

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Sentencia  
992/2018 de 29 Nov. 2018, Rec. 3382/2016**

**Ponente: Gullón Rodríguez, Jesús.**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3382/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 992/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Francisco Javier San Martín Rodríguez, en nombre y representación de D. Javier, contra la sentencia de 4 de julio de 2016 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid en el recurso de suplicación núm. 712/2016, formulado frente a la sentencia de 22 de septiembre de 2015 dictada en autos 827/2014 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de León seguidos a instancia de D. Javier contra la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León (Junta de Castilla y León) sobre grado de discapacidad.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, la Junta de Castilla y León representada por la letrada D<sup>a</sup> Dunya Vélez Berzosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Gullon Rodriguez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de septiembre de 2015, el Juzgado de lo Social núm. 1 de León, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que ESTIMANDO íntegramente la demanda sobre grado de discapacidad, formulada por Javier, contra la GERENCIA TERRITORIAL DE SERVICIOS SOCIALES DE LEÓN (JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN), debo DECLARAR Y DECLARO que el actor está afecto a un grado de discapacidad del 33%, con efectos del 12 de junio de 2014, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración, con las consecuencias inherentes a dicho pronunciamiento; y revocando la resolución de la Gerencia Territorial de los Servicios Sociales de León de 12 de junio de 2014, objeto de impugnación en este proceso laboral, por ser contraria a Derecho."

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " **Primero.-** El actor interesó, en su día, reconocimiento de grado de minusvalía, ante la Junta de Castilla y León, en León, tramitándose el expediente NUM000, en cuya sede se dictó resolución administrativa de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales en León, de fecha 12 de junio de 2014, en la que se reconoce a Javier, nacido el NUM001 de 1961, un grado total de discapacidad del 18%, por discapacidad física y cero puntos por movilidad reducida y no valorable puntos por necesidad de concurso de tercera persona.- **Segundo.-** Dicha resolución administrativa asume el dictamen propuesta del Equipo de Valoración y Orientación (EVO) del Centro Base de León, de fecha 12 de junio de 2014, en el que se recogen como limitaciones orgánicas y funcionales del actor, las siguientes: " *Limitación funcional de Columna por trastorno del disco intervertebral de etiología traumática, valoración parcial de 17 % y Limitación funcional*".- **Tercero.-** El actor se muestra disconforme con dicha valoración, y solicita el reconocimiento de un grado total de discapacidad igual al 33%.- **Cuarto.-** Mediante Resolución de la Dirección Provincial del INSS de León de 13 de noviembre de 2013 se declara al actor afecto a incapacidad permanente total, derivada de enfermedad común (folios 48 y siguientes y 59 y siguientes).- **Quinto.-** Por la hoy demandante se presentó la correspondiente reclamación administrativa previa a la vía jurisdiccional social, interponiéndose la demanda el día 10 de octubre de 2014."

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid, dictó sentencia con fecha 4 de julio de 2016, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de Suplicación formulado por la JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN, GERENCIA TERRITORIAL DE SERVICIOS SOCIALES DE LEÓN contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de León de fecha 22 de septiembre de 2015, recaída en autos nº 827/14, seguidos a virtud de demanda promovida por D. Javier contra precitada recurrente sobre GRADO DE MINUSVALÍA, debemos revocar y revocamos la misma con desestimación de la demanda absolvemos a la demandada de las pretensiones contra ellas deducidas."

**TERCERO.-** Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de D. Javier el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 18 de diciembre de 2015, así como la infracción del art. 4.2 RDL 1/2013, de 29 de noviembre.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de 1 de junio de 2016, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

**QUINTO.-** Evacuado el trámite de impugnación, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 2 de octubre de 2018. Dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, la Sala estimó procedente su debate en Pleno, por lo que se suspendió el señalamiento y se convocó a todos los magistrados de esta Sala para el día 14 de noviembre de 2018, en cuya fecha tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Debemos resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina si en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez se le ha de reconocer al amparo de lo previsto en el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad, o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en *ultra vires* en relación con la autorización normativa concedida en la Ley 26/2011, de 1 de agosto.

