situaciones de incapacidad temporal (art. 193.2 LSS). En función del porcentaje de reducción de la capacidad del interesado, la incapacidad permanente se clasifica en uno de los siguientes grados del art. 194 LSS⁸³: 1º) “parcial para la profesión habitual” o aquella que ocasione al trabajador una disminución de al menos un 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales, 2º) “total para la profesión habitual” o aquella que inhabilite al trabajador “para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”, 3º) “absoluta para todo trabajo” o aquella “que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio” y por último 4º) “gran invalidez” o “situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

⁷⁹ VICENTE HERRERO, M. T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., CAPDEVILLA GARCÍA, L.M. y otros. «Discapacidad e incapacidad laboral en España. Actualización legislativa 2016» *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, núm. 1 (2018), pág. 86.

⁸⁰ ALBERT EMBUENA, V. *La Incapacidad Permanente Contributiva. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 37.

⁸¹ GARCÍA NINET, J. I. «La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos» *Revista Tribuna Social*, núm. 10 (1991), pág. 31.

⁸² SSTC 197/2003 de 30 de octubre (ECLI:ES:TC:2003:197), 78/2004 de 29 de abril (ECLI:ES:TC:2004:78).

⁸³ Como se ha indicado anteriormente, la redacción del art. 194 se menciona según lo dispuesto en la Disposición transitoria vigésima sexta LSS, dado que la redacción tal y como figura en el art. 194 solo será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3.

Se observa que el primer grado de incapacidad hace alusión a un porcentaje del 33% de disminución del rendimiento laboral normal, pero la LSS no establece cómo determinar ese porcentaje. Como indica ALBERT EMBUENA⁸⁴, será necesario descubrir la profesión de la persona supuestamente afectada por la incapacidad, y las circunstancias en que realiza su trabajo, para que resulte posible determinar sus “tareas fundamentales”. De ser capaz de llevarlas a cabo, el grado de incapacidad permanente será parcial cuando se acredite una disminución del rendimiento en, al menos, un 33%.

El órgano competente para la declaración de la incapacidad permanente es en la actualidad el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS), competencia que se extiende a todas las fases del procedimiento de declaración conforme el art. 200.1 LSS y al art. 1 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio⁸⁵. Para cumplir la función anterior, las Direcciones provinciales del INSS constan de un Equipo de Valoración de Incapacidades (en adelante, EVI).

4.4 CONCLUSIONES RELATIVAS A LAS DIFERENCIAS Y CORRELACIONES ENTRE EL GRADO DE DISCAPACIDAD, DEPENDENCIA E INCAPACIDAD LABORAL

La discapacidad, dependencia e incapacidad laboral son situaciones jurídicas que se determinan en base a criterios distintos, a pesar de que todas ellas tienen relación con anomalías físicas o psicológicas que afectan a la persona y que disminuyen su funcionalidad.

Así, el concepto de discapacidad centra su atención en las barreras generales que afectan a la participación social, la dependencia se enfoca en la necesidad de ayuda para realizar ciertas actividades básicas de la vida diaria o pérdida de autonomía, y la incapacidad atiende a la imposibilidad de rendir profesionalmente cumpliendo con unos estándares generales de productividad.

A pesar de que existe una modalidad temporal de incapacidad, en atención al supuesto de hecho el análisis se ha centrado en la incapacidad permanente, y por ello se puede destacar a mayores que tanto la discapacidad como la dependencia y la incapacidad responden a situaciones previsiblemente permanentes.

Por lo que respecta a su determinación, el juicio de discapacidad e incapacidad emplea criterios técnicos, particularmente, dos baremos de valoración, cuya aplicación corresponde a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el caso de la dependencia, y a los EVO del IMSERSO en caso de discapacidad. El juicio de incapacidad, a diferencia de los anteriores, responde a criterios casuísticos y corresponde al INSS a través de los EVI.

En relación con posibles homologaciones, las interconexiones legislativas presentan disfunciones. Por ejemplo, la legislación de dependencia plantea la posibilidad de obtener la homologación en caso de disponer de discapacidad con complemento de necesidad de tercera persona; pero la legislación de discapacidad exige, para obtener dicho complemento, que de la aplicación del BVD resulte alguno de los grados de dependencia.

También se permite la homologación de la dependencia si se acredita la gran invalidez, en el grado correspondiente al que resulte de aplicar el BVD. La ley garantiza un grado de dependencia moderada, aunque, teniendo en cuenta que uno de los requisitos para ser declarado gran inválido es la necesidad de “asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida” (art. 194 LSS), requisito al que no nos referiremos como dependencia dado que no implica la

⁸⁴ ALBERT EMBUENA, V. *La Incapacidad Permanente Contributiva. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 80.

⁸⁵ Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

aplicación del BVD y para no causar confusión, parece previsible que una persona con gran invalidez obtenga un resultado positivo en el BVD.

Otra homologación posible es la de la discapacidad, cuando se disponga de un grado de incapacidad laboral total, absoluta o gran invalidez. En este caso, el grado de discapacidad no se atribuirá automáticamente y se calculará conforme al baremo empleado habitualmente para ello.

Por último, cabe destacar que, a pesar de que la incapacidad laboral debe ser por causa sobrevenida, se admite su declaración cuando se trate de personas con discapacidad cuyas lesiones previas se agraven, o en caso de que la concurrencia de éstas con nuevas lesiones o patologías disminuyan o anulen su capacidad laboral.

5 LA CALIFICACIÓN DEL ACCIDENTE LABORAL. ELEMENTOS PROBATORIOS DEL NEXO CAUSAL Y PRESUNCIONES

Pablo acudió un día cualquiera a trabajar y, al abrir la puerta de su despacho en la planta primera, sintió un dolor repentino que persistió durante la mañana hasta afectar a la movilidad de sus piernas. Al final de la mañana, le aconsejan irse a casa, donde Pablo percibe cómo pierde la total movilidad de las piernas rápidamente. En 2019, tras un año de hospitalización, le dan el alta con un diagnóstico de “lesión medular dorsal con paraplejia incompleta sensitiva, espasticidad, intestino y vejiga neurógena”. En el informe médico se señala también la necesidad de desplazarse en silla de ruedas.

El objetivo de este apartado es determinar qué factores se tienen en cuenta para determinar el carácter laboral de un accidente, prestando especial atención a las presunciones y elementos probatorios del nexo causal. En atención a las conclusiones del primer apartado, el análisis se centrará en el accidente laboral del trabajador por cuenta ajena.

5.1 EL ACCIDENTE LABORAL DEL TRABAJADOR POR CUENTA AJENA

El art. 156.1 LSS define el accidente laboral como “toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”, de este modo, los elementos configuradores del accidente laboral son tres⁸⁶.

En primer lugar, el trabajador por cuenta ajena o elemento subjetivo. Se remite a lo expuesto en el primer apartado sobre la regulación del trabajo asalariado. Tradicionalmente, solo se contemplaba la protección por accidente de trabajo del trabajador por cuenta ajena, aunque hoy en día dicha protección se ha visto ampliada a otros colectivos⁸⁷, si bien con sus respectivas particularidades.

En segundo lugar, la lesión corporal o elemento objetivo. El concepto “lesión corporal” ha de entenderse en sentido amplio, de forma que contenga tanto las acciones súbitas y violentas como los deterioros lentos y progresivos⁸⁸, incluso enfermedades, siempre que su origen sea el trabajo.

Por último, el nexo causal entre los anteriores. Puesto que se trata de la protección del trabajador ante determinados riesgos profesionales, resulta esencial la prueba de que el perjuicio ha derivado de la relación laboral, por un lado; y de que existe relación entre la conducta del empleador y tal

⁸⁶ ECHEGARAY MESEGUER, J.M. *La revisión jurisprudencial del concepto de accidente de trabajo in itinere: últimas tendencias jurisprudenciales*. TFG por la Universidad Pontificia Comillas, 2020.

⁸⁷ MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*. Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2013 págs. 292-294.

⁸⁸ SSTs 1172/2008 de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:1172), 6109/2003 de 7 de octubre (ECLI:ES:TS:2003:6109).

perjuicio, por otro⁸⁹. Jurisprudencialmente, se ha establecido la distinción entre accidente de trabajo “propio” (“por consecuencia”), o aquel que se sufre simplemente a consecuencia de la ejecución del trabajo; y accidente de trabajo “impropio”, o aquel que se debe a una causa distinta de la actividad laboral, pero que combinada con ésta da lugar al accidente (“con ocasión”, de forma que el accidente no hubiera tenido lugar de no haber concurrido la actividad laboral, aunque hubiese otros factores en juego)⁹⁰.

En cualquier caso, el TS viene declarando con rotundidad que debe calificarse como accidente de trabajo aquel en que “concurra una conexión con la ejecución de un trabajo”, siendo suficiente con que el nexo causal se manifieste en algún grado, y descartándose solo su existencia cuando sea posible acreditar la ruptura de la causalidad “por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación”⁹¹.

