

EL CONCEPTO LEGAL DE INVALIDEZ EN EL REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

SUMARIO:

- I. *Concepto de invalidez en el Derecho positivo vigente.*—II. *Los esfuerzos históricos por delimitar la contingencia:* A) Las tres líneas convergentes: 1.º La legislación sobre accidentes de trabajo. 2.º El Retiro Obrero y el SOVI. 3.º El Mutualismo laboral. B) La cristalización unitaria.—III. *Caracteres generales de la invalidez:* A) Situación patológica. B) Susceptible de determinación objetiva: 1. La enajenación mental. 2. La invalidez ética. 3. La psicosis de renta. C) Sobrenvenida: El riesgo preconstituido. La ILT como previa a la invalidez. D) Involuntaria: a) Culpa leve. b) Culpa lata o imprudencia temeraria. c) Dolo o fraude: 1. Autolesionismo (suicidio frustrado, aborto, automutilación). 2. Intoxicación (barbitúricos, alcoholismo). 3. Negativa a tratamiento médico o quirúrgico.—IV. *Invalidez provisional y permanente:* A) El criterio de la permanencia. B) El criterio del plazo determinado: Las enfermedades crónicas e intermitentes. ILT e invalidez provisional. V. *Grados de invalidez permanente:* La graduación legal. Los criterios de valoración de grados: a) Fisiológico. b) Profesional. c) Socio-económico. VI. *Conclusiones.*

I

CONCEPTO DE INVALIDEZ EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

La cobertura de la invalidez por la Seguridad Social ha estado, desde siempre, sujeta a hondas polémicas, reflejadas en el gran número de sentencias del Tribunal Supremo y del Central de Trabajo a ella dedicadas, y por el hecho de que, por la cantidad de estudios sobre el tema, procedentes de Alonso Olea, Rodríguez Piñero, Borrajo Dacruz, Villa Gil, Montoya Melgar, Almansa Pastor, Del Peso y Calvo, etc., haya sido el tema favorito de nuestros investigadores en el área de la Seguridad Social, como el despido ha sido y sigue siendo en el área del Derecho del trabajo. La desastrosa situación de los inválidos, las grandes dificultades técnicas de esta contingencia, y su intensa conexión con todo el sistema de la Seguridad Social, a través de sus servicios comunes —concretamente, el de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos Físicos y Síquicos, y de las Comisiones Técnicas Calificadoras, y a través de otros mecanismos, como la ayuda a la familia, las Empresas de empleo protegido, las reducciones de cuotas para Empresas con

trabajadores inválidos, etc., justifica su atención detenida; máxime cuando desde la ley de Seguridad Social no ha habido un estudio global del tema, como los del profesor Borrajo en 1963, que ordenara la evolución jurisprudencial —muy sustanciosa en ciertos aspectos— y los estudios específicos producidos desde entonces, así como los importantes cambios legislativos ocurridos con la LFP.

La LSS 1966 definió la invalidez asegurable en su artículo 132 trazando una distinción entre permanente y provisional. Es invalidez permanente, decía, la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. Y entendía por invalidez provisional la situación del trabajador que, una vez agotados los plazos señalados para la ILT en el artículo 129, núm. 2, requiera la continuación de la asistencia sanitaria y esté imposibilitado de reanudar su trabajo, siempre que se prevea que la invalidez no va a tener carácter definitivo. El Reglamento General de Prestaciones, de 23-12-1966; la Orden sobre invalidez, de 15-4-1969, y la LGSS, de 30-5-1974, constituyen la normativa *básica* sobre el tema.

Pues bien: la problemática de la invalidez está salpicada de dualismos y disyunciones que hacen difícil, por no decir imposible, su aprehensión unitaria. No es ya sólo la fundamental entre invalidez provisional y permanente, sino varias otras las que irán surgiendo a lo largo de este discurso. De inmediato hemos de enfrentarnos con una que nos abre el paso a la historia del concepto: ¿Tienen el mismo significado, en nuestra legislación histórica, invalidez e incapacidad? Entenderlo afirmativamente implica arrancar nuestro estudio desde la LATI de 1900; responderlo negativamente nos llevaría a partir de la legislación sobre vejez, de 1919-1921. Para Almansa Pastor (1), incapacidad es la expresión genérica donde se encuadra la invalidez, como una categoría suya, revistiendo mayor especificidad; pero el tratamiento de ambos conceptos se realiza por este autor dentro de la legalidad vigente, sincrónicamente. Históricamente debe entenderse, en cambio, como hace Del Peso, que invalidez e incapacidad son términos sinónimos (2); pues de otra forma no habría explicación posible al pesado anclaje de la actual nor-

(1) *Derecho de la Seguridad Social*, págs. 293 y sigs.

(2) *La invalidez*, pág. 41.

mativa sobre invalidez en el léxico histórico de la incapacidad por accidentes de trabajo, según veremos en seguida.

Nada menos que tres líneas legislativas han coincidido convergentemente en el régimen jurídico de la invalidez: la de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la de retiros obreros y la del mutualismo laboral; la armonización de tan dispares orígenes produjo dificultades sin cuento, pues el legislador hubo de pronunciarse entonces sobre tres órdenes de dualidades:

- a) Unificar por la causa, o por el efecto de la invalidez.
- b) Suprimir la distinción entre riesgos comunes y profesionales, o mantenerla en alguna medida respecto a la invalidez.
- c) Emplear la técnica del resarcimiento de daños, o la de la cobertura de necesidades, en cuanto a la responsabilidad por las situaciones de invalidez.

Al ajuste de tantas tensiones vino a ayudar la experiencia obtenida en cuanto a la técnica denominada «consideración conjunta de contingencias» por la legislación de 1959 sobre Seguridad Social del servicio doméstico, pionera en este aspecto, como ha apuntado el profesor Borrajo (3); utilizar esta técnica, que a la postre consiste —según Alonso Olea— (4) en decir que si la situación es uniforme en sus consecuencias, la protección es uniforme también, cualesquiera que sean sus causas, llevaba a decidirse en aquellas tres disyuntivas por el efecto de la contingencia y no por la causa, por la supresión de distingos entre riesgos y por emplear la técnica de cobertura de necesidades, decisión esforzada y aún no conseguida en algún aspecto, pero que nos colocaba por delante de otras legislaciones europeas que se han visto impotentes para simplificar su desorbitada diáspora normativa (5).

Pero cuanto antecede es únicamente el encuadre; no vamos a profundizar en cuestiones cuyo análisis pertenece a otros, sino sencillamente vamos a dejar sentados claramente los siguientes puntos de partida:

1.º Vamos a analizar el concepto legal de invalidez del artículo 132 I.G.S.S., esto es, dentro del régimen general de la Seguridad Social; las referencias a los regímenes especiales y a los servicios comunes del sistema de la Seguridad Social serán por ello marginales, pues se contemplan más propiamente en sus respectivas lecciones.

(3) *La integración*, pág. 169, nota 19.

(4) *Sobre los principios*, pág. 9.

(5) Cfr., por ejemplo, VENTURI: *Fondamenti Scientifici*, pág. 150, y, en general, SPITAELS, KLARIC, LAMBERT y LEFEVERE: *Le Salaire*, partes III y VI.

2.º La legislación vigente sobre invalidez es deudora de varias líneas histórico-normativas, entre las cuales se halla la de incapacidad por accidentes de trabajo.

3.º La legislación vigente, por último, se basa en la consideración conjunta de contingencias, con un alcance que veremos inmediatamente; ello nos sitúa ante una perspectiva drásticamente distinta a la de otros países, donde la cobertura de la contingencia de invalidez se efectúa paralelamente por el Seguro de Accidentes de Trabajo y por el Seguro de Vejez e Invalidez, o de Enfermedad e Invalidez, según los casos. Las referencias al Derecho positivo de esos países habrá de hacerse, pues, con sumo cuidado.