El demandante en este caso, tal y como se describe en los hechos probados de la sentencia de instancia, tiene reconocida una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual de albañil por resolución del INSS de 13 de noviembre de 2013.

Posteriormente solicitó de la Administración Autonómica el reconocimiento de minusvalía, lo que motivó que se dictase resolución por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León en fecha 12 de junio de 2014, en la que se le reconoció un grado de discapacidad del 18%, con base en las limitaciones acogidas en la propuesta del Equipo de Valoración y Orientación (EVO), "... limitación funcional de columna por trastorno del disco intervertebral de etiología traumática ...".

El Juzgado número 1 de los de León estimó la demanda que planteó el beneficiario, en la que pretendía el reconocimiento de un 33% de discapacidad minusvalía.

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, en la sentencia que ahora se recurre en casación para la unificación de doctrina estimó el recurso de la Administración y revocando la sentencia de instancia desestimó la demanda. Para ello se argumenta en ella, en esencia, que el artículo 4.2 del Real Decreto 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, incurre en *ultra vires* por haber rebasado los límites de la delegación normativa otorgada por la Ley 5/2003, lo que determinaba la necesidad de mantener la doctrina jurisprudencial que interpretó esa última norma, en la que la atribución del 33% del grado de discapacidad a los beneficiarios de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, lo eran a los efectos de la propia Ley, no "a todos los efectos".

**SEGUNDO.-** Frente a dicha sentencia se recurre ahora en casación para la unificación de doctrina, denunciándose la infracción del artículo 4.2 del RDL 1/2013 e invocándose como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 18/12/2015.

En ella se resuelve un supuesto que guarda en relación con el que aborda la sentencia recurrida la necesaria identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 219 de la LRJS para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, puesto que se trataba también de un beneficiario de una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual, al que, tras la oportuna solicitud, se le reconoció un porcentaje de discapacidad del 19%. Pretendió en vía judicial el reconocimiento del 33% lo que le fue acogido, aplicando la sentencia de contraste para ello de manera directa la previsión contenida en el art. 4.2 del RDL 1/2013, con lo que la solución adoptada es contrapuesta a la de la sentencia recurrida, que, como se ha visto, inaplicó ese precepto por considerarlo *ultra vires* en relación con la regulación de la Ley 5/2003. Procede en consecuencia que la Sala entre a conocer del fondo del asunto para fijar la doctrina que resulte ajustada a derecho, tal y como exige los arts. 219 y 228 LRJS.

**TERCERO.-** Tal y como ha quedado descrito en el planteamiento general contenido en los anteriores fundamentos, debemos partir para resolver la cuestión de fondo de la redacción dada a las normas que se han aplicado en el presente litigio y analizar al mismo tiempo la evolución normativa y jurisprudencial de ese pretendido paralelismo automático entre la declaración de

incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y el reconocimiento del grado de discapacidad igual al menos al 33%.

El derogado artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, decía lo siguiente: " 2. A los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional".

En la interpretación de tal precepto surgió el problema jurídico que consistía en determinar el alcance de la expresión legal " *a los efectos de esta Ley*", y si la misma implicaba el reconocimiento automático del 33% de discapacidad como mínimo a quienes tuvieran reconocida la condición de beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, o únicamente esa atribución lo era a los restringidos efectos del contenido de esa Ley.

La polémica se resolvió en una copiosa jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como recuerda la STS de 22/07/2008 (rcud. 726/2008), que nace en dos sentencias del Pleno, ambas de 21 de marzo de 2007 ( rrcud. 3872/2005 y 3902/2005), a las que siguieron otras muchas como las de 29 de mayo y 19 de junio de 2007 ( rrcud. 113/2006 y 3080/2006) y otras más durante el mismo años 2008, en el sentido de entender que *a los efectos de las previsiones de esa Ley 51/2003*, la acreditación de alguna de esas situaciones de incapacidad permanente posibilitaba la adquisición del referido grado de discapacidad del 33%, pero para los demás efectos se requería la aplicación del RD 1971/1999 a la hora de establecer el porcentaje correspondiente, aunque se tuviese reconocido uno de esos grados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

En esa doctrina -recogida por las sentencias hoy comparadas en el recurso- se decía que "... la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISM, que atribuye a 'equipos multiprofesionales de valoración', entre otras competencias, 'la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación' ( art 10.2.c. LISM). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes".