La LSS presume, salvo prueba en contrario, “que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo” (art. 156.3 LSS). El art. 156.2 LSS también considera accidentes de trabajo una serie de supuestos, entre ellos:

- a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.
- b) Los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos.
- c) Los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa.
- d) Los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.

Los supuestos anteriores no cumplen los requisitos del accidente de trabajo, pero son asimilados como tal. Así, por ejemplo, el apartado a) regula el accidente el accidente “in itinere”: aquel que tiene lugar durante el trayecto que realiza el trabajador desde su domicilio (o residencia habitual a efectos de trabajo⁹²), al lugar en que realiza su actividad laboral, o viceversa. La jurisprudencia⁹³ ha determinado que deben cumplirse una serie de circunstancias para poder hablar de este tipo de accidente: un elemento teleológico, que se concreta en que la finalidad principal y directa del viaje esté determinada por el trabajo; un elemento geográfico, según el cual el accidente debe producirse en el trayecto habitual y normal que se recorre desde el lugar de trabajo al domicilio, o viceversa; un elemento cronológico por el que el recorrido no debe verse alterado por desviaciones temporales no prudenciales, es decir, aquellas que obedezcan a motivos de interés particular; y un último elemento de idoneidad del medio de transporte, y es que el trayecto debe haberse realizado a través de un medio racional y adecuado de transporte.

Como se indicaba, y visto que no ocurre en tiempo y lugar de trabajo, el accidente in itinere no merecería stricto sensu la calificación de accidente de trabajo⁹⁴, y consecuencia importante de ello es que no se aplique la presunción de laboralidad del art. 156.3⁹⁵. Así, en estos casos, la prueba

⁸⁹ PINTO SARMIENTO, Y. *El concepto de Accidente de Trabajo en el Sistema Español: Desde los orígenes de la protección al sistema de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 181.

⁹⁰ PÉREZ ALONSO, M.A. *El Accidente de Trabajo y la Enfermedad Profesional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 15.

⁹¹ SSTs 2491/2020 de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2491), 425/2020 de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2020:425).

⁹² STS 6487/2013 de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:6487).

⁹³ SSTs 150/2005 de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2005:150), 5389/2005 de 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5389), 910/2018 de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:910).

⁹⁴ TASCÓN LÓPEZ, R. *El accidente de trabajo en misión*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 22.

⁹⁵ STS 4384/2000 de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2000:4384)

de la ruptura correrá a cargo del empresario, conforme a las normas probatorias establecidas en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (arts. 385 y 386).

Cabe mencionar que el apartado a) regula también el accidente de trabajo “en misión”, que puede definirse como “un desplazamiento del trabajador fuera del lugar de trabajo habitual, siguiendo órdenes e instrucciones de la empresa, para llevar a cabo cometidos laborales”⁹⁶. Se entiende en estos casos que el propio vehículo o medio de transporte también es “lugar de trabajo”, por ello los accidentes en misión sí contienen los elementos del accidente laboral y se les aplica la presunción de laboralidad⁹⁷. Dicho esto, el concepto “lugar de trabajo” se entiende, a efectos del accidente laboral, en sentido amplio, permitiendo su adaptación incluso a situaciones como el teletrabajo⁹⁸.

Los siguientes supuestos del art. 156.2 LSS hacen referencia a enfermedades. El apartado e) regula las enfermedades que, no estando consideradas enfermedades profesionales del art. 157 LSS, “contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”. Los operadores jurídicos denominan “enfermedades de trabajo” aquellas no profesionales que el trabajador haya contraído a raíz de su desempeño laboral. A diferencia de las enfermedades profesionales cuya lista cerrada se recoge en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre⁹⁹, la relación de causalidad entre la actividad laboral y la enfermedad de trabajo es abierta, de forma que su determinación viene atendiendo casuísticamente a la apreciación jurisprudencial de nexo causal entre la enfermedad y la actividad laboral¹⁰⁰, incluyéndose desde alergias¹⁰¹ hasta infartos de miocardio¹⁰². Cabe destacar que la lista de enfermedades profesionales no recoge los daños psíquicos, por lo que éstos se encuadran en los accidentes de trabajo (p. ej. el desgaste personal, malestar derivado de acoso moral en el trabajo, etc.).¹⁰³

El apartado f) regula las “enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”. De este modo se hace posible la calificación de accidente laboral de aquellas situaciones en que el trabajo tiene alguna relevancia causal, aunque no sea causa exclusiva¹⁰⁴.

Por último, el apartado g) regula “las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”. Es decir, que tendrán la consideración de accidente de trabajo aquellas complicaciones derivadas de accidente laboral, aunque se trate de contingencias no profesionales. Por ejemplo, una necrosis de cadera producida a raíz de una lesión lumbar calificada de accidente laboral¹⁰⁵.

⁹⁶ BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MONPARLER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 311.

⁹⁷ REMIGIA PELLICER, V.D. *Infarto y accidente de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 34

⁹⁸ PINTO SARMIENTO, Y. *El concepto de Accidente de Trabajo en el Sistema Español: Desde los orígenes de la protección al sistema de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 174.

⁹⁹ Real Decreto 1299/2006 por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.

¹⁰⁰ PINTO SARMIENTO, Y. *El concepto de Accidente de Trabajo en el Sistema Español: Desde los orígenes de la protección al sistema de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 170.

¹⁰¹ STSJ PV 3002/2002 de 11 de junio (ECLI:ES:TSJPV:2002:3002).

¹⁰² STS 2491/2020 de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2491).

¹⁰³ STSJ M 9108/2004 de 30 de junio (ECLI:ES:TSJM:2004:9108).

¹⁰⁴ STSJ CL 278/2014 de 20 de febrero (ECLI:ES:TSJCL:2014:278).

¹⁰⁵ STSJ BAL 597/2004 de 11 de junio (ECLI:ES:TSJBAL:2004:597).

En cualquier caso, y por lo que respecta a las enfermedades no profesionales, se aplicará la presunción de laboralidad del art. 156.3 LSS siempre que el trabajador sufra las lesiones “durante el tiempo y en el lugar de trabajo” y será el empresario quien deberá probar la ruptura del nexo causal, como ya se expuso y con carácter general, “por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación”¹⁰⁶.

Por último, cabe destacar que el art. 156.4 LSS excluye del ámbito de los accidentes laborales aquellos causados por imprudencia temeraria¹⁰⁷ del trabajador la cual implica asunción de riesgos manifiestos, graves e innecesarios¹⁰⁸.

5.2 CONCLUSIONES RELATIVAS A LA CALIFICACIÓN DEL ACCIDENTE LABORAL EN ATENCIÓN AL CASO DE PABLO

Se observa que los elementos configuradores del accidente laboral incluyen: un trabajador, una lesión, entendida en sentido amplio, y un nexo causal entre los anteriores.

Dada la dificultad de probar el nexo causal, se establece una presunción de laboralidad que recae sobre todos los accidentes que tengan lugar durante el tiempo y en el lugar del trabajo (art. 156.3 LSS). En estos casos, será el empresario quien deberá probar la ruptura total del nexo causal, dado que cualquier grado de causalidad implicará mantener la anterior presunción. A mayores, el art. 156.2 regula una serie de supuestos que, bien por cumplir con los elementos configuradores del accidente laboral, bien por cumplir los requisitos exigidos jurisprudencialmente a las modalidades asimiladas, atienden a la calificación de accidentes laborales.

Ello no impide que se califiquen como laborales accidentes los no incluidos entre los anteriores, pero el trabajador deberá probar la causalidad entre su actividad laboral y la contingencia, lo cual suele plantear numerosas dificultades.

Particularmente, las lesiones de Pablo se manifiestan “súbitamente” al momento de abrir la puerta de su despacho, en horario de trabajo. Atendiendo únicamente a esto, cabría entender que las lesiones no existían hasta ese momento, y al haberse presentado *in loco et tempore laboris* se aplicaría la presunción del art. 156.3 LSS. Así, sería su empresa la que debería probar en juicio la ruptura del nexo causal.

Ahora bien, si las lesiones ya hubiesen existido con carácter previo al momento de su manifestación, y al haberse manifestado durante la jornada laboral y en lugar de trabajo, el supuesto se encuadraría en el apartado f) del art. 156.2, es decir, se trataría de una enfermedad de trabajo. Al igual que en la variante anterior, su empresa quedaría obligada a probar en juicio la ruptura del nexo causal. Conviene indicar que para la destrucción de la presunción de laboralidad que recae sobre las enfermedades de trabajo la jurisprudencia admite prueba de que “por su propia naturaleza excluyen una etiología laboral”¹⁰⁹.