II

LOS ESFUERZOS HISTÓRICOS POR DELIMITAR LA CONTINGENCIA

A) *Las tres líneas convergentes*

1.º *La legislación sobre accidentes de trabajo.*—Los dos rasgos fundamentales del concepto de invalidez, a saber: la graduación de incapacidades y el criterio de calificación, están ya presentes en la primera LATI, de 30-1-1900, y con una avanzada técnica, por cierto, heredera de su inmediato modelo francés (ley de 9-4-1898) y de otras legislaciones anteriores (6). Aquella que se llamó ley Dato distinguía entre incapacidad temporal —la inferior a un año de duración— e incapacidad permanente, distinguiéndose dentro de ésta la parcial para la profesión habitual, absoluta para la profesión habitual, y absoluta para todo trabajo. El criterio para encuadrar los supuestos planteados en uno u otro grado de incapacidad padecida a tenor de la profesión habitualmente desempeñada, «sistema enunciativo», como lo denominaba Alarcón y Horcas, de libertad del juez para apreciar y definir los defectos anatómicos, orgánicos y funcionales que determinaban ineptitud o inhabilidad (7), y que hoy se denominaría «profesional». Quizá por defectos de redacción en la ley Dato, quizá por un afán de restringir su alcance, el desarrollo reglamentario posterior sumirá a la jurisprudencia en un mar de confusiones:

(6) Leyes suizas de 23-3-1877 y 25-6-1881; leyes alemanas de 6-7-1884, 28-3-1885, 5-3-1886 y 11 y 13-7-1894; austríacas de 28-12-1887 y 20-7-1894; noruega de 23-7-1894; danesa de 15-2-1898, e italiana de 17-3-1898. Cfr. GARCÍA ORMAECHEA: *Jurisprudencia*, página 11; ALARCÓN Y HORCAS: *Código*, págs. 300 y sigs.

(7) Vid. *Código*, pág. 300.

tanto el RATI de 28-7-1900, como el «Reglamento de Incapacidades» de 8-7-1903, procedieron a distinguir exclusivamente entre incapacidad parcial e incapacidad absoluta para toda profesión, eliminándola para la profesión habitual, y listaron con carácter exhaustivo las lesiones productoras de aquellas incapacidades, sin la menor referencia a la profesión del obrero, como si una misma mutilación pudiera tener las mismas repercusiones en cualquier actividad. La confusión suscitada por la pugna entre la ley y sus Reglamentos fue enorme, comentaba García Ormaechea (8): pues aunque el Tribunal Supremo siguió a la ley, ésto no impidió la variedad de criterios en los Tribunales inferiores, que no pudo ser corregida a causa de la restricción del recurso de casación.

Ya desde 1904, los vocales obreros del Instituto de Reformas Sociales propusieron incansablemente la modificación de tal normativa, consiguiéndose finalmente con la ley Matos, de 10-1-1922. En ella se acentuaba la referencia a la profesión del trabajador, y se distinguían de nuevo las cuatro incapacidades; y, a pesar de ello, produjo «una confusión mayor y más dañosa que la que se quiso evitar», pues, en definitiva, se remitía a su Reglamento en cuanto a la calificación de las lesiones, que volvían a ser listadas exhaustivamente en él, incorporándose de tal guisa al Código de Años de 1926 (artículos 247 y sigs.) (9).

Será al fin la ley Largo Caballero, de 8-10-1932, la que al tiempo de incorporar el Convenio internacional OIT de 19-5-1925 (ratificado el 22-2-1929), incorporará elementos menos conflictivos en el concepto de invalidez:

a) Presentará un cuadro de definiciones genéricas de los grados de incapacidad, terminando con el criterio meramente fisiológico de las lesiones calificadas *a priori* por la ley (arts. 10 y sigs.).

b) Creará el suplemento de indemnización por gran invalidez (artículo 24).

c) Introducirá la posibilidad de revisión de las incapacidades (artículo 85 del RATI de 31-1-1933).

d) Reconocerá la doctrina jurisprudencial sobre concausalidad de enfermedades intercurrentes e incapacidades preexistentes (10).

2.º *El Retiro Obrero y el SOVI.* --A la legislación sobre vejez debemos fundamentalmente el haber hecho saltar la cobertura de la invalidez del limitado

(8) *Jurisprudencia*, pág. 15.

(9) Cfr. GARCÍA ORMAECHEA: *Jurisprudencia*, págs. 18 y sigs.; ALARCÓN Y HORGAS: *Código*, págs. 301-302; POSADA: *Los seguros sociales*, págs. 70-71.

(10) Artículo 85. En las normativas anteriores se reconocía la concurrencia de lesiones producto del mismo accidente, pero no de otras causas previas o simultáneas.

marco de los accidentes de trabajo. Partiendo de una visión de la vejez como «invalidez por edad» — muy arraigada ya en la legislación de clases pasivas de funcionarios, como ha estudiado Villa Gil (11)— en el Real Decreto-ley de 1919, el Reglamento del Retiro Obrero (R-D 21-1-1921) estableció la protección de la invalidez por riesgos comunes, siguiendo el criterio de lesiones listadas, vigente también por aquella época para los riesgos profesionales; la normativa posterior, al tiempo que irá rebajando los límites de edad (12), llegará a apuntar el criterio de calificación seguido por la mayor parte del Derecho comparado europeo, por influjo del Derecho alemán: el de la capacidad de ganancia, o socio-económico; pero sólo en orden a una futura regulación definitiva de la invalidez, siendo olvidada casi totalmente cuando ésta se produce en la LBSS.

3.º *El Mutualismo laboral.* En el conjunto de mejoras llevada a cabo por el Mutualismo laboral, la cobertura de la invalidez por riesgos comunes —bien que limitada a la de los grados más altos (13)—, y la de una nueva situación, denominada de «larga enfermedad», que se iniciaba en la trigésimo-novena semana de baja en el trabajo y duraba como máximo dos años y medio, significará cerrar el tercer lado del triángulo normativo, en cuyo centro podrá ya instalarse una cobertura de invalidez desvinculada de sus orígenes.

B) *La cristalización unitaria*

La consideración conjunta de contingencias operada por la LBSS repercute en el concepto de invalidez de la siguiente forma:

- a) Cualesquiera que sea el riesgo causante, común o profesional, de la contingencia, se distinguen en el vector cronológico dos situaciones: la invalidez provisional y la invalidez permanente.
- b) Cualesquiera que sea el riesgo causante, se distinguen en el vector cuantitativo cuatro grados de invalidez permanente: parcial,

(11) *Estudio preliminar*, pág. 100.

(12) Para mayores de sesenta años, en la ley de 1-9-1939 y Reglamento de 2-2-1940; para mayores de cincuenta y, en casos tasados, de treinta, en el Decreto de 18-4-1947 y Orden ministerial de 18-6-1947.

(13) El Reglamento General del Mutualismo Laboral contemplaba en su artículo 65 y sigs. a la invalidez permanente absoluta, rebajándose por Orden ministerial de 20-10-1956 a la incapacidad permanente total para la profesión habitual.

total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez.

c) El criterio de calificación de situaciones será el profesional, intermedio entre el meramente fisiológico y el socio-económico (14).

Aun así, el proceso de simplificación no se logra todavía con la LBSS; discriminaciones en función del riesgo causante, como el mínimo de cuarenta y cinco años para las prestaciones por IPP e IPT derivadas de riesgos comunes (art. 137.2 LSS), y la calificación más benigna para la IPP derivada de riesgos profesionales (art. 135.3 LSS), sólo desaparecerán más tarde, con la LFP de 1972, donde por contra se da entrada incontenible a un nuevo grado de invalidez, la IPT cualificada, donde se refugia el criterio socio-económico de calificación, como un cuerpo extraño al criterio profesional imperante. Llegamos así al momento legislativo actual, cuyo análisis sincrético abarca tres dimensiones:

- a) Los caracteres generales de la invalidez.
- b) La diferenciación entre invalidez provisional y permanente.
- c) La graduación y valoración de la invalidez permanente.