"El precepto contenido en el art. 2.1. de la Ley 51/2003 despliega, por tanto, plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley; es precisamente esto lo que quiere decir la expresión 'en todo caso'. Pero no alcanza a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado. Como se cuida de decir también el propio art. 2.1. de la Ley 51/2003 en su pasaje inicial, la atribución automática de tal carácter a los perceptores de pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social ha de circunscribirse 'a los efectos de esta Ley'."

"El argumento de interpretación sistemática que se acaba de exponer puede ser completado con un argumento de interpretación finalista, que atiende a los distintos propósitos de protección que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el art. 2.1. Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que

corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social".

**CUARTO.-** Así las cosas, se aprobó posteriormente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, como se explica en el preámbulo, tiene por objeto imprimir un nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo que fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificados por España el 21 de abril de 2008, y entraron en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

A tal efecto, en dicha Ley se modifican determinados artículos de la Ley 51/2003, entre los que el propio preámbulo destaca " *el ajuste de la definición legal de "persona con discapacidad" a la contenida en la Convención*". Y en tal sentido su Artículo 1, bajo el título: "Modificación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad", otorga un nuevo redactado al art. 1.2 de la Ley 51/2003, que, en lo que ahora interesa, pasó a ser del siguiente tenor literal:

"2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ...

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".

Desde esa literalidad se desprende con nitidez que existe una absoluta coincidencia entre este último párrafo y la redacción del art. 1.2 Ley 51/2003 - salvo de la necesaria actualización y sustitución del término "minusvalía" por el de "discapacidad"- identidad de términos que resulta relevante a la hora de analizar si el Real Decreto Legislativo 1/2013 ha incurrido en *ultra vires* al modificar el contenido literal de este precepto en términos que exceden del mandato recibido del legislador, que en la nueva redacción del precepto mantiene en la Ley 26/2011 de forma expresa la frase "*a los efectos de esta Ley*", y que es sustituida en el art. 4.2 del RD Legislativo 1/2013 por la de "*a todos los efectos*".

La citada Ley 26/2011 no se limita a dar nueva redacción al art. 1.2 Ley 51/2003 -además de a otros preceptos de esa norma- sino que en su Disposición Final Segunda autoriza al Gobierno para la refundición de textos legales en la materia, y ordena al Gobierno elaborar y aprobar " ... antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad".

Precisamente en cumplimiento de este mandato y conforme a lo dispuesto en el art. 82 de la Constitución, el Gobierno aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2013, norma que deroga la Ley 51/2003 y que en su art. 4.2 establece que: "1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos".

En este precepto se apoya la sentencia de contraste para afirmar que la redacción de dicho art. 4.2, al incluir la expresión " a todos los efectos", viene a derogar y sustituir la anterior dicción literal del art. 1.2 Ley 51/2003, en la que por el contrario se decía " a los efectos de esta Ley", argumento que le lleva a entender que ya no resulta aplicable la anterior doctrina jurisprudencial que en interpretación del art. 1.2 Ley 51/2003, había concluido que ese reconocimiento del grado de discapacidad del 33% asociado a la declaración de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez lo era únicamente a los efectos de dicha ley y no a todos los efectos.

**QUINTO.-** Desde ese planteamiento general y del análisis de las normas aplicadas, cabe deducir que es la sentencia recurrida la que contiene la buena doctrina cuando razona acertadamente que el RD Legislativo 1/2013 ha incurrido en un exceso en el mandato de legislación delegada conferido al modificar el contenido de las normas legales que debía integrar en el texto refundido.