6 RÉGIMEN DE COMPATIBILIDADES DE LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA POR GRAN INVALIDEZ

Pablo colabora voluntariamente con la Asociación de Personas con Discapacidad de A Coruña, de la que es socio y dónde recibe rehabilitación. Le gustaría retomar algún tipo de actividad laboral para complementar la pensión que recibe del Estado por la incapacidad, puesto que le han ofrecido

¹⁰⁶ SSTS 2491/2020 de 16 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2491), 425/2020 de 23 de enero (ECLI:ES:TS:2020:425).

¹⁰⁷ A diferencia de la imprudencia profesional del trabajador, que no excluye el accidente laboral.

¹⁰⁸ STSJ AR 2170/2010 de 27 de diciembre (ECLI:ES:TSJAR:2010:2170).

¹⁰⁹ STS 1172/2008 de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2008:1172).

varios puestos de trabajo adaptados a su situación, como asesorar en materia de accesibilidad y diseño de proyectos de mejora de la accesibilidad.

El objetivo de este apartado es determinar si Pablo puede iniciar algún tipo de actividad laboral después de concedida la gran invalidez sin perder su derecho a la pensión contributiva, así como si es posible que continúe su labor de voluntario.

6.1 COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN POR GRAN INVALIDEZ CON ACTIVIDADES LABORALES O NO LUCRATIVAS

El art. 198.2 LSS establece que “las pensiones vitalicias en caso de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.

Cabe recordar que las definiciones que ofrece el art. 194 LSS de los anteriores grados de incapacidad resultan, en términos literales, bastante antagónicas a lo que acaba de apuntarse. Así, se define incapacidad permanente absoluta para todo trabajo como aquella “que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”. Y la gran invalidez sería aquella del trabajador “afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida”. Sin embargo, el art. 198.2 LSS parece contemplar cierta capacidad laboral residual.

Este contraste llevó al TS a interpretar inicialmente que el afectado de incapacidad absoluta o gran invalidez solo podría llevar a cabo, de forma excepcional, actividades marginales, intrascendentes y ocasionales, que no fueran objeto de contratación normal en el mercado de trabajo y, en definitiva, que no comprendiesen el núcleo funcional de una profesión u oficio¹¹⁰. Esta tesis restrictiva se fundamentaba, además de en la propia definición que ofrece la LSS de los respectivos grados de incapacidad, en la configuración de las prestaciones del sistema como mecanismos de sustitución de rentas de activo¹¹¹, entendiéndose que las prestaciones de la Seguridad Social cumplen el fin de solventar situaciones de necesidad concretadas, en la práctica, por la pérdida (temporal o definitiva) de rentas laborales, pero si la persona es capaz de obtener dichas rentas poniendo en riesgo su capacidad laboral residual, cesa el deber de protección estatal.

Bajo esta postura solo actividades marginales, compatibles con la capacidad laboral residual, permitían la percepción simultánea de salario y pensión. Las demás actividades eran incompatibles y no se permitía su desarrollo, hasta el punto de denegarse en muchos casos el alta en el sistema de la Seguridad Social¹¹². De realizarse igualmente, el trabajador debía “comunicar tal circunstancia a la entidad gestora competente”¹¹³ (art. 2 del Real Decreto 1071/1984¹¹⁴), lo

¹¹⁰ SSTs de 20 diciembre 1985 (RJ 1985\6166), 13 mayo 1986 (RJ 1986\2546). Disponibles en el buscador jurisprudencial Westlaw (<http://aranzadi.aranzadidigital.es/>).

¹¹¹ ARAGÓN GÓMEZ, C., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. MERCADER UGUINA, J. R. y otros. *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma. Parte I*. Investigación realizada en el marco de los premios convocados por la Orden TIN/731/2011, de 25 de marzo. Sin fecha de publicación [consulta: 17/06/2021]. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/3ee1f1ca-cdc1-4420-ae5f-97f49975f46c/41.Compatibilidad+de+prestaciones+y+trabajo.+I++Investigacion.pdf?MOD=AJPERES>

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ De otro modo se aplican las sanciones correspondientes del Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social, sin perjuicio de la obligación de reintegro de las prestaciones.

¹¹⁴ Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social.

cual podía suponer la revisión de la incapacidad con previa suspensión automática de la pensión, y en su caso el reintegro de cuantías indebidamente percibidas.

Más recientemente, el TS ha modificado su línea con base en diversos argumentos¹¹⁵. En primer lugar, se plantea que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran disposiciones como el art. 198.2 LSS, el art. 2 del Real Decreto 1071/1984¹¹⁶ o el art.18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996.

En segundo lugar, señala la jurisprudencia que la literalidad del art. 198.2 LSS apoya la plena compatibilidad entre incapacidad y trabajo. A esto se añade la idea que la tesis restrictiva implicaría negar toda actividad e ingresos más allá de la marginalidad¹¹⁷, y que la incompatibilidad de actividades no marginales tendría un efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de la persona incapacitada puesto que “la suspensión de la pensión por la percepción de ingresos debidos al trabajo ordinario privaría prácticamente de estímulo económico a una actividad que con toda seguridad ha de realizarse con considerable esfuerzo”¹¹⁸. Por último, el TS hace mención a las posibilidades laborales derivadas de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, que favorecen la prestación de servicios sin que el trabajador se vea obligado a acudir al centro de trabajo.

Esta nueva tesis admite la compatibilidad de la pensión por gran invalidez con todas aquellas actividades compatibles con el estado de salud del incapacitado. El ejercicio de actividades remuneradas supone además la obligación de alta y cotización en la Seguridad Social, conforme al art. 15 LSS, planteándose la posibilidad de generar una nueva prestación de incapacidad. Ahora bien, si las cotizaciones se han ingresado en el mismo régimen que reconoció y otorgó la pensión suspendida, solo se podrá conceder una nueva prestación si ésta se solicita debido a nuevas dolencias o agravación de las anteriores y si se aprecia un grado de incapacidad superior¹¹⁹.

Tampoco será posible vedar actividades al incapacitado, aunque éstas no sean compatibles con su capacidad laboral, ni se podrá suspender por ello la pensión de forma automática por el INSS¹²⁰. La realización de una actividad que se encuentre fuera del ámbito de compatibilidad por denotar un cambio en la capacidad de trabajo solo justificará el inicio de un procedimiento de revisión, que podrá derivar en la extinción de la pensión o la atribución de un grado inferior de incapacidad permanente, cuando se acredite una variación en las lesiones que afecte a la capacidad de trabajo. Se extrae por tanto que la única incompatibilidad formulada por el art. 198.2 LSS es aquella relativa a las actividades incompatibles por ser perjudiciales o inadecuadas para el estado del incapacitado.

¹¹⁵ SSTS 1699/2013 de 19 marzo (ECLI:ES:TS:2013:1699), 8101/2009 de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8101), 4429/2010 de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4429).

¹¹⁶ Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la Seguridad Social.

¹¹⁷ STS 4429/2010 de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4429).

¹¹⁸ STS 1699/2013 de 19 marzo (ECLI:ES:TS:2013:1699).

¹¹⁹ ARAGÓN GÓMEZ, C., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. MERCADER UGUINA, J. R. y otros. *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma. Parte I*. Investigación realizada en el marco de los premios convocados por la Orden TIN/731/2011, de 25 de marzo. Sin fecha de publicación [consulta: 17/06/2021]. Disponible en: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/3ee1f1ca-cdc1-4420-ae5f-97f49975f46c/41.Compatibilidad+de+prestaciones+y+trabajo.+I++Investigacion.pdf?MOD=AJPERES>

¹²⁰ SSTS 1849/2008 de 30 de enero (ECLI:ES:TS:2008:1849), 7572/2008 de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2008:7572), 3264/2009 de 23 de abril (ECLI:ES:TS:2009:3264).

6.2 CONCLUSIONES RELATIVAS A LA COMPATIBILIDAD DE ACTIVIDADES CON LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA POR GRAN INVALIDEZ

Como afirma RON LATAS¹²¹, hasta hace unos años la jurisprudencia “no admitía la validez jurídica del trabajo del incapaz”, impidiéndole realizar trabajos que no cumpliesen los requisitos de marginalidad y escasa entidad. Recientemente esto ha cambiado, y se acepta la participación de quien sufre de incapacidad permanente absoluta, o gran invalidez, en actividades, tanto lucrativas como no lucrativas, de carácter ordinario, dentro de lo posible, y a tiempo completo. Trata así de fomentarse su inserción laboral, teniendo en cuenta que este ámbito no deja de plantear “un juicio problemático de las expectativas de empleo”¹²², que por lo que respecta a la gran invalidez, quedan extraordinariamente limitadas.

Así, en relación con el supuesto de hecho, es perfectamente posible que Pablo inicie una actividad laboral después de la declaración de gran invalidez, siempre que dicha actividad no resulte perjudicial o inadecuada para su estado de salud, sin perder su derecho a la pensión. Ahora bien, deberá tener en cuenta que actividades que puedan indicar un cambio en su capacidad laboral, como aquellas relacionadas con su anterior profesión de arquitecto, propiciarán una revisión de la incapacidad (art. 200.2 LSS), y esto podría suponer un cambio en el grado de incapacidad o incluso su extinción, dependiendo de si se acreditan cambios en sus lesiones que apunten a una mayor capacidad laboral. En cualquier caso, deberá informar a la entidad gestora competente del inicio de su actividad laboral (art. 2 del Real Decreto 1071/1984), así como darse de alta en la Seguridad Social (art. 15 LSS).