III

CARACTERES GENERALES DE LA INVALIDEZ

Tanto la invalidez provisional como la permanente participan de unas características que diferencian esta situación de otras protegidas por la Seguridad Social. *Prima facie*, la invalidez se nos aparece como una situación patológica, objetiva, sobrevenida e involuntaria.

A) Situación patológica

La invalidez no puede equipararse a una disminución natural de facultades; si en numerosos ordenamientos europeos, y en el nuestro mismo en algún período pasado, se regulan conjuntamente invalidez y vejez, ello ha sido por razones de oportunidad, cuando de alguna forma debía justificarse

(14) Para otras matizaciones, vid. DEL PESO: *La invalidez*, pág. 51; ALONSO OLEA: *Las bases*, pág. 467.

la cobertura de la invalidez por riesgos comunes, lográndolo el profesor Borrado cuando tenía que afirmar bajo la normativa del SOVI que la invalidez era una vejez prematura (15), de la misma forma que la vejez era, en parte, una invalidez presunta (16). Pero aun cuando coyunturalmente fuera preciso aproximar vejez e invalidez, desde siempre se han tenido teóricamente claros los límites entre una y otra, resumidos por Barassi en que, si bien ambas coinciden perfectamente en el resultado, esto es, en la cesación de la capacidad laboral, responden a una causa diferente: la edad en cuanto a la vejez, una causa patológica en cuanto a la invalidez (17); de ahí que ya la Conferencia Nacional de Seguros de Enfermedad, Maternidad e Invalidez, celebrada en 1922 en Barcelona, solicitara en una de sus conclusiones que estos tres Seguros sociales se prepararan y promulgaran al mismo tiempo, y se procurase su implantación simultánea (18). Y es que la invalidez se ha situado siempre en un difícil lugar intermedio entre la enfermedad y la vejez, especialmente cuando de enfermedad prolongada y vejez prematura se trata, como señala Venturi (19). Para Doublet-Lavau, el Seguro de Vejez aparece cronológicamente como la continuación del Seguro de Enfermedad (20); con mayor alcance, la Conferencia Nacional de 1922 precisaba que el Seguro de Invalidez se extiende desde donde acaba el Seguro de Enfermedad prolongada hasta donde comienza el de Vejez, tiene un carácter intermedio, y presenta por ello notables dificultades (21). A la distinción entre enfermedad e invalidez dedicaremos todavía algunas líneas cuando hablemos de la distinción entre invalidez provisional y permanente.

B) Susceptible de determinación objetiva

Desde siempre, la cobertura de la invalidez en nuestro país ha estado fuertemente influida por el rudimentario criterio fisiológico de valoración que rige hasta la ley Largo Caballero. Y si durante la primera mitad de este siglo la discusión se sitúa entre las reducciones anatómicas y las funcionales, negándose frecuentemente los Tribunales a equiparar éstas a aquéllas — por ejemplo, en sentencias del Tribunal Supremo de 11-3-1926, 27-12-1927, 11-

(15) *Estudios jurídicos*, pág. 131.

(16) *Ibidem*, pág. 166.

(17) *Previdenza Sociale*, I, pág. 365.

(18) *Ponencias*, pág. 15.

(19) *Fondamenti*, pág. 148.

(20) *Sécurité Sociale*, pág. 167.

(21) *Ponencias*, pág. 130; en igual sentido, VENTURI: *Fondamenti*, pág. 148.

2-1928, 27-3-1929, 14-4-1931 y 6-7-1934, entre otras muchas (22), la polémica jurisprudencial y doctrinal de las últimas décadas gira en torno a las enfermedades y lesiones psíquicas, y su posible equiparación a las físicas. El texto de la LGSS, artículo 132, niega la cobertura a toda situación patológica no susceptible de determinación objetiva, con lo que parece referirse directamente a las disminuciones psíquicas, probablemente por su propensión a fraudes. Pero los estados anímicos anormales, patológicos o no, constituyen un terreno mal conocido e incluso despreciado por los juristas, ante las dificultades de prueba, donde, sin embargo, podríamos hacer, a efectos de invalidez, una breve clasificación, de mayor a menor gravedad:

1. *La enajenación mental.*—La enajenación mental, al producir una reducción funcional objetivamente demostrable, ha planteado un escaso contencioso, admitiéndose su cobertura económica y de rehabilitación psiquiátrica; las drásticas limitaciones psicósomáticas del loco se manifiestan evidentemente durante el período de ILT, dando lugar a la declaración de invalidez.

2. *La invalidez ética.*—Mayores dificultades ofrece para su definición la llamada «invalidez ética», es decir, el colapso moral (23) o reacción psicógena de situación (24) de quien sufre una enfermedad que, aun permitiéndole trabajar durante sus primeras fases lleva a la muerte tras un período más o menos largo, como el carcinoma o la neoplasia maligna; en otras palabras, es la situación moral de quien se sabe desahuciado. La doctrina italiana ha discutido apasionadamente su calificación desde que en 1937 sostuviera Pellegrini que no era social ni moralmente tolerable negar a estas personas desmoralizadas la pensión de invalidez, pues constituiría una profunda crueldad imponerles la gravosa ley del trabajo en momentos en que su vida iba contrayéndose en el tiempo (25); en la polémica, en que intervinieron D'Alessio, Scarpa, Brasiello, Rondelli, Puccini, Cannella, etc., destacó este último, en un importante trabajo titulado *La invalidez ética no existe* (26), donde afirmaba que conceptuando como invalidez asegurable tales situaciones no se incurría en una ficción de invalidez, puesto que el colapso moral podía provo-

(22) Se equiparan, en cambio, en sentencias del Tribunal Supremo de 20-6-1927, 21-6-1929, 25-11-1930, 18-2-1931, 27-5-1933 y 6-11-1934, entre otras. La LSS de 1956, artículo 132, habló, por fin, expresamente, de «reducciones anatómicas o funcionales».

(23) ALIBRANDI, en RIVA y MAZZONI: *Nuovo Trattato*, III, pág. 389.

(24) ROSSI, en BUSSI y PERSIANI: *Trattato*, I, pág. 360.

(25) *Criteri medico-legali, passim*; del mismo, *Trattato*, I, pág. 262, y I, página 196; cfr. ROSSI: *Op. cit.*, pág. 360.

(26) *L'invalidità etica, passim*.

car una auténtica invalidez física. Abundando en el argumento, Puccini ha entendido posteriormente que la invalidez ética no es sustancialmente diferente a la invalidez común determinada por enfermedad psico-física donde el componente psíquico reactivo toma decididamente la delantera sobre la enfermedad somática de fondo (27); cerrando el planteamiento, Soprana entiende que en estos casos la invalidez deriva de una enfermedad mental, asumiendo la certidumbre de la próxima muerte sólo un valor causal. Bien que aceptando el núcleo del argumento, el Tribunal Supremo italiano exige desde luego la constatación de un estado depresivo y una disminución psíquica tal — aunque sea por una exagerada aprensión del sujeto absolutamente fuera de la normalidad e independientemente de la gravedad del mal — que comporte una reducción de la capacidad de ganancia en el sentido de la ley (28).

En nuestro ordenamiento, la invalidez ética en el sentido apuntado no ha merecido, que yo sepa, la atención de doctrina o jurisprudencia; que, en cambio, ha entrado frecuentemente a conocer de bastantes casos de la llamada por el profesor Alonso Olea «psicosis de renta», molestias subjetivas sin repercusión anatómica o funcional, como en el caso anterior, pero sin restricción a las enfermedades mortales de evolución paulatina.