Modificación que es de carácter sustancial puesto que llega hasta el punto de reconocer un grado de discapacidad del 33% " a todos los efectos" a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez, y no exclusivamente a los efectos de aquella Ley, variando de esta forma y de manera esencial el mandato recibido del legislador.

Conforme dispone el art. 82 de la Constitución, las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre determinadas materias, que deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo, estableciendo además que las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio, de tal forma que la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

El Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la posibilidad de que los excesos en la delegación legislativa achacable a los decretos legislativos puedan ser conocidos en la jurisdicción ordinaria, de manera que en esa sede se identifiquen aquellos extremos en los que la delegación hubiera podido excederse y el juez ordinario pueda atribuir valor de reglamento a la norma que sobrepase aquella habilitación y entrar a valorarlo para proceder a su inaplicación si resultase *ultra vires*.

Como señala la STC 47/1984, de 4 de abril: "el control de los excesos de la delegación legislativa corresponde no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los Decretos legislativos a las Leyes de delegación se deduce del art. 82.6 CE; así lo ha entendido este Tribunal Constitucional en la antes citada S 19 julio 1982, y posteriormente en A 17 febrero 1983".

En el mismo sentido y con cita de las anteriores, la STC 4-7-2007, nº 166/2007, de 4 de julio, recuerda que desde antiguo viene manteniendo ese criterio, que ha reiterado posteriormente ( SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 2.a; 159/2001, de 5 de julio, FJ 5; 205/1993, de 17 de junio, FFJJ 3 a 6; y 51/2004, de 5 de julio, FFJJ 5 a 8), para sentar que "este Tribunal es competente,... y ello sin perjuicio de que este control sea compartido con el que corresponde la jurisdicción

contencioso-administrativa ( art. 82.6 CE y art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa".

Más recientemente, la STC 118/2016, de 28 de julio se ha pronunciado en el sentido siguiente: "... de nuestro marco constitucional puede deducirse que el control de las disposiciones con rango de ley le corresponde, como regla general, prioritariamente, al Tribunal Constitucional, mientras que el de las disposiciones reglamentarias es de la competencia, también como regla general, prioritariamente, de los Tribunales ordinarios.....nuestro modelo constitucional del control jurisdiccional de las normas legales y reglamentarias, ni impide a este Tribunal, en algunos supuestos, controlar normas reglamentarias, ni excluye de la jurisdicción ordinaria , en todo caso, el control de normas con fuerza y rango de ley.....que los órganos judiciales ordinarios están habilitados para controlar disposiciones con fuerza y rango de ley ocurre, por ejemplo, ...con el control de los decretos-legislativos cuando excedan los límites de la delegación -ultra vires - ( arts. 82.6 CE, 9.4 LOPJ y 1.1 LJCA) [ STC 166/2007, de 4 de julio, FJ 2 ], el cual puede llevarles igualmente a su inaplicación ( STC 47/1984, de 4 de abril, FJ 3).... Conforme a lo dicho nos encontramos con que unas mismas normas son susceptibles, en unos supuestos, de un control alternativo por una u otra jurisdicción (por ejemplo, como acontece con los decretos-legislativos que incurrir en ultra vires) ...".

**SEXTO.-** Precisamente en ejercicio de esa facultad, que además constituye una obligación, hemos de afirmar en consecuencia que el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 ha incurrido en ultra vires por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto, que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase " *a los efectos de esta ley*" por la de " *a todos los efectos*", en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar.

Resulta con ello palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad del 33%.

**SÉPTIMO.-** De lo razonado hasta ahora se desprende que, oído el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto, porque la sentencia recurrida no incurrió en infracción legal alguna y contiene la buena doctrina, sin que haya lugar a imponer las costas, tal y como establece el artículo 235.1 LRJS.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Javier, contra la sentencia dictada el 4 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Valladolid, en el recurso de suplicación núm. 1712/2016.

2º) Confirmar la sentencia recurrida que resolvió el recurso formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de León, de 22 de septiembre de 2015, recaída en autos núm. 827/2014, seguidos a su instancia frente a la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla-León Consejería de Bienestar Social.