Por último, en relación con su labor de voluntario, no se observa motivo por el cual Pablo no pueda continuar ella, siempre que las actividades que realice no empeoren sus lesiones. En todo caso, si la rehabilitación propiciase una mejoría en sus dolencias, y las actividades realizadas como voluntario manifestaran dicha mejoría, podría darse una revisión de la incapacidad.

7 ANÁLISIS SUCESORIO DE LAS MENSUALIDADES QUE PABLO RECIBE DE SUS PADRES Y DE SU POSIBLE CONSIDERACIÓN COMO PATRIMONIO PROTEGIDO

Los padres de Pablo desean darle un dinero mensualmente para complementar su pensión por incapacidad. A su hermana no le parece bien este trato y solicita un anticipo de la herencia.

El objetivo de este apartado es determinar si las mensualidades que recibe Pablo de sus padres pueden ser tenidas en cuenta a efectos de su futura herencia y si pueden ser consideradas patrimonio protegido. Se estudiará también cómo podría llevarse a cabo el anticipo solicitado por su hermana, prestando especial atención a los pactos sucesorios regulados por el Derecho civil de Galicia.

7.1 INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS SUCESORIO

La sucesión mortis causa consiste en la sustitución de un sujeto por otro en algunas o todas las relaciones jurídicas transmisibles que le correspondían al tiempo de su muerte; pudiendo ser, por tanto, a título particular (a través de los legados), o universal, respectivamente¹²³.

¹²¹RON LATAS, R.P. *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 77.

¹²² STS 8101/2009 de 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2009:8101).

¹²³ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., HOMERO MÉNDEZ C., SERRANO FERNÁNDEZ, M. y otros. *Derecho de Sucesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 8

La sucesión mortis causa se reconoce como un derecho constitucionalmente protegido, a través del art. 33 CE. Con ello se pretende amparar el derecho de toda persona a disponer de sus bienes para después de su muerte, con sujeción a lo que las leyes establezcan.

Los arts. 806 y ss. CC regulan el derecho de los parientes en línea recta y del cónyuge a recibir una parte del patrimonio del causante en concepto de legítimas. La legítima de los descendientes se corresponde con las dos terceras partes del haber hereditario, aunque solo un tercio se considera “legítima estricta”: el otro tercio podrá ser asignado por el causante a favor de alguno de ellos en concepto de “mejora” (art. 823 CC). El cónyuge, por otro lado, tendrá derecho al usufructo de la mejora si concurre con hijos o descendientes; si lo hace con ascendientes, tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia; y de no haber descendientes o ascendientes, le corresponderá el usufructo de dos tercios del haber hereditario.

En este sentido, uno de los principios del Derecho sucesorio es la posibilidad de disponer de los propios bienes a causa de muerte, siempre y cuando la voluntad del causante se manifieste en las formas dispuestas por el ordenamiento (testamento o contrato sucesorio¹²⁴) y siempre que se respeten las legítimas.

Ahora bien, el régimen estatal tiene carácter supletorio frente a los derechos forales (art. 13.2 CC), en los que la legítima suele ser más limitada y de cuantía inferior. Particularmente, según la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), corresponde a los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario, y al cónyuge viudo el usufructo vitalicio de una cuarta parte (arts. 243 y 253 LDCG). De no concurrir con descendientes, el cónyuge viudo tendría derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital (art. 254 LDCG). De este modo, en Galicia, los ascendientes no tienen la condición de herederos forzosos o legitimarios, y el tanto por ciento correspondiente a quienes sí son legitimarios es menor.

Dado que el supuesto de hecho tiene lugar en territorio gallego, y en atención al art. 38 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (“el Derecho propio de Galicia es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro”), se atenderá también a este régimen a la hora de valorar posibles soluciones a la cuestión planteada.

7.2 EL ANTICIPO DE LA HERENCIA COMO DONACIÓN

En algunos ordenamientos se acepta implícitamente la presunción de que lo donado en vida por el causante a un heredero forzoso lo ha sido como anticipo de su futura cuota hereditaria¹²⁵. Son donaciones aquellos actos de liberalidad por los cuales “una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta” (art. 618 CC).

Con este fundamento se impone al heredero forzoso que concurre con otros a la herencia la obligación de aportar simbólicamente a la masa hereditaria el valor de lo que le dio el causante en vida, de manera que el donatario tome de menos en la masa hereditaria tanto como hubiera recibido en vida del causante.

El CC acepta el sistema expuesto y por medio de su art. 1035 impone al heredero forzoso que concurre con otros a una sucesión la obligación de traer a la masa hereditaria las atribuciones gratuitas recibidas del causante. A su vez el art. 1036 CC establece que la colación no tendrá lugar cuando el donante lo disponga expresamente o cuando el donatario repudie la herencia, a menos

¹²⁴ Conforme al 1271 CC, los contratos sucesorios no operan en el Derecho civil común, pero sí lo hacen en los Derechos civiles forales o especiales, como el gallego.

¹²⁵ BADENAS CARPIO, J.A. y CLEMENTE MEORO, M. *Derecho de Sucesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 66 y ss.

que la donación deba reducirse por inoficiosa, es decir, cuando comporte más de lo que se pueda dar o recibir por testamento sin respetar las cuotas legítimas (art. 636 CC).

Para para que exista obligación de colacionar han de concurrir los dos presupuestos siguientes. En primer lugar, es preciso que concurren a la sucesión varios herederos forzosos o legitimarios, ya se trate de sucesión testada o intestada (art. 1035 CC). Por tanto, no se da la colación cuando el heredero forzoso es único, ni cuando el único heredero forzoso concurre con heredero voluntario, ni tampoco cuando el heredero forzoso no concurre a la sucesión por haber repudiado la herencia. En segundo lugar, es preciso que uno de los herederos forzosos hubiera recibido en vida del causante cualquier atribución a título gratuito.

Respecto de los bienes que son objeto de colación, la regla general es que son colacionables todas las liberalidades inter vivos hechas por el causante a los herederos forzosos (arts. 1035 y 1037 CC). Así, si la hermana de Pablo recibiese un anticipo de la herencia a través de una simple donación, con carácter general, dicha atribución sería colacionable.

7.2.1 LA DISPENSA DE COLACIONAR EN FAVOR DE LOS DISCAPACITADOS

Como se ha expuesto, las liberalidades inter vivos hechas a herederos forzosos son consideradas anticipos de la herencia por las normas sucesorias, y con carácter general implican la obligación de tomar de menos en la masa hereditaria tanto como se hubiera recibido en vida del causante. Pero, conviene destacar la excepción llevada a cabo por el art. 1041 CC, y es que se excluyen de la colación “los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, equipo ordinario, ni los regalos de costumbre” (párrafo primero) así como “los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad” (párrafo segundo).

En general, los gastos recogidos en el art. 1041 CC tienen como finalidad atender las necesidades básicas de los futuros herederos y ello justifica que se trate de excepciones impuestas por la ley, no modificables por la voluntad del causante. Así, los gastos afectados quedan excluidos de la computación de la legítima¹²⁶ y, a efectos sucesorios, no se consideran donaciones sino liberalidades de uso¹²⁷.

La Disposición adicional cuarta, añadida al CC por la LPPPD determina que solo se tendrán por discapacitados a efectos de art. 1041 CC aquellas personas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%. Pablo cumple esta definición dado que su discapacidad responde a dolencias físicas, y se ha declarado un grado del 68%.

Ahora bien, en atención al concepto “necesidades especiales” y como explica DÍAZ PARDO¹²⁸, si fuera posible encuadrar los gastos a favor del discapacitado en el concepto de alimentos (arts. 142 y 146 CC¹²⁹) ya no se aplicaría el párrafo segundo del art. 141 CC, sino el primero (aunque de cualquier modo quedarían exentos de la colación). Así, en el apartado dos se protegen gastos dedicados a cubrir facetas especiales del desarrollo de estas personas, aunque puedan suponer un esfuerzo patrimonial que lleve a la consumición total del patrimonio del ascendiente (p. ej. la compra de una silla adaptada para jugar al baloncesto recreativamente)¹³⁰.

¹²⁶ DÍAZ PARDO, G. *El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil*. La Ley, Madrid, 2006, pág. 6.

¹²⁷ Y por ello no son revocables ni están sujetas a reducción por inoficiosas.

¹²⁸ DÍAZ PARDO, G. *El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil*. La Ley, Madrid, 2006, pág. 12.

¹²⁹ Se considera alimentos “todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica” (art. 142 CC).