3. *La psicosis de renta.*—La psicosis de renta puede definirse como un estado permanente de depresión psíquica que provoca una disminución de la actividad vital y, por ende, de la capacidad de trabajo. La reacción jurisprudencial ante este fenómeno patológico ha sido, en principio, de rechazo, al no entrar claramente en el supuesto de hecho contemplado por la ley, esto es, como «reducción anatómica o funcional»; de esta manera, la sentencia del TCT 18-10-1973 (Ar. 3-942) niega la calificación de invalidez sin profundizar en el siguiente cuadro clínico: «cefaleas de tipo jaqueca, dolores poliarticulares, nada objetivo ni funcional, no apreciándose imágenes patológicas valorables a Rayos X»; y en tal sentido abundantes las sentencias del Tribunal Supremo 29-9-1970, 23-3-1971, 28-5-1971, y TCT 22-12-1973 (29). Pero esta actitud jurisprudencial está cambiando rápidamente, hasta el punto de que en los años 1974 y 1975 predominan las sentencias en donde se reconoce la calificación de incapacidad permanente parcial o absoluta, en base a que «si bien tales dolencias no le inhabilitan para poder realizar las fundamentales tareas de su profesión habitual, ello sólo lo podría hacer con mayor penosidad y disminución de rendimiento, no inferior al 33 por 100 de rendimiento normal, lo que caracteriza la incapacidad parcial y permanente,

(27) *I fattori psicologici*, págs. 691-692.

(28) Cfr. Rossi: Op. cit., págs. 360-361.

(29) Cfr. con mayor detenimiento, ALONSO OLEA: *Instituciones*, pág. 212.

a la que realmente está afecto» (sentencia del TCT de 22-11-1974, Ar. 4.932); o, en otras palabras, «es suficiente para declararle afecto de una incapacidad permanente parcial porque la disminución de actividad vital que tal enfermedad le tiene que producir haría que su trabajo habitual anterior, si volviera a renudarlo, le resultara más penoso e incluso es posible que más peligroso» (sentencia del TCT de 9-11-1974, Ar. 4.631). En tal sentido también, sentencia del TCT de 16-12-1974 (Ar. 5.488), y sentencias del Tribunal Supremo de 3-2-1975 (Ar. 426), 6-2-1975 (Ar. 452) y 19-3-1975 (Ar. 1.307). En definitiva, nuestros más altos Tribunales llegan a las mismas conclusiones que la doctrina italiana en cuanto a la invalidez ética, reconociendo que el colapso moral puede provocar una auténtica invalidez física, e interpretando la *voluntas legislatoris*, consideran incluida en las reducciones funcionales de la definición legal a la disminución vital y laboral por obra de una depresión psíquica mantenida. Doctrina, en principio, tímida, pues sólo llega a reconocer una incapacidad permanente parcial, cuando en ocasiones el colapso moral puede constituir una invalidez absoluta, lindando con la enajenación, y porque, además, se decide a ello generalmente, cuando tal hundimiento psíquico tuvo un origen físico demostrable, por enfermedad o por accidente; pero rectificando de inmediato, pues en 1975 pasa a declarar la invalidez absoluta.

Para enmarcar adecuadamente esta evolución jurisprudencial, conviene recordar que en *Teoría general del Derecho*, la más moderna doctrina alemana sobre dolo, culpa e imposibilidad, en el cumplimiento de las obligaciones, de la que se hace eco en nuestro país el profesor Díez-Picazo, distingue entre imposibilidad objetiva (*unerbringlichkeit*), impotencia (*unvermögen*) e inexigibilidad (*unzumutbarkeit*), y los equipara en cuanto a liberar de responsabilidad al que incurre en ellas (30); se reconoce así que hay circunstancias subjetivas de las personas que les imposibilitan para cumplir tan justificadamente como la incapacidad objetiva, y no cabe duda que cuando el hundimiento psíquico es auténtico, mantenido y grave, produce una invalidez tan legítima como una lesión corporal.

La progresiva admisión de las psicosis de renta en la calificación de invalidez por nuestra jurisprudencia ha de llevar, probablemente, a modificar la normativa sobre revisión de las incapacidades reconocidas, por agravación, mejoría o error de diagnóstico (artículo 145 de la LGSS), en el sentido de suprimir o acortar los plazos de espera establecidos por la Orden sobre invalidez (artículo 38), con lo cual coincidiríamos con lo prescrito en otros ordenamientos.

(30) Vid. ESSER: *Schuldrecht*, pág. 203; Díez-PICAZO: *Fundamentos*, pág. 683.

C) *Sobrevenida*

La influencia de los seguros privados y, por ende, de la legislación sobre accidentes de trabajo ha impedido, durante varias décadas, calificar como invalidez asegurada a las taras o lesiones producidas con anterioridad al aseguramiento, esto es, lo que se denomina riesgos preconstituídos o, menos exactamente, defectos congénitos. En una lenta labor jurisprudencial, que alcanza, finalmente, reconocimiento legislativo (actualmente, artículo 84 de la LGSS), estas reducciones previas al aseguramiento se admiten como *con-causa*, es decir, se suman a la reducción sufrida en accidente de trabajo o enfermedad profesional para declarar el grado de invalidez: así, sentencias del Tribunal Supremo de 9-7-1927, 26-1-1929, 25-6-1931, 19-10-1968 y 5-10-1970; contrariamente, sentencia del Tribunal Supremo de 12-1-1932 (31). Pero calificar como invalidez en sí misma a la reducción preexistente se considera inviable. La doctrina clásica, hasta los años 60, se mantendrá firme en el carácter sobrevenido de la invalidez: Roberti distinguía entre invalidez y tara o deformidad, concluyendo que esta última no era asegurable por no constituir un riesgo (infortunio potencial), sino un siniestro (infortunio actual) (32); el profesor Borrajo, más progresivamente, entendía, en 1960, que a lo sumo podía reconocerse una invalidez *cuya causa fuese anterior* al aseguramiento, o al período de espera legal, pero siempre *que su manifestación fuera posterior* a este último momento (33), y nos recordaba en otro lugar que, en España, la invalidez congénita y la dolosa se sometían a un régimen de asistencia pública, en el mejor de los casos (34). Efectivamente, toda una cascada normativa ha ido estableciendo prestaciones para personas con subnormales a su cargo y ha fomentado el empleo de trabajadores minusválidos (35). Pero el concepto de subnormal es lo bastante estricto, y la protección a los trabajadores minusválidos lo suficientemente escasa como para que pueda sustituir adecuadamente a la calificación de invalidez.

(31) «Tratándose de un resultado debido a la concurrencia de dos lesiones, causadas en distintas épocas, y hallándose en la última al servicio de patrono diferente, lo que haría recaer sobre el último parte de las consecuencias derivadas de lo acaecido cuando no era tal patrono, se recargarían arbitrariamente las responsabilidades patronales.»

(32) En BORSI y PERGOLESI: *Trattato*, II, pág. 128.

(33) *Estudios jurídicos*, pág. 160. En este sentido, sentencia del Tribunal Supremo de 15-4-1970 (Ar. 1.764).

(34) *La integración*, pág. 169, nota 11.

(35) Para la legislación actual, cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones*, págs. 434 y siguientes.

Por ello es necesario plantearnos si desde la LBSS tienen asiento legal, es decir, en el sistema de la Seguridad Social vigente en nuestro país, la jurisprudencia que aún se reclama a aquella doctrina para defender el carácter sobrevenido de la invalidez:

a) Como afirmación general, cabe decir que no se intenta indemnizar el acaecimiento de un riesgo, sino cubrir necesidades, o, por decirlo con Alú, no es tanto el evento lo directamente tomado en consideración, cuanto el estado de necesidad producido por tal evento (36); siendo la finalidad del sistema de la Seguridad Social el garantizar al asegurado una capacidad de sustento para sí y sus familiares a cargo, en presencia de determinados eventos lesivos de tal capacidad, en palabras de Cannella (37). Al enjuiciarse el «riesgo» preconstituido como contingencia, la teoría del riesgo como acontecimiento *futuro* e incierto deja de tener relevancia, pasando a un primer plano el hecho de que un tarado es también un inválido para el trabajo.

b) Se aduce insistentemente a estos efectos el ejemplo de los seguros privados, donde se rechaza enérgicamente el riesgo preconstituido. Pero las diferencias entre éstos y la Seguridad Social son ya demasiado fuertes como para tener en cuenta los derroteros privatísticos. Ha dicho Chiapelli que, tratándose de aseguramiento obligatorio, todos los riesgos son iguales: la categoría de los riesgos preconstituidos no tiene carta de ciudadanía, las enfermedades preexistentes a la relación aseguratoria no asumen ningún carácter particular (38). De ahí que en el juicio de invalidez, según Cannella, se tomen en consideración las causas invalidantes denunciadas en la demanda de pensión con independencia de la época en que hayan surgido (39): el autor señala expresamente incluidos los defectos o vicios congénitos y las enfermedades preexistentes.

c) En nuestro sistema, el régimen general reconoce prestaciones por mujer e hijos habidos *antes* del aseguramiento, y, como veíamos en otro lugar, las reducciones preexistentes se tienen en cuenta para evaluar el grado de invalidez sufrido por un evento posterior. Y el concepto de riesgo llega a diluirse a extremos inverosímiles en los regímenes especiales, como en el del servicio doméstico, con las pres-

(36) *Il rischio preconstituito*, pág. 94.