3º) Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez D. Fernando Salinas Molina

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana D<sup>a</sup>. Rosa Maria Viroles Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luelmo Millan

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D<sup>a</sup>. Maria Luz Garcia Paredes

### VOTO PARTICULAR

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa Maria Viroles Piñol, al que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana, de conformidad con lo establecido en el art. 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, respecto de la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3382/2016, para sostener la posición mantenida en la deliberación acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 260 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, en síntesis, por estimar que el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 no contiene una regulación *ultra vires*, y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33%).

Baso el presente voto particular en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERA.-** Sobre la pretensión.-

La cuestión controvertida en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina consiste en determinar si a partir de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre - por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social- , los pensionistas de Seguridad Social afectados de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez tienen un grado de discapacidad del 33% y ostentan automáticamente a todos los efectos tal condición de personas con discapacidad, con los derechos y ventajas de distinta naturaleza que ello comporta; o, por el contrario la equiparación se limita únicamente a los efectos previstos en la mencionada Ley y normas de desarrollo.

La sentencia respecto de la que se formula el presente Voto Particular, aprecia que el art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 contiene una regulación *ultra vires*, y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, no equivale automáticamente a la condición de discapacidad del 33%.

**SEGUNDA.-** Sobre la normativa cuestionada, y la no concurrencia de *ultra vires* en el art. 4.2 del R.D. Legislativo 1/2013.-

A.- La Ley 13/1982 de 7 de abril, (de integración social de los minusválidos), al referirse a los titulares de los derechos, establece en su art. 7:

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



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

3 . A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios que tiendan a prevenir la aparición de la minusvalía, se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una minusvalía residual. (...)"

B.- La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, al referirse al objeto de la Ley en su art. 1, señala:

"1. Esta ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2 , 10 , 14 y 49 de la Constitución .

A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social. Párrafo 2.º del número 1 del artículo 1 redactado por el apartado uno del artículo 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ("B.O.E." 2 agosto).

2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad.

Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional."

Importa destacar aquí que, a los efectos de esta Ley, "tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad ". Así como que, conforme a la Ley, "se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción

que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo ”.

C.- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.-

El preámbulo de la Ley, que establece claramente el objeto y objetivos de la Ley, es contundente: la adaptación de nuestra normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y al efecto señala:

"La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU). Ambos son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados Partes de promover, proteger y asegurar tales derechos.

Resultado de un largo proceso en el que participaron varios actores: Estados miembros y Observadores de la ONU, Cuerpos y organizaciones de especial relevancia de la ONU, incluido el Relator Especial sobre Discapacidad, Instituciones de derechos humanos nacionales, y Organizaciones no gubernamentales, entre las que tuvieron un papel destacado las organizaciones de personas con discapacidad y sus familias, muy señaladamente las españolas, esta Convención supone la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad. Supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos.

Se pasa así a considerar a las personas con discapacidad plenamente como sujetos titulares de derechos y no como meros objetos de tratamiento y protección social.

En este sentido, la Convención, situando de modo integral a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, establece que sus demandas y necesidades deben ser cubiertas de forma que puedan alcanzar la igualdad de oportunidades con respecto al conjunto de los ciudadanos. Y, tomando en consideración la perspectiva de las capacidades diferenciadas y la diversidad funcional de una importante parte de la población mundial, que se estima en 650 millones de personas, un diez por ciento de los seres humanos, se pretende adicionalmente incorporar a la sociedad su talento y sus valores.

Para ello se establecen como principios generales el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual -incluida la libertad para tomar las propias decisiones-, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

La discapacidad queda configurada como la circunstancia personal y el ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente en tanto en cuanto que establecido según el parámetro de persona "normal". En ese sentido, una sociedad abierta e inclusiva ha de modificar tal entorno solidariamente para acoger a las personas con discapacidad como elementos enriquecedores que ensanchan la humanidad y le agregan valor y debe hacerlo tomando en consideración la propia intervención de las personas con capacidades diferenciadas. Para ello, adicionalmente, la Convención se constituye en el primer tratado internacional que regula la importancia de la participación de la sociedad civil.