¹³⁰ DIAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Ibermutuamur, Associació catalana Nabiu, Madrid, 2004, págs. 232 y ss.

Ahora bien, si el discapacitado es independiente económicamente y puede permitirse el respectivo gasto, dependerá del desembolso realizado por los padres el que se exceda el contenido del art. 1041 y que el acto pase a ser una mera liberalidad¹³¹. Dado que no se conoce con detalle la situación económica de Pablo, más allá del cobro de la pensión por incapacidad, se entenderá del deseo de sus padres de ofrecerle cierta ayuda que el dinero responde a los conceptos valorados en el art. 1041 CC, de alimentos y/o necesidades especiales del discapacitado, y que por ello no ser su colación.

7.2.2 BREVE APUNTE AL TRATAMIENTO FISCAL DE LAS DONACIONES

Como explica el art. 1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante, ISD), éste grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas.

Particularmente, el art. 3.1 b) integra en su hecho imponible “la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito intervivos”. Se trata de un impuesto de naturaleza subjetiva y directa, cedido a las Comunidades Autónomas¹³², y en Galicia se regula a través del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado (en adelante, TRCAG).

Cabe destacar que el ISD no es compatible con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF), de forma que la renta gravada por el primero no se verá afectada por el segundo¹³³.

El art. 5 ISD obliga al pago en calidad de contribuyentes a las siguientes personas físicas:

- a) En las adquisiciones «mortis causa», los causahabientes.
- b) En las donaciones y demás transmisiones lucrativas «inter vivos» equiparables, el donatario o el favorecido por ellas.
- c) En los seguros sobre la vida, los beneficiarios.

De este modo, Pablo deberá tributar por las mensualidades que reciba de sus padres a través del ISD, así como su hermana si ésta recibiese el anticipo en concepto de donación. Se observa que el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del ISD (en adelante, RISD), establece un plazo de 30 días para la declaración de este impuesto a la Delegación territorial correspondiente de la Agencia Tributaria.

7.3 EL PATRIMONIO PROTEGIDO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad¹³⁴ (en adelante, LPPPD), regula lo que se conoce como “patrimonio protegido” de las personas con discapacidad, el cual puede definirse como el conjunto de bienes y derechos, así como de los frutos, productos y rendimientos de éstos, aportados a título gratuito al patrimonio de las personas con discapacidad para satisfacer sus necesidades vitales (art. 1.1 LPPPD) o para el mantenimiento de la productividad del propio patrimonio protegido (art. 5.4 LPPPD). En este sentido, el patrimonio protegido puede verse configurado tanto por aportaciones a título gratuito de terceros, como por bienes y/o derechos preexistentes del discapacitado que adquieren esta

¹³¹ DÍAZ PARDO, G. *El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil*. La Ley, Madrid, 2006, pág. 14.

¹³² OURO VAL, R. *La tributación de herencias, en especial la apartación. Su aplicación en supuesto práctico*. TFG por la Universidad de A Coruña, 2016-2017.

¹³³ Art. 6.4 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

¹³⁴ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

especial afección al momento de la constitución¹³⁵. Únicamente no cabría incluir, dado que la ley hace referencia a bienes y derechos patrimoniales, derechos personalísimos o de carácter familiar¹³⁶. Es importante destacar que discapacitado no podrá hacer aportaciones a su propio patrimonio protegido, dado que ambos tienen la misma personalidad jurídica, y no es posible donarse a uno mismo¹³⁷. En este sentido, las aportaciones del propio discapacitado no se tendrán en cuenta a efectos de reducciones fiscales (art. 54.4 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas¹³⁸, en adelante LIRPF).

SERRANO GARCÍA¹³⁹ justifica la existencia de esta figura a través de las dos ideas siguientes: por un lado, que una persona con discapacidad posee más gastos que otra que no se ve afectada por dicha situación; por otro, que los ingresos de un discapacitado suelen ser inferiores debido a las barreras de inserción laboral que siguen existiendo hoy en día.

El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular (art. 2 LPPPD). A estos efectos, solo se consideran “personas con discapacidad” aquellas con una discapacidad psíquica igual o superior al 33%, o una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65%. Dado que la discapacidad de Pablo es del 68% y responde a razones físicas, podría plantearse la constitución de un patrimonio protegido.

El art. 3 LPPPD señala quiénes pueden constituirlo: bien la propia persona con discapacidad beneficiaria, bien quienes presten apoyo a las personas con discapacidad, o, en tercer lugar, la persona comisaria o titular de la fiducia sucesoria (cuando esté prevista en la legislación civil y autorizada por el constituyente de la misma). Dicho esto, se entiende que, si la persona tiene capacidad de obrar suficiente y en virtud del principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), no será posible constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones en contra de su voluntad. Si quienes deben prestar apoyo se niegan injustificadamente a la constitución del patrimonio protegido, el solicitante podrá acudir al Ministerio Fiscal, quien instará de la autoridad judicial lo que proceda atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 3.2 LPPPD).

Para la constitución deberá ofrecerse una aportación inicial de bienes suficientes y adecuados. A continuación, el patrimonio protegido se constituirá en documento público¹⁴⁰, el cual deberá contener el inventario de los bienes y derechos contenidos en la aportación inicial, la determinación de las reglas de administración y fiscalización, así como cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a su administración o conservación (art. 3.3 LPPPD).

Cualquier persona que tenga un interés legítimo y cuente con el consentimiento de la persona con discapacidad podrá aportar bienes o derechos al patrimonio protegido. Deberán realizarse siempre a título gratuito, y no estarán sujetas a término. Y es particularmente importante que se encuentran

¹³⁵ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado. Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. La Ley, Madrid, 2006, pág. 119.

¹³⁶ LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado. Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 81 (2005).

¹³⁷ GUERRA REGUERA, M. «Los patrimonios protegidos. Un instrumento al servicio de las personas discapacitadas y sus familias» *Revista Quincena Fiscal*, núm. 14 (2015).

¹³⁸ Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

¹³⁹ SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel, Madrid, 2008, pág. 135.

¹⁴⁰ En el caso mencionado de negativa de las personas que deban prestar apoyo, se constituirá por medio de la resolución judicial.

sujetas a las mismas formalidades establecidas para la constitución del patrimonio, es decir, todas las aportaciones deberán constar en documento público¹⁴¹.

El patrimonio protegido se extinguirá si el beneficiario fallece, o si pierde la condición de persona con discapacidad (art. 6.1 LPPPD). En el primer caso, el patrimonio pasará a formar parte de su herencia; y en el segundo, los bienes y derechos que lo integren seguirán siendo de su titularidad.

Además de las posibles reglas de supervisión que se establezcan en el documento de constitución, el patrimonio protegido se encuentra bajo supervisión institucional del Ministerio Fiscal (art. 7 LPPPD), el cual velará por el cumplimiento de los deseos de la persona con discapacidad, bien a través de la información que reciba de ésta, bien a través de lo que le comunique el administrador, quien tendrá en todo caso obligación de rendir cuentas de su gestión. A este respecto, cuando la administración del patrimonio protegido no corresponda al beneficiario o a sus padres, tutores o curadores, la identidad de la persona sobre la cual recaiga dicha condición deberá hacerse pública a través del Registro Civil (art. 8 LPPPD).

En relación con la cuestión de si los bienes del patrimonio protegido están afectos al pago de deudas de su titular, la ley no dispone nada al respecto, lo cual ha generado gran controversia¹⁴². Otro tema discutido ha sido el contenido del art. 54.5 LIRPF, por el cual no puede disponerse de los bienes y derechos aportados al patrimonio protegido hasta pasados cuatro años de la aportación si no se deseara perder los beneficios fiscales analizados en el punto siguiente.

GUERRERA REGUERA¹⁴³ expone distintos actos que a estos efectos no se consideran “de disposición”, concretados asimismo por la Dirección General de Tributos en diversas consultas vinculantes¹⁴⁴: se puede emplear el dinero aportado al patrimonio protegido para realizar el pago del ISD, siempre que se contemple esa posibilidad en el documento de constitución del patrimonio; se puede invertir, de nuevo siempre que se contemple en el documento de constitución del patrimonio (a estos efectos, las compras de inmuebles se consideran inversiones inmobiliarias). Además, el fallecimiento del titular durante el periodo de cuatro años tras la aportación no obliga a regularizar¹⁴⁵.

Si nos ceñimos a lo anterior se observa que, como apunta LUCINI NICÁS¹⁴⁶, quizá la figura del patrimonio protegido esté pensada para familias favorecidas económicamente, dado que parece complicado compatibilizar las aportaciones al patrimonio con abundantes gastos. Este autor recomienda en su lugar la figura del fideicomiso.

Por último, resulta relevante que según el art. 5 LPPPD “no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria”, pero la Dirección General de Tributos mantiene que esta norma no tiene efectos fiscales¹⁴⁷, y que por tanto no afecta al contenido del art. 54.4 LIRPF.