(37) *Corso*, pág. 118.

(38) Cfr. Alú: *Il rischio*, pág. 96.

(39) *Corso*, pág. 289.

taciones por profesión religiosa (artículo 36, Decreto de 25-9-1969), o en el de estudiantes, con los préstamos al graduado (artículo 62, Orden ministerial de 11-8-1953). Ya no es posible argumentar, como hacía Benissone en 1958, que faltando el riesgo no hay Seguridad Social, sino beneficencia (40), pues, según indica Alù, el aseguramiento tiene su origen en la ley, no en la voluntad de las partes, y no puede negarse a una persona tarada en algún grado cuando la ley obliga a asegurar a todo trabajador (41).

d) La cobertura de reducciones preexistentes sólo puede admitirse tras el período de carencia asignado a la invalidez común, no profesional. No cabe técnicamente pensar, así, en fraudes a la Seguridad Social por el método de comenzar a trabajar para solicitar inmediatamente la pensión de invalidez; pero tampoco cabe técnicamente pensar en que, una vez cubierto el período de carencia, sea factible a la entidad gestora negar el derecho a prestaciones: en estricto Derecho, o se anula parcialmente la relación aseguratoria, como entendió el Tribunal Supremo italiano en una sentencia de 23-4-1963 (42), o se devuelven las cuotas indebidamente percibidas, como sostienen Alù (42 bis) y Agostini (43).

e) He dejado para el final la discusión del aspecto más pelagudo del tema: en nuestro régimen general, la invalidez habrá de derivarse de la situación de ILT debida a enfermedad común o profesional, o a accidente, sea o no de trabajo (artículo 132 de la LGSS, procedente del 132 de la LSS). Con esto parece cerrarse el paso a las reducciones preexistentes, ya definitivas cuando se establece el aseguramiento, y por eso mismo no necesitadas de asistencia sanitaria, en principio. No obstante, la jurisprudencia ha cumplido una importante interpretación extensiva de esta norma, no exigiendo el período de incapacidad laboral transitoria cuando la invalidez permanente surge desde un principio: según la sentencia del Tribunal Supremo de 9-3-1971 (Aranzadi 1.359), el transcurso de los 24 meses por ILT es «innecesario» cuando se trata de que, por estímulo profesional, por necesidad económica o a causa de la súbita aparición de la enfermedad, el trabajador permanece en la prestación de los servicios por cuenta ajena hasta que la situación patológica, definitiva e irreversible, le impida

(40) *Appunti minimi*, págs. 89-90.

(41) *Il rischio*, pág. 95, nota 49 bis.

(42) Cfr. ALIBRANDI: Op. cit., pág. 391, nota 35.

(42 bis) *Il rischio*, pág. 97.

(43) *Il rischio nell'assicurazione*, pág. 308.

en absoluto la actividad laboral». Con este u otros argumentos han prescindido de la ILT para declarar la invalidez las sentencias del Tribunal Supremo de 10-2-1969 (Ar. 595), 2-2-1970 (Ar. 588), 18-2-1970 (Ar. 695), 3-5-1971 (Ar. 1.979) y 27-9-1974 (Ar. 3.479), y sentencia del TCT de 25-2-1970, entre otras. La jurisprudencia, por tanto, no reconoce un valor absoluto a la norma en cuestión, en una interpretación teleológica de ella y, en consecuencia, no constituye ningún impedimento para la cobertura de reducciones preexistentes. Solución acertada, pues el requisito de ILT previo responde al carácter patológico de la invalidez, y no pretende crear una nueva característica.

Tras lo dicho, no parece defendible admitir el carácter sobrevenido de la invalidez en el tenor general de nuestro sistema. Y, efectivamente, la jurisprudencia está discutiendo intensamente en estos últimos años si la agravación de enfermedades o defectos preexistentes debe estimarse o no, resolviendo afirmativamente, entre otras, en sentencias del TCT de 20-6 (Ar. 2.881), 28-6 (Ar. 3.016), 28-9 (Ar. 3.547), 18-10 (Ar. 3.936), 22-11 (Ar. 4.710), 23-11 (Ar. 4.736), 24-11 (Ar. 4.756), 26-11 (Ar. 4.791), 19-12 (Ar. 5.335) y 20-12 (Ar. 5.351), todas del año 1973, y resolviendo negativamente, en sentencias del TCT de 9-6 (Ar. 2.607), 19-6 (Ar. 2.842), 25-6 (Ar. 2.928), 27-6 (Ar. 2.984), 5-10 (Ar. 3.660), 11-12 (Ar. 5.109), 18-12 (Ar. 5.312) y 20-12 (Ar. 5.352), igualmente del mismo año.

D) *Involuntaria*

Los artículos 3.º y 23 de la Orden sobre invalidez determinan la anulación, suspensión o denegación del subsidio si el beneficiario incurriera en fraude para obtener o conservar el subsidio, ocasionara o prolongara la invalidez por su imprudencia temeraria, o rechazara o abandonara el tratamiento prescrito sin causa razonable. Así pues, fraude, imprudencia temeraria y negativa al tratamiento, por su mayor o menor carga intencional, impiden la calificación de invalidez asegurada. Ante todo, conviene advertir que la terminología empleada por la Orden sobre invalidez puede dar lugar a confusiones; como veremos en seguida, esos artículos se enmarcan en lo que ya decía el profesor Borrájo para la normativa del SOVI: dolo y culpa lata por parte del beneficiario eximen de cobertura a la entidad gestora, pero no

la simple negligencia (44). Hasta qué punto la imprudencia temeraria, o culpa lata, implique un resquicio de voluntariedad no aceptable a efectos de aseguramiento, es una de las cuestiones más debatidas en nuestro ordenamiento y en el Derecho comparado, hallándose en plena evolución jurisprudencial y normativa. Captar esta evolución es el cometido de las líneas siguientes.

El tema precisa de un planteamiento genérico inicial: cual es el de que la falta del empleador o del trabajador libera a la entidad gestora del aseguramiento; ello se debe a que las faltas son comportamientos que generan para la colectividad social cargas suplementarias, que podían haber sido evitadas por el individuo (45); en consecuencia, se estima justo responsabilizarle económicamente de ellas, tanto si fueron intencionales como si, aun no queridas, fueron inexcusables. Ahora bien: partiendo de este planteamiento genérico, hemos de tener en cuenta la observación de Lyon-Caen: el desarrollo de la Seguridad Social muestra una verdadera ley histórica de eclipse y desaparición del papel de la falta individual (46), y, ciertamente, si hoy en día nadie discute la irrelevancia de la culpa leve, el devenir legislativo y jurisprudencial camina hacia la misma irrelevancia de la imprudencia temeraria, o culpa lata, e incluso hacia la inoperancia del fraude, o dolo, cuando no vaya específicamente dirigido a obtener las prestaciones aseguratorias.

a) *Culpa leve*.—En multitud de ocasiones, el accidente o la enfermedad productores de la invalidez surgen o son propicias por negligencia del asegurado: Puccini enumera los errores dietéticos, el sobretrabajo, el enfriamiento, la fatiga (47), y Cannella agrega los accidentes callejeros, la embriaguez, la participación en huelgas o riñas (48). A despecho de ello, se reconoce unánimemente por los ordenamientos la calificación de invalidez en tales casos.

b) *Culpa lata o imprudencia temeraria*.—Qué haya de considerarse imprudencia temeraria en concreto varía con cada autor y cada juez; pero si

(44) *Estudios jurídicos*, pág. 161. Si bien técnicamente el fraude es una forma específica de dolo del deudor en cuanto que supone un artificio o engaño que busca eludir el comportamiento debido: COSSÍO: *El dolo en el Derecho civil*, págs. 12 y siguientes; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos*, pág. 709; para este último autor *eodem loc.*, página 740, el fraude es probablemente un fenómeno unitario que consiste en eludir la aplicación de una regla general obligatoria o de un deber jurídico mediante un camino indirecto que constituye *grosso modo* un subterfugio.