España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. A partir de este momento, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española de 1978, forma parte del ordenamiento interno, por lo que resulta necesaria la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que la Convención recoge.

(...) La modificación normativa objeto de la presente Ley encuentra su fundamento en el artículo 4 de la Convención, en virtud del cual los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para asegurar el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad."

La Ley procede a la modificación de determinados preceptos de la Ley 51/2003, entre otras, en lo que aquí interesa, siendo de resaltar el contenido de la Disposición final segunda, de autorización al Gobierno para la refundición de textos legales, sin establecer ningún límite, señalando que: "El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad."

D.- 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.-

Señala en su Introducción la Ley, que "la labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando las tres leyes citadas, que es mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (...) resulta necesaria dadas las modificaciones que han experimentado en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad. Esta tarea ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional. Por ello, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad".

En cumplimiento de la autorización hecha por el Gobierno, y con el horizonte en la Convención Internacional, cuya finalidad es la de combatir la discriminación de las personas con discapacidad en su más amplia extensión adaptando a ella la normativa, refunde las normas antes citadas, y de tal refundición el texto del art. 4 referido a los titulares de los derechos queda con la siguiente redacción:

"1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos.

3. El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente.

La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

4. A efectos del reconocimiento del derecho a los servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades se asimilan a dicha situación los estados previos, entendidos como procesos en evolución que puedan llegar a ocasionar una limitación en la actividad. (...)"

La discrepancia con el voto mayoritario está en el redactado del apartado 2 del art. 4 referido. Estimo que el redactado que da el texto refundido no es *ultra vires*, por cuanto da cumplimiento a la autorización amplia dada por el legislador partiendo de la Convención de la ONU.

2.- Ha de señalarse que el concepto de discapacitado no tiene una definición para las distintas ramas del Derecho. Un concepto general y universal es el que recoge la Convención de las Naciones Unidas y el que se ha trasladado a la Ley 51/2003 y ahora se mantiene en el RD Legislativo 1/2013.

Ahora bien y al margen de otras consideraciones más específicas, lo que si se define por las distintas legislaciones es el concepto de "discapacitado" como "titular de derechos concretos" y es en este concepto en el que se debe centrar el análisis del problema, porque se trata de parcelas estancas que no colisionan.

Tanto la Ley 13/1982 como la Ley 51/2003, fijaban a los "titulares de los derechos" que en cada una se reconocían. Derechos que, en todo caso, traen causa de las mismas previsiones constitucionales ( art 49 de la CE). Sin perjuicio además de que junto a estas normas, también existen otras leyes y reglamentos que definen a los discapacitados como titulares de otros derechos, obligaciones o beneficios que en ellas se regulan, ajenos a lo que aquí se trata de resolver.

En la Ley 13/1982, y a los efectos del reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en esta Ley, por un lado, se identificaba el Órgano de la Administración con competencia para el "reconocimiento de los derechos" y por otro, los equipos multiprofesionales que son los que "valoran la discapacidad" "en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda efectuar al órgano administrativo competente". En el RD 383/1984, de 1 de febrero se fijó para cada protección los requisitos que eran exigibles, partiendo de que cada prestación tenía un beneficiario específico. Los derechos de la Ley 13/1982, en general, se otorgaban a quienes no estaban en el sistema de Seguridad Social, condición que no tienen las IPT o grado superior. Es por ello por lo que, en la Ley 13/1983 no podía equipararse al 33% de discapacidad a quienes tuvieran la situación de IPT o grado superior.

Por otro lado, en La Ley 51/2003, en el marco del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, complementa la regulación del colectivo y señala los titulares de los derechos que en ella se recogen, definiendo a las personas con discapacidad de forma general. Junto a ese concepto, más específicamente y a los efectos de dicha ley, indica que "tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento" .