¹⁴¹ Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V0851-14, de 26 de marzo.

¹⁴² GUERRA REGUERA, M. «Los patrimonios protegidos. Un instrumento al servicio de las personas discapacitadas y sus familias» *Revista Quincena Fiscal*, núm. 14 (2015). También ESCRIBANO TORJADA, P. *El patrimonio protegido de las personas con discapacidad*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 86-87.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos núm. V0844-06 de 4 de mayo, V0851-14 de 26 de marzo, V0605-14 de 6 de marzo, V0485, de 21 de febrero, V3547-13 de 9 de diciembre, V387-13 de 2 de diciembre.

¹⁴⁵ Esto no se extiende a otras causas de extinción del patrimonio.

¹⁴⁶ LUCINI NICÁS, J. A., «La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad» *AC*, núm. 14 (2004), pág. 1624.

¹⁴⁷ Consultas Vinculantes de la Dirección General de Tributos, núm. V0851-14, de 26 de marzo, V0485-14 de 21 de febrero, V0363-14 de 12 de febrero.

7.3.1 TRATAMIENTO FISCAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Se analizará primero el tratamiento de las aportaciones en relación con el titular del patrimonio, que en este caso sería Pablo. Dado que es adquirente a título gratuito, inicialmente se pensaría las aportaciones tributan a través de lo recogido en la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del ISD (en adelante, LISD), pero la Disposición adicional decimoctava LIRPF determina un doble tratamiento fiscal.

Esto quiere decir que, en relación con las aportaciones realizadas por sus padres, personas físicas¹⁴⁸, “tendrán la consideración de rendimientos de trabajo hasta el importe de 10.000 € anuales por cada aportante y 24.250 € anuales en conjunto”. Los rendimientos que reciban esta calificación estarán exentos hasta un importe máximo anual del triple del indicador público de renta de efecto múltiple, cifra que, a 16 de junio de 2021, asciende a 20,336 €¹⁴⁹, aplicándose este límite de manera conjunta a las prestaciones en forma de rentas derivadas de prestaciones por discapacidad. Por tanto, solo las aportaciones que superen el límite individual por aportante o colectivo total, tributarán a través del ISD.

Ahora, en relación con el tratamiento fiscal de las aportaciones para los aportantes, en este caso los padres de Pablo. El art. 54 LIRPF determina que las aportaciones realizadas por el cónyuge, tutor, parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, o personas que tengan al discapacitado a su cargo en régimen de acogimiento, reducirán la base imponible del aportante, con el límite máximo de 10.000 euros anuales. Asimismo, “el conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que efectúen aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido no podrá exceder de 24.250 euros anuales”. En este sentido, si concurren varias aportaciones a favor de un mismo patrimonio protegido, “las reducciones correspondientes a dichas aportaciones habrán de ser minoradas de forma proporcional”. Y si se aportase una cantidad que rebasara los anteriores límites, serán aplicables en los cuatro años siguientes.

A lo anterior se suma que, en virtud del art. 33.3 LIRPF, si al realizar una aportación en especie el valor actual del bien fuera superior a aquel de adquisición, el aportante no deberá incluir la ganancia patrimonial en su declaración de la renta.

Por último, cabe destacar que las aportaciones a patrimonios protegidos están exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, conforme al art. 45 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

7.4 ANTICIPO DE LA HERENCIA COMO HERENCIA EN VIDA: PACTOS DE MEJORA Y APARTACIÓN EN EL DERECHO CIVIL DE GALICIA

Cabe la posibilidad de que la hermana de Pablo reciba un anticipo de su herencia en concepto de donación, pero la LDCG regula además dos clases de pacto sucesorio, conocidos popularmente como “herencia en vida”¹⁵⁰ cuya regulación se expondrá brevemente. Se trata de los pactos de mejora y los de apartación.

¹⁴⁸ Cuando los aportantes sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo siempre que hayan sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades con el límite de 8.000 euros anuales (art. 16.4 LIRPF).

¹⁴⁹ Evolución del IPREM. IPREM. Sin fecha de publicación [consulta: 16 de junio de 2021]. Disponible en: <http://www.iprem.com.es/>

¹⁵⁰ La llamada ‘herencia en vida’ en Galicia: así son los pactos sucesorios de mejora y apartación. Garrigues. 22 de abril de 2020 [consulta: 15 de junio de 2021]. Disponible en: <https://www.garrigues.com/es/ES/noticia/llamada-herencia-vida-galicia-asi-son-pactos-sucesorios-mejora-apartacion>

Solo podrán otorgar estos pactos personas mayores de edad con plena capacidad de obrar (condiciones que se presume que cumplen los padres de Pablo), además, deberán ser otorgados en escritura pública (arts. 210 y 211 LDCG). Por último, cabe destacar que las estipulaciones contenidas en los pactos de mejora que hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas deberán interpretarse conforme a los usos y costumbres locales (art. 213 LDCG).

7.4.1 PACTOS DE MEJORA. PARTICULARMENTE CON ENTREGA DE BIENES

De conformidad con los arts. 214 y ss. LDCG, los pactos de mejora son aquellos “por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos”, pudiendo suponer o no la entrega en el momento presente de los bienes correspondientes. Teniendo en cuenta que la hermana de Pablo busca un anticipo de la herencia, parece más apropiado centrarse en el análisis de los pactos con entrega de bienes.

En los pactos de mejora con entrega de bienes, el mejorado adquiere la propiedad y todos los derechos de la titularidad dominical, a menos que el mejorante reserve expresamente facultades a su favor. Esto quiere decir que el mejorante solo podrá disponer del bien cuando ello figure en el pacto, o de resultar éste ineficaz, en cuyo caso recuperaría los bienes¹⁵¹.

La reserva de disposición puede recaer sobre todos los bienes objeto del pacto, o solo sobre una parte de ellos. No será necesario que el mejorado preste su consentimiento para el ejercicio de la misma, pero sí deberá el mejorante notificar el acto de disposición al mejorado cuando requiera de su colaboración (por ejemplo, cuando deba transmitirse el bien a su nuevo titular)¹⁵².

Cuando se emplee la facultad dispositiva por el mejorante, el pacto devendrá ineficiente en cuanto a los bienes objeto de la disposición y a la prestación del mejorado, si ésta última se ha estipulado. Si la prestación ya se realizó, total o parcialmente, el mejorado podrá pedir su restitución, y, si no fuera posible, su equivalente en metálico. En cualquier caso, “los actos de disposición que no tengan origen en la voluntad del mejorante no revocarán el pacto, subrogándose las contraprestaciones en lugar del bien inicialmente previsto” (art. 217 LDCG). Se observa que, si el mejorante no hace uso de la reserva posiblemente estipulada en el pacto, a efectos prácticos será como si ésta no hubiese existido.

Los pactos de mejora con entrega de bienes devienen ineficaces, además de por aquellos motivos convenidos en el propio pacto, si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas, o por ingratitud (arts. 216 y 218 LDCG)¹⁵³. De otro modo, el art. 739 CC establece que “el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte”, de lo cual se extrae que, con carácter general, el pacto de mejora tendrá prioridad conforme a lo establecido en un testamento anterior.

En relación con testamentos posteriores y a raíz de lo ya expuesto, si el mejorante se ha reservado la facultad de disponer de los bienes, se entenderá llevada a cabo dicha disposición. De no haberlo hecho, la disposición testamentaria de los bienes no producirá efectos (art. 217.4 LDCG). Por lo que respecta a la sucesión intestada, ésta se abrirá cuando existan bienes no afectados por el

¹⁵¹ LÓPEZ DE MAR, M. *Los pactos de mejora en el Derecho civil de Galicia*. TFM por la Universidad de A Coruña, 2020.

¹⁵² ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V. J. y VIDAL PEREIRO, V. M. *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio. Volumen I*. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, págs. 342-343.

¹⁵³ Los pactos de mejora sin entrega de bienes se vuelven ineficaces además de por aquellos motivos convenidos en el propio pacto, si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas, por premoriencia del mejorado (salvo pacto expreso de sustitución) o por incurrir el mejorado en causa de desheredamiento o indignidad, por su conducta gravemente injuriosa o vejatoria (arts. 216 y 218 LDCG).

pacto¹⁵⁴, en atención al art. 181 CC por el cual la sucesión se defiere, en todo o en parte, por testamento, cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme al derecho, o disposición de la ley.

Por último y salvo disposición en contrario del causante, existe obligación de colacionar la mejora (art. 245.2 LDCG).

7.4.2 PACTOS DE APARTACIÓN

La apartación o apartamiento es aquel contrato sucesorio por el cual, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados, un legitimario queda excluido “de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso de la herencia del apartante” desde el momento de la formalización del pacto (art. 224 LDCG). Puede incluso pactarse a mayores la exclusión del llamamiento ab intestato (art. 226 LDCG).