(45) LYON-CAEN: *Introduction*, pág. 439.

(46) *Ibidem*, págs. 432-440; el autor se refiere a la falta en los accidentes de trabajo.

(47) *Aspetti medico-legali*, pág. 367.

(48) *Corso*, pág. 289.

bien en algún caso podría discutirse bastante sobre ciertas inclusiones, como la del «riesgo electivo» de Persiani (49), normalmente se maneja una definición de ella bastante restrictiva y, por ende, bastante favorable al asegurado: la falta inexcusable se define por el Tribunal Supremo francés, en sentencia de 15-7-1941, como la ausencia excepcionalmente grave de la conciencia de peligro que debía tener el asegurado, aunque sin intencionalidad (50); en el Derecho norteamericano se ha distinguido entre negligencia temeraria (*gross negligence*) y negligencia intencional (*wilful negligence*), y sólo esta última, entendida como un comportamiento de naturaleza casi-criminal, impide la calificación de invalidez cuando así lo declara el Derecho del Estado, pero no en ausencia de descalificación legal expresa, según Rohrlieh (51). Otros ordenamientos, en vez de recurrir a definiciones muy estrechas de imprudencia temeraria, prefieren englobarla en la culpa y admitir que esta culpa en cualquiera de sus grados es irrelevante: así, en Alemania, Italia, Argentina, Austria, Turquía y algunos más, nos confirman Wannagat (52), Persiani (53), Venturi (54), Lyon-Caen (55), Ruprecht (56) y Krejci y Schmitz (57).

¿Y en España? En nuestro país nos hallamos ante el fenómeno sorprendente y contradictorio de una jurisprudencia fijada a las reglas civiles de la culpa y el dolo, a pesar de las fundamentales transformaciones legislativas operadas por la ley Matos de 1922 y por la ley de Seguridad Social de 1966. Un brillante análisis de esta contradicción en cuanto a la incapacidad por accidentes de trabajo lo debemos al profesor Rodríguez-Piñero (58) y ha sido acogido por el profesor Alonso Olea (59). Según el profesor Rodríguez-Piñero, la ley Dato de 1900 no hacía referencia a la falta de la víctima, por lo que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entonces competente en estas materias, aplicó la doctrina tradicional sobre la culpa, hasta una discutidí-

(49) Pruebas de habilidad, peleas durante el trabajo por motivos extralaborales: *Le rôle*, pág. 247.

(50) El concepto de «falta inexcusable» aparece en la LATT francesa de 9-4-1898: sobre ello, y la definición literal dada por la sentencia citada, SAINT-JOURS: *La fonte*, páginas 158-161.

(51) *The role*, pág. 163.

(52) *Intervention*, pág. 440.

(53) *Le rôle*, págs. 248-249; se refiere al Seguro de Invalidez.

(54) *Fondamenti*, pág. 152.

(55) *Le rôle*, pág. 25.

(56) *El papel de la falta*, pág. 41.

(57) *Der Verschuldensbegriff*, págs. 59-60.

(58) *Culpa de la víctima, passim*.

(59) *El dinamismo*, pág. 27. «Dubitativo», en *Instituciones*, pág. 67.

sima sentencia de 21-10-1903, en la cual aparece una distinción entre imprudencia profesional, que no rompía el aseguramiento, e imprudencia inexcusable, que sí impedía el reconocimiento de prestaciones (60). A partir de la ley Matos de 1922, la idea de que la imprudencia profesional no rompe el aseguramiento halla acogida legal, pero la jurisprudencia permanece aferrada a las doctrinas civiles identifica, igual que en 1903, imprudencia profesional a culpa leve, e imprudencia inexcusable a culpa lata, tergiversando el originario sentido de la ley (61). Es decir, que sólo la culpa leve es irrelevante para la calificación de invalidez, pero no así la imprudencia temeraria, de cualquier naturaleza, aunque impropriadamente se denomine extraprofesional. La LSS de 1966 aporta fundamentales innovaciones a ese estado de cosas, siguiendo la interpretación hecha por el profesor Rodríguez-Piñero del artículo 84.2.b y 84.3: pues en ella sólo impiden la calificación de invalidez las culpas de extrema gravedad, calificables de temerarias y que no sean consecuencia de la confianza que el trabajo habitual produce (62). Con esta interpretación se coloca nuestro ordenamiento a una altura intermedia en el Derecho comparado, pues descalifica la invalidez por dolo y por una culpa *ad limina*, rayana en lo intencional y no justificada por los hábitos profesionales. Desgraciadamente, nuestra jurisprudencia continúa insistiendo en que la imprudencia temeraria, sea profesional o no, impide la calificación de invalidez: en esta dirección, sentencias del Tribunal Supremo de 19-4-1968, 10-12-1968, 20-3-1970, 4-6-1970, 9-6-1972 y 4-3-1974 (63): el auténtico sentido de la *cobertura de riesgos profesionales*, puesto de relieve ya desde la ley Dato de 1900, y las recomendaciones de la Conferencia Nacional de 1922, de excluir únicamente la invalidez por *actos propios directamente encaminados a producirla*, aún no han sido asimilados por nuestra jurisprudencia, tan progresiva en otros aspectos, y aún se mueve con las doctrinas civiles del siglo pasado. Hay un desfase entre la ley y la jurisprudencia, igual al producido durante el primer tercio de siglo en torno a las incapacidades típicas, que debe ser inmediatamente subsanado por respeto a la ley y porque, en defini-

(60) Cfr. Op. cit., pág. 558.

(61) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO: Op. cit., págs. 561 y sigs.

(62) Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO: Op. cit., págs. 595 y 597. Hoy, LGSS, artículo 84.4.b: «... no tendrán la consideración de accidente de trabajo: b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado», y 84.5: «No impedirán la calificación de un accidente como de trabajo: a) La imprudencia profesional que es consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se deriva de la confianza que éste inspira». La descalificación por imprudencia temeraria de los artículos 8.1.b y 23.1.b, CI, ha de entenderse, pues, salvando a la imprudencia profesional.

(63) Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones*, págs. 66-67.

tiva, la descalificación por culpa busca una pedagogía social en expresión de Douard, no compaginable con la seguridad de amparo en el infortunio que persigue la Seguridad Social (64).

c) *Dolo o fraude*. —Subraya Saint-jours (65) que hoy día es un lugar común, más allá incluso de los detractores de la Seguridad Social, denunciar el fraude de los asegurados sociales. La obtención o conservación de subsidios mediante maquinaciones fraudulentas, auténtica plaga en las prestaciones por desempleo, no tienen, sin embargo, demasiado campo en materia de invalidez, tan aferrada a las lesiones físicas de evidencia palpable; quizá por ello, o por sentido humanitario ante la situación de lesionado, en los ordenamientos más avanzados donde únicamente se descalifica por dolo, se intenta reducir a través de diversas técnicas incluso la amplitud de éste. Y así, en Alemania, Austria e Italia se excusa el dolo eventual o genérico, siendo relevante nada más que el dolo específico, esto es, según Krejci/Schmitz, el dirigido a la producción del supuesto asegurado, debiendo haber consciencia de la relevancia aseguratoria del resultado, y no simplemente que se dirija a un resultado que coincida con los requisitos del supuesto (66); para que haya dolo específico no basta querer el hecho, deben quererse también las consecuencias de ese hecho, y entre ellas la invalidez (67); en Estados Unidos, por su parte, el dolo no priva del derecho a prestaciones cuando provocó incapacidades graves (68); en Francia, por último, Saint-Jours ha defendido una distinción entre fraude real, o voluntad de beneficiarse de prestaciones indebidas, y fraude excusable, normalmente derivado de un estado de necesidad, y en todo caso sin intención fraudulenta (específica) (69).