Esta previsión específica, lo era a los efectos de la Ley 51/2003, ya que la Ley 13/1982 ya tenía la suya propia -recogida en aquella norma legal y la reglamentaria que hemos indicado anteriormente, a la que se unía la Orden de 8 de marzo de 1984 por la que se establece el baremo para la determinación del grado de minusvalía y la valoración de diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones y subsidios previstos en el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (al que le sucedieron otras normas hasta el RD 1971/1999)-.

En la tarea de refundición surge el Real Decreto Legislativo 1/2013 de 29 de noviembre. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, autoriza al Gobierno para refundir determinadas normas en un Texto en el que "se regularicen, aclaren y armonicen" los textos legales. Al respecto no hay que olvidar que el artículo 82 de la CE dispone: "1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. (...).

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos".

Es decir, de conformidad con el artículo 82.5 de la Constitución y en el caso que nos ocupa, la autorización no se limitaba a la mera formulación de un texto único, sino que incluía expresamente la autorización para regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

Según el voto mayoritario de la Sala, la redacción dada al art. 4, en el capítulo relativo al ámbito de aplicación y, en concreto, en lo que a los titulares de los derechos se refiere, altera el ámbito subjetivo del texto a refundir, y en particular el que recogía la Ley 51/2003, en lo que al concepto de discapacitado se refiere y, en especial, al considerar que se equipara al 33% de discapacidad a quienes son IPT, IPA y GI, a todos los efectos, cuando esa asimilación lo era a los solos efectos de los derechos otorgados en la Ley 51/2003.

La legislación delegada, en este caso en textos refundidos, tiene como finalidad reunir en un texto único las previsiones contenidas en varios textos legales "mediante la verificación de aquello que permanece en el ordenamiento jurídico, por el juego del principio derogatorio de la ley posterior o de los principios de relación entre leyes por razón de su especialidad o generalidad. Junto a esta finalidad principal, puede pretender "además regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. Ese objetivo unificador, que es nuclear en la refundición y que se justifica por razones de seguridad jurídica como ya dijimos, debe iluminar la tarea del Ejecutivo y orientar su actividad técnica, operando como principio informador y criterio interpretativo" ( STS, Sala 3ª, 28/03/2012, R. 387/2010). Partiendo de ello, la asimilación de la IPT, IPA y GI a una discapacidad igual o superior al 33%, no puede estimarse que haya ampliado el campo subjetivo más allá de las previsiones que tenían las normas refundidas, en cumplimiento del mandato autorizado.

Con ello lo que se hace es unificar armónicamente el ámbito subjetivo que cada ley tenía, respetando sus respectivos contenidos y, para aglutinar a todos los sujetos destinatarios de todos los derechos que en el Texto se recogen, pero ya desde una perspectiva general y pendiente de desarrollo. El marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido.

**TERCERO.-** Conclusión: La norma cuestionada no incurre en *ultra vires*.-

A partir de la refundición normativa, la equiparación "a todos los efectos" de quienes se encuentran en situación de IPT o grado superior, se refiere al texto refundido, y ya no a las normas incorporadas en el mismo individualmente consideradas, y ello como consecuencia, ni más ni menos, que en cumplimiento del mandato refundidor del legislador.

En consecuencia, partiendo de que la norma cuestionada no ha incurrido en *ultra vires*, y a todos los efectos previstos en el RD.Legislativo 1/2013, "tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad". Lo que determina que no es posible en un procedimiento de determinación del porcentaje de discapacidad establecer que el interesado, por ser IPT, IPA o GI, tenga un 33% de discapacidad. Por ser IPT, IPA o GI, tendrá la consideración de persona con

discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en el RD 1971/1999, para que se dicte resolución en la que se indique que tiene el 33% de discapacidad, con base en la asimilación que hace el Texto Refundido.

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

Por ello, estimo que siendo la parte demandante IPT, IPA o GI, debió estimarse su pretensión, por cuanto automáticamente y a todos los efectos tiene la consideración de persona con discapacidad, sin necesidad de acudir al procedimiento del RD. 1971/1999, salvo que se requiera acreditación de un porcentaje determinado de discapacidad.

Es en este sentido que formulo mi voto particular.

En Madrid, a 29 de noviembre de 2018