Se extrae de la exclusiva mención a la condición de “legitimario” que el apartado no queda despojado de aquellos derechos que le pudiesen corresponder como sucesor voluntario del causante. En este sentido, la apartación resulta un anticipo en vida de la legítima. Otro aspecto relevante es el de que, salvo dispensa expresa del apartante, existirá la obligación de colacionar si él o sus descendientes concurrieran en la sucesión con otros legitimarios (art. 227 LDCG).

La apartación es un negocio jurídico bilateral dado que exige el acuerdo de voluntades entre apartado y apartante, y puede considerarse oneroso si se atiende a que el apartante obtiene una mayor libertad de testar¹⁵⁵. Es también es una excepción a lo establecido por el art. 242 LDCG, según el cual es nula la transacción o renuncia sobre la legítima previa a la apertura de la sucesión.

ÁLVAREZ VILARIÑO¹⁵⁶ señala, atendiendo a lo ya expuesto, los siguientes requisitos para la eficacia y validez de un pacto de apartación: 1º) la capacidad de disposición de los intervinientes deberá ser plena, 2º) el apartado deberá ser un potencial legitimario al momento de celebrar el pacto y 3º) el apartante deberá transmitir al apartado la titularidad del dominio del bien.

El art. 225 LDCG establece que “el apartante podrá adjudicar al apartado cualquier bien o derechos en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma”, por lo que no es necesario que el valor de los bienes o derechos apartados coincida estrictamente con la legítima. Ahora, en relación con esto, GARCÍA RUBIO indica que “si el valor de la entrega es ridículo en comparación con el valor de la legítima supondría un fraude de ley que provocaría la nulidad de la apartación”¹⁵⁷.

Por supuesto, de resultar la inexistencia del bien o derecho pactado, o frustrarse su percepción o conservación por causas imputables al apartante o sus herederos, se devolvería al apartado su condición de legitimario¹⁵⁸.

¹⁵⁴ ESTÉVEZ ABELEIRA, T. *Los pactos de mejora en el Derecho Civil de Galicia*. Reus, Madrid, 2018, págs. 46-48.

¹⁵⁵ GARCÍA RUBIO, M, «El Apartamiento sucesorio en el Derecho Civil Gallego» *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (2000), pág. 1406.

¹⁵⁶ ÁLVAREZ VILARIÑO, T. Pacto sucesorio de apartamiento y capacidad para otorgar testamento. TFG por la Universidad de A Coruña, 2019-2020.

¹⁵⁷ GARCÍA RUBIO, M. P. y HERRERO OVIEDO, M. *Pactos sucesorios en Galicia*. Cizur Menor, Navarra, 2016, pág. 1352.

¹⁵⁸ OURO VAL, R. *La tributación de herencias, en especial la apartación. Su aplicación en supuesto práctico*. TFG por la Universidad de A Coruña, 2016-2017.

7.4.3 TRATAMIENTO FISCAL DE LA HERENCIA EN VIDA

El art. 3.1 a) LISD, incluye en el hecho imponible de este impuesto “la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio”. Y el art. 11 RISD apunta a este respecto que, por título sucesorio, se entenderán “los contratos o pactos sucesorios”.

Cabe afirmar por tanto que la tributación de los pactos de apartación y mejora se llevará a cabo a través del ISD. Los contribuyentes serán los causahabientes, es decir, el apartado y el mejorado, respectivamente (arts. 5 y 16 LISD). A esto se añade, como ya se mencionó al hablar de las donaciones, que, dada su tributación por el ISD, la herencia en vida no se ve afectada por el IRPF¹⁵⁹.

El art. 24.1 LISD señala que “en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo”. De forma que en la mejora con entrega de bienes y en la apartación, el devengo ocurrirá al momento de otorgar el pacto¹⁶⁰. Para la declaración, al igual que ocurría con las donaciones, habrá un plazo de 30 días (art. 67 RISD), dado que se ha atendido especialmente a aquellos pactos sin fallecimiento del causante¹⁶¹.

En la actualidad, las adquisiciones mortis causa tienen la posibilidad de beneficiarse de diversas reducciones de la base imponible. Éstas son propias de la Comunidad Autónoma gallega y son incompatibles, tanto entre sí como con reducciones recogidas en la LISD y/o leyes especiales (art. 7 TRCAG). A pesar de lo anterior, la Dirección General de Tributos ha determinado que la adquisición de diversos bienes y derechos del mismo transmitente por pactos sucesivos no implica su acumulación, de forma que podrían aplicarse las reducciones a cada pacto sucesorio individual¹⁶².

En atención al supuesto práctico conviene destacar las siguientes reducciones, que suponen una amplia mejora con respecto a las establecidas estatalmente (art. 6 TRCAG). En primer lugar, se plantea la reducción por parentesco:

En las adquisiciones por causa de muerte, incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, por razón de parentesco con el causante, se aplicará la reducción que corresponda de las incluidas en los siguientes grupos:

- a) Grupo I: adquisiciones por descendientes y adoptados menores de 21 años, 1.000.000 euros, más 100.000 euros por cada año menos de 21 que tenga el causahabiente, con límite de 1.500.000 euros.
- b) Grupo II: adquisiciones por descendientes y adoptados de 21 años o más, cónyuges, ascendientes y adoptantes, 1.000.000 euros.

Esta reducción podría perfectamente aplicarse al anticipo de herencia de la hermana de Pablo. Por lo que respecta a Pablo, no se plantea en el supuesto un pacto sucesorio, pero en caso de llevarse a cabo también sería posible la aplicación de reducción por parentesco. Particularmente, si Pablo se beneficiase de un pacto sucesorio cabría además otra reducción (aunque, como se ha visto, no acumulable a la anterior), por discapacidad:

¹⁵⁹ STSJ GAL 7816/2012 de 24 de septiembre (ECLI:ES:TSJGAL:2012:7816), STS 407/2016 de 9 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:407).

¹⁶⁰ En relación con la mejora sin entrega de bienes, el devengo se daría “el día del fallecimiento del causante” (art. 24.1 LISD).

¹⁶¹ Si la mejora se pacta sin entrega de bienes, el plazo para declarar el ISD será de seis meses tras el fallecimiento del causante (art. 67 RISD).

¹⁶² Consulta Vinculante de la Dirección General de Tributos núm. V3087-13 de 17 de octubre.

En las adquisiciones por causa de muerte, incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, se aplicará la siguiente reducción:

b) Reducción del 100% de la base imponible a los contribuyentes pertenecientes a los grupos I y II a que hace referencia el apartado dos anterior, con arreglo a la normativa anteriormente citada, que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65%, siempre que el patrimonio preexistente del contribuyente no exceda 3.000.000 de euros.

c) Reducción de 300.000 euros para los contribuyentes que, con arreglo a la normativa anteriormente citada, acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65% y no tengan derecho a la reducción señalada en la letra anterior.

Efectivamente, la aplicación de las anteriores reducciones de la ley gallega a los pactos sucesorios puede suponer que a efectos del ISD la transmisión sea totalmente gratuita, frente al caso de las donaciones, a las que no se aplican por tratarse de actos jurídicos inter vivos¹⁶³. Esto mismo se promociona en la página web de la Axencia Tributaria de Galicia¹⁶⁴.

¹⁶³ Las reducciones en el ámbito de las donaciones limitan su ámbito de aplicación a hechos como la adquisición de bienes o derechos afectos a actividad económica y participación de entidades, y en cualquier caso, no resultan equiparables.

¹⁶⁴ *Cero impuestos también nas herdanzas en vida*. Axencia Tributaria de Galicia. Sin fecha de publicación [consulta: 19/06/2021]. Disponible en: <http://www.atriga.gal/programa-herdanza-en-vida>