Pero el eclipse de la falta, la admisión de invalideces intencionales inclu-

(64) En este sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO: *Culpa de la víctima*, págs. 596 y 599.

(65) *La faute*, pág. 370.

(66) *Der Verschuldensbegriff*, págs. 59-60; en sentido menos restrictivo, WANNAGAT: *Der Verschuldensbegriff*, pág. 323; no basta para desconectar la cobertura el dolo eventual, sino el dolo específico, consciente al menos de que comportamientos producidos con otra finalidad también llevan a realizar el supuesto de cobertura.

(67) LYON-CAEN: *Introduction*, pág. 440, y *Le rôle*, pág. 22, se plantea si en la falta intencional se trata de querer el hecho, o de querer las consecuencias del hecho, y opina en loc. últ. cit. ser necesario que el fin buscado por el asegurado sea quedar afectado de una incapacidad de trabajo tal de procurarle prestaciones; igualmente, RUPRECHT: *El papel de la falta*, pág. 41, nos ofrece una versión específica del dolo: «la invalidez voluntaria (consciente con el fin de obtener la correspondiente prestación) trae como consecuencia la pérdida del derecho a la prestación», y PERSIANI: *Le rôle*, páginas 248-249.

(68) Cfr. ROHRLICH: *The role*, pág. 163.

(69) *La faute*, págs. 370, 374, 375.

so, no aparece únicamente por vía de distinciones generales o dogmáticas, como esta del dolo específico, sino también a través de la casuística, que analizaremos centrándonos en tres supuestos de voluntariedad: el autolesionismo, la intoxicación y la negativa a tratamiento.

1. *Autolesionismo (suicidio frustrado, aborto, automutilación)*.—El autolesionismo aparece como secuela de la tentativa de suicidio, el aborto y la automutilación. La doctrina es especialmente profusa en torno al suicidio frustrado, pero sus conclusiones podemos hacerlas extensivas a los otros dos casos. En principio, el suicidio frustrado con secuelas invalidantes constituye un claro ejemplo de voluntariedad, pues, por decirlo con un antiguo brocardo, quien quiere lo más, quiere lo menos, y por ello quien procuró el suicidio, es responsable también de las lesiones invalidantes. Sin embargo, a poco que reflexionemos nos daremos cuenta de la impropiedad de esta afirmación: quien quiere el suicidio no quiere necesariamente vivir mutilado, no hay, por decirlo técnicamente, dolo específico. En Italia, la *communis opinio* doctrinal: Pezzeri (70), Puccini (71), Scorza (72), Cannella (73), Pezzeri/Berardi (74) y Rossi (75), considera que el sujeto protegido «mira exclusivamente con su acto a poner fin a la propia vida, y no intenta ciertamente procurarse aquellas disminuciones que representan sólo la consecuencia de una tentativa afortunadamente fracasada» (76). En la misma línea, una sentencia del Tribunal Supremo italiano, de 9-10-1956 declaró que el gesto suicida, estando cometido fuera del dominio de la voluntad, en condiciones de máxima depresión psíquica, y de total hundimiento del instinto de conservación, no es referible a dolo del sujeto protegido (77). La doctrina francesa distingue, por su parte, entre suicidio consciente, en plena posesión de facultades físicas e intelectuales y poco frecuente, y suicidio inconsciente, motivado por una crisis síquica del individuo determinada por una enfermedad grave, problemas mentales o una depresión súbita, siendo por ello excusable (78). También nuestra jurisprudencia, en las escasas oportunidades habidas para pronunciarse, ha evolucionado patentemente hacia distingos semejantes: si en una sentencia

(70) *Considerazioni*, págs. 26 y sigs.

(71) *Aspetti medico-legali*, pág. 85.

(72) *Il tentativo del suicidio*, págs. 85 y sigs.

(73) *Corso*, pág. 335.

(74) *Stato di invalidità*, págs. 383 y sig.

(75) En BUSSI y PERSIANI: *Trattato*, pág. 367.

(76) ROSSI: *Op.* y loc. cit.

(77) Cfr. ROSSI, *eodem loc.*

(78) Así, SAINT-JOURS: *Op. cit.*, pág. 98; LYON-CAEN: *Le rôle*, págs. 23-24.

del Tribunal Supremo de 3-3-1927 (79) consideraba al suicidio como intencional y no casual, últimamente ha manifestado una tendencia a imputarlo a situaciones previas de trastorno mental del suicida, en frase de Alonso Olea, y de ahí a considerarlo excusable, en sentencias del Tribunal Supremo de 28-1-1969, 29-10-1970, 15-12-1972 y 26-4-1974 (80).

2. *Intoxicación (barbitúricos, alcoholismo)*.—La intoxicación por barbitúricos o alcoholismo y concretamente esta última, produce en España el 15 por 100 de accidentes de trabajo graves, con detención del trabajo, y está experimentando un dramático y alarmante incremento, a tenor de los resultados a que llega Santo Domingo (81). La tendencia doctrinal marcha en el mismo sentido de matizar muy ajustadamente los supuestos de intencionalidad y aquellos otros donde no cabe hablar de dolo específico. El etilismo, señalan Carrieri (82) y Rossi (83), es a menudo involuntario, ligado a una deficiencia física o psíquica del sujeto, y donde no se pruebe la finalidad de disminuir las condiciones físicas para llegar al límite de invalidez pensionable, no puede hablarse de efecto morboso corregible (84). Desde la perspectiva contraria, De Litala viene a decir lo mismo: cuando puede extinguirse con el cese del abuso etílico, no cabe reconocer al alcohólico el derecho a la pensión de invalidez (85). La hipótesis de buscar la bebida para alcanzar la declaración de invalidez es rarísima, reconoce Lyon-Caen (86), pero coincide con Krejci/Schmitz en que sólo así queda roto el aseguramiento (87).

Nuestra jurisprudencia, en cambio, enjuicia muy críticamente la intoxicación alcohólica, descalificando la invalidez sin entrar a examinar si hubo dolo o culpa (88).

(79) *Col. Leg.*, vol. 92, pág. 55.

(80) Cfr. ALONSO OLEA: *Instituciones*, págs. 68-69; del mismo, *Temas*, pág. 479; *idem.*, *El dinamismo*, pág. 27. Aun cuando el argumento se sustenta en todas las sentencias antes citadas, la falta de otros requisitos impide reconocer prestaciones en las de 1969 y 1972.

(81) *Alcoholismo*, págs. 1253, 1258 y 1262, principalmente.

(82) *Alcoholismo*, págs. 466 y sigs.

(83) *Op. cit.*, págs. 367-368: el autor se limita a transcribir jurisprudencia en este sentido

(84) Parecidamente, SAINT-JOURS: *La faute*, pág. 131.

(85) *Diritto*, pág. 457.

(86) *Le rôle*, pág. 23.

(87) LYON-CAEN: *Op. y loc. cit.*; KREJCI y SCHMITZ: *Der Verschuldensbegriff*, página 60.

(88) Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 16-6-1962 (Ar. 3.243).

3. *Negativa a tratamiento médico o quirúrgico.*—El derecho al propio cuerpo es un derecho personalísimo, irrenunciable e inalienable: el conflicto entre este tan antiguo principio jurídico y la solidaridad social impositiva de todo lastre aseguratorio evitable se ha conjugado por la sencilla fórmula de reconocer que todo asegurado es libre de negarse al tratamiento prescrito, pero que esa voluntad lleva consigo la responsabilidad de las lesiones, esto es, la descalificación como invalidez asegurada. En líneas generales, se aprueba la lógica de esta conclusión (89), y, en consecuencia, se admite la suspensión, reducción o decadencia del derecho a prestaciones (90), de las prestaciones periódicas (91), o incluso la degradación de la invalidez sufrida, a tenor del mejoramiento que habría disfrutado de haber seguido el tratamiento (92).

Por cuanto a nosotros respecta, los artículos 102 y 146 de la LSS determinaron la suspensión del derecho al subsidio, o, en su día, la pérdida o suspensión de las prestaciones por invalidez, por rechazo o abandono del tratamiento sin causa razonable, la cual sería examinada por la entidad gestora, contra cuya decisión puede recurrirse ante la Comisión Técnica Calificadora provincial (93). La jurisprudencia ha cumplido aquí un papel sobresaliente, inspirando a la legislación constantemente, e interpretándola en sentido generoso para el asegurado. De resaltar es una fundamental sentencia del Tribunal Supremo de 28-3-1913 en donde se inicia un mayor esfuerzo por hacer compatibles la libertad y la seguridad del trabajador: concluida en tan temprana época, que a pesar de dar el RATI la dirección de la asistencia médica a los médicos señalados por el patrono, «ha de reconocerse en la víctima del accidente o su familia la facultad de designar otros profesores que coadyuven al mejor éxito de la curación, siquiera la parte directiva continúe reservada a aquéllos, y hasta la de resistirse a seguir un plano que las vicisitudes de la dolencia demuestren que es erróneo, y a la práctica de una operación tan peligrosa como la mencionada, claro que en uno y otro caso siempre que no se proceda maliciosamente y con el propósito de agravar las responsabilidades de dicho patrono» (94); en otras palabras, reconocía el dere-

(89) Vid. ALMANSA: *Faltas de los beneficiarios*, pág. 434.

(90) Cfr. ROHRICH: *The role*, pág. 173; PERSIANI, pág. 253.

(91) Vid. MIRANDA-SIMONS: *Le rôle*, pág. 108.

(92) Lo decide frecuentemente la jurisprudencia belga por inobservancia consciente y deliberada del tratamiento, sin razón legítima, la cual puede consistir en el peligro presentado por la operación, o en el riesgo grande de su fracaso. Vid. PAPIER-JAMOUILLE: *Le rôle*, págs. 103-104.

(93) Artículo 8.2 OI; el artículo 102 de la LSS es idéntico al artículo 102 de la LGSS vigente.

(94) ALCUBILLA: *Diccionario*, I, pág. 214.

cho del beneficiario a controlar el tratamiento, y a negarse a él cuando erróneo o sumamente peligroso, con lo cual se situaba a la altura de la jurisprudencia francesa, alemana, inglesa, suiza, belga e italiana, que en materia quirúrgica no obligaba a la víctima a soportar una operación que pudiera atentar a su integridad corporal (95). La ley Matos de 1922 recoge únicamente el control del tratamiento mediante la designación por la víctima de uno o más médicos complementarios, pero no el rechazo de aquél; será el RAT de 1933 el iniciador de un procedimiento para calificar de razonable la negativa del paciente a una intervención quirúrgica, que pervive hasta hoy, con pequeñas modificaciones (96); pero los Tribunales no siempre se sintieron vinculados por el fallo de aquel procedimiento, y surge una doctrina fluctuante en torno a las intervenciones quirúrgicas, en las sentencias del Tribunal Supremo de 17-1-1936, 30-9-1947, 10-3-1955, 9-2-1955, 10-3-1955, 5-3-1954, 3-10-1955, 20-9-1959, 20-11-563, etc., calificando unas veces, descalificando otras, la invalidez a cuyo tratamiento quirúrgico se negaba el trabajador (97). De las dos tendencias jurisprudenciales, prevaleció, según Alvarez de Miranda, la de que no cabe, en absoluto, forzar a nadie a operarse y, en principio, que la negativa del trabajador a operarse no exonera al empresario o a la aseguradora de responsabilidad (98). Esta postura se mantiene cuando a partir de la LSS se amplía a todo tratamiento, quirúrgico o no, el procedimiento para calificar de razonable el rechazo de aquél por el asegurado: la jurisprudencia posterior, observa Alonso Olea, pasa a considerar virtualmente siempre como razonable tal rechazo en los casos de operación quirúrgica y en los de tratamiento no quirúrgico, pero especialmente penoso (99).

En resumen de lo dicho en las páginas precedentes, puede afirmarse que

(95) Apud. ALARCÓN Y HORCAS: *Código*, pág. 366.

(96) La más importante, quizá, era el carácter neutral del organismo decisorio en todas sus instancias: en vez de ser la contraparte de la víctima en la relación aseguradora, entonces, el empresario, era una Comisión de la Caja Nacional, recurrible ante una Comisión Revisora Paritaria de Accidentes.

(97) Vid. ALVAREZ DE MIRANDA: *Negativa del trabajador accidentado*, págs. 45, 46, 47.

(98) *Ibidem*, pág. 46.

(99) *Instituciones*, págs. 87 y 104. La ampliación de la LSS no se produce sencillamente al ámbito de los tratamientos, sino también al ámbito de los riesgos, pues anteriormente a ella la legislación sobre invalidez por riesgos comunes era bastante estricta, disponiendo el artículo 17, Orden ministerial de 2-2-1940 (Ar. 17.400), reglamentando el Seguro de Vejez, la pérdida del derecho al subsidio de quien no se sometiera a la asistencia prescrita.

el concepto legal de invalidez en nuestro ordenamiento participa de estas tres características: patológica, objetiva e involuntaria, no constando, en cambio, su carácter sobrevenido.

IV

[INVALIDEZ PROVISIONAL Y PERMANENTE

En la mayor parte de los países con un sistema de Seguridad Social se cubre --indica Venturi (100) -- la invalidez permanente; pero en algunos países importantes se contempla además una invalidez temporal, como en nuestro ordenamiento, aunque la permanente siga siendo la «invalidez propiamente dicha», en opinión del profesor Borrajo (101). Ya vimos al comienzo la definición de ambas dada por el artículo 132 de la LGSS; ahora analizaremos sus diferencias conceptuales, pues cada una de ellas tiene particularidades en su régimen jurídico, que sólo podremos aplicar correctamente si tenemos bien clara la calificación de una y otra.

Los dos criterios de distinción comúnmente seguidos en el Derecho comparado, según conclusiones de los expertos reunidos en Ginebra en noviembre de 1936 (102), toman por base, o bien la permanencia de la invalidez, o bien la superación de un plazo determinado.

A) *El criterio de la permanencia*

Lógicamente, el criterio más vecino a una distinción entre invalidez provisional y permanente debería ser justamente la permanencia de las lesiones invalidantes. Desde el punto de vista médico-social, a tal respecto, no cabe considerarse que la invalidez es permanente sino cuando la autoridad encargada de evaluarla se cerciore de la estabilización definitiva en el estado del inválido, y sea posible evaluar con suficiente seguridad la cuantía del perjuicio económico causado por las lesiones (103). Por ello, el criterio de la permanencia tropieza con una serie de inconvenientes, principalmente la extraordinaria versatilidad del ciclo de estabilización, y la incertidumbre consiguientemente, a veces durante años, de la entidad gestora por saber cuáles son sus costes

(100) *Fondamenti*, pág. 151, refiriéndose al Seguro de Invalidez.

(101) *La integración*, pág. 165.

(102) En OIT: *Código Internacional de Trabajo*, II, págs. 260 y sigs.

(103) *Conclusiones OIT*, pág. 278.

y de los beneficiarios por conocer cuáles son sus derechos, razones por las que la reunión de expertos aludida haya desaconsejado