CONCLUSIONES FINALES

1. La actividad de Pablo nunca dejó que cumplir perfectamente los requisitos necesarios para la configuración del trabajo por cuenta ajena: voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad. Dado que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su contenido obligacional, a lo que se suma la presunción iuris tantum de laboralidad del art. 8.1 ET, se concluye que Pablo siempre ha sido un asalariado. Esto podrá implicar para su empresa el pago de salarios no percibidos y de una indemnización por daños morales, la aplicación de diversas sanciones contenidas en la LISOS e incluso una sanción penal en virtud de la cantidad defraudada en concepto de cotizaciones a la Seguridad Social.
2. No se plantean problemas para la acumulación de las tres pretensiones en un único procedimiento, dado que las dos pretensiones en materia de Seguridad Social tienen la misma causa de pedir (art. 26.6 LJS). En cualquier caso, deberá reformularse la pretensión de reconocimiento como “falso autónomo” a reconocimiento como trabajador por cuenta ajena. Cabe asimismo plantear esta última pretensión como mera cuestión prejudicial.
3. No existe impedimento para la compatibilidad de la gran invalidez con cierta autonomía de la persona. El elemento clave en la apreciación de gran invalidez lo constituye la necesidad de ayuda de terceros para realizar alguno o algunos de los actos más esenciales de la vida cotidiana, entre los que se encuentran comer, vestirse o desplazarse; pero no resulta necesario que la invalidez afecte a todos los actos esenciales cotidianos, y que se permite al afectado por gran invalidez realizar trabajos y actividades compatibles con su situación.
4. La discapacidad, dependencia e incapacidad laboral son situaciones jurídicas que se determinan en base a criterios distintos, a pesar de que todas ellas tienen relación con anomalías físicas o psicológicas que afectan a la persona y que disminuyen su funcionalidad. Existen criterios de homologación de la dependencia para personas en situaciones particulares de discapacidad e incapacidad; y criterios de homologación de la discapacidad para aquellos con ciertos grados de incapacidad. Por lo que respecta a su determinación, el juicio de discapacidad e incapacidad emplea criterios técnicos, mientras que el juicio de incapacidad responde a criterios casuísticos.
5. Los elementos configuradores del accidente laboral incluyen: un trabajador, una lesión y un nexo causal entre los anteriores. Dada la dificultad de probar el nexo causal, se establece una presunción de laboralidad que recae sobre todos los accidentes que tengan lugar durante el tiempo y en el lugar del trabajo (art. 156.3 LSS). La LSS regula a mayores una serie de supuestos que atienden a la calificación de accidentes laborales. De esta forma, un accidente que no ocurra en lugar de trabajo podrá ser calificado de laboral si se configura como supuesto asimilado del art. 156.2 LSS o si el trabajador prueba en juicio el nexo causal. Entendiendo que las lesiones de Pablo surgen in loco et tempore laboraris se aplica la presunción del art. 156.3 LSS.
6. Es posible que Pablo inicie una actividad laboral y continúe con su labor de voluntario sin perder su derecho a la pensión, pero deberá tener en cuenta que, de llevar a cabo actividades que manifiesten una mejoría en su capacidad laboral podría plantearse una revisión de la incapacidad. Y es que el TS solo considera actualmente incompatible la gran invalidez con actividades perjudiciales para la salud del incapacitado, en atención, principalmente, al art. 35 CE en el que se consagra el derecho al trabajo.

7. El dinero que los padres de Pablo le dan mensualmente no será tenido en cuenta a efectos de su futura herencia por aplicarse la exclusión legal de colacionar contenida en el art. 1041 CC. Así, es posible aplicar esta exclusión al dinero recibido en concepto de alimentos, pero, además, dado que Pablo cumple la definición de discapacitado establecida en la LPPPD, tampoco serán colacionables los gastos cuya finalidad sea cubrir sus necesidades especiales. Por este último motivo es también posible la creación de un patrimonio protegido, aunque para ello deberán cumplirse ciertas formalidades, como es la constitución en documento público. Por otro lado, en caso de que su hermana o él reciban bienes a través de pactos de mejora o apartación, se observa la posibilidad de aplicar cuantiosas reducciones tributarias. Al igual que ocurre con el patrimonio protegido, los pactos sucesorios deberán constituirse en escritura pública.

BIBLIOGRAFÍA

AFONSO MARICHAL, L. *Las diferencias entre trabajador por cuenta ajena y trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE)*. TFG por la universidad de La Laguna, 2017.

ALBERT EMBUENA, V. *La Incapacidad Permanente Contributiva. Aspectos Sustantivos y Procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

ÁLVAREZ VILARIÑO, T. *Pacto sucesorio de apartamiento y capacidad para otorgar testamento*. TFG por la Universidad de A Coruña, 2019-2020.

ARAGÓN GÓMEZ, C., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. MERCADER UGUINA, J. R. y otros. *Análisis de la compatibilidad de prestaciones del sistema de Seguridad Social y el trabajo: balance y propuestas de reforma. Parte I*. Investigación realizada en el marco de los premios convocados por la Orden TIN/731/2011, de 25 de marzo.

BADENAS CARPIO, J.A. y CLEMENTE MEORO, M. *Derecho de Sucesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

BELTRÁN MUELA, A. *La prestación de los servicios de empleo en el mercado de trabajo actual: el contrato de trabajo en prácticas*. TFG por la universidad de Jaén, 2015.

BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MONPARLER CARRASCO, M. A. *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BOTANA LÓPEZ, J.M. *La acción declarativa. En especial en los procesos de trabajo y Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 1995.

CALVO VÉRGEZ, J. «La problemática de los llamados "falsos autónomos" en el mercado laboral español» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2020).

CAVAS MARTÍNEZ, F. «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia» *Aranzadi Social*, núm. 13 (2006).

DIAZ ALABART, S. *La protección jurídica de las personas con discapacidad*. Ibermutuamur, Associació catalana Nabiu, Madrid, 2004.

DÍAZ PARDO, G. *El nuevo párrafo segundo del artículo 1041 del Código Civil*. La Ley, Madrid, 2006.

ECHEGARAY MESEGUER, J.M. *La revisión jurisprudencial del concepto de accidente de trabajo in itinere: últimas tendencias jurisprudenciales*. TFG por la Universidad Pontificia Comillas, 2020.

ESTÉVEZ ABELEIRA, T. *Los pactos de mejora en el Derecho Civil de Galicia*. Reus, Madrid, 2018.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado. Protección Jurídica Patrimonial de las personas con discapacidad*. La Ley, Madrid, 2006.

GARCÍA NINET, J. I. «La invalidez anterior a la afiliación y/o alta: efectos» *Revista Tribuna Social*, núm. 10 (1991).

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GARCÍA RUBIO, M, «El Apartamiento sucesorio en el Derecho Civil Gallego» *Anuario de Derecho Civil*, tomo LIII, fasc. IV (2000).

GARCÍA RUBIO, M. P. y HERRERO OVIEDO, M. *Pactos sucesorios en Galicia*. Cizur Menor, Navarra, 2016.

GÓNZALEZ ORTEGA, S. «La protección social de las situaciones de dependencia». *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 17 (2004).

GUASP, J. *La pretensión procesal*. Civitas, Madrid, 1981.

GUERRA REGUERA, M. «Los patrimonios protegidos. Un instrumento al servicio de las personas discapacitadas y sus familias» *Revista Quincena Fiscal*, núm. 14 (2015).

LÓPEZ DE MAR, M. *Los pactos de mejora en el Derecho civil de Galicia*. TFM por la Universidad de A Coruña, 2020.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J. «Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 81 (2005).

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., HOMERO MÉNDEZ C., SERRANO FERNÁNDEZ, M. y otros. *Derecho de Sucesiones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

LUCINI NICÁS, J. A., «La ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad» *AC*, núm, 14 (2004).

MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social*. Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ JIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A. *Derecho crítico del Trabajo*. Atelier, Barcelona, 2016.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., MOLERO MANGLANO, C., LÓPEZ ÁLVAREZ, M. J. y SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, J. M. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

OLARTE ENCABO, S. 2018. «La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado. Análisis crítico desde la perspectiva laboral» *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 145 (2018), págs. 55-86.

OURO VAL, R. *La tributación de herencias, en especial la apartación. Su aplicación en supuesto práctico*. TFG por la Universidad de A Coruña, 2016-2017.

ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M., PEÓN RAMA, V. J. y VIDAL PEREIRO, V. M. *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio. Volumen I*. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007.

PÉREZ ALONSO, M.A. *El Accidente de Trabajo y la Enfermedad Profesional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

PINTO SARMIENTO, Y. *El concepto de Accidente de Trabajo en el Sistema Español: Desde los orígenes de la protección al sistema de Seguridad Social y de prevención de riesgos laborales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- REMIGIA PELLICER, V.D. *Infarto y accidente de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- RON LATAS, R.P. *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*. Civitas, Madrid, 2000, pág. 77.
- ROQUETA BUJ, R. *La Situación de Dependencia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ROQUETA BUJ, R. y FERNÁNDEZ PRATS, C. *La incapacidad para trabajar*. La Ley, Madrid, 2014.
- SERRANO GARCÍA, I., *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*. Iustel, Madrid, 2008.
- TASCÓN LÓPEZ, R. *El accidente de trabajo en misión*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- VICENTE HERRERO, M. T., TERRADILLOS GARCÍA, M.J., CAPDEVILLA GARCÍA, L.M. y otros. «Discapacidad e incapacidad laboral en España. Actualización legislativa 2016» *Revista Médica del Instituto Mexicano del Seguro Social*, núm. 1 (2018).

OTRAS FUENTES

- Axencia Tributaria de Galicia (<http://www.atriga.gal>)
- CincoDías (<https://cincodias.elpais.com>)
- DerechoUNED (<https://derechouned.com>)
- Fontelles Advocats (<https://www.fontelles.com>)
- Garrigues (<https://www.garrigues.com>)
- IPREM (<http://www.iprem.com.es>)
- NEPOS asesores (<https://www.nepos.es>)
- Real Academia Española (<https://dle.rae.es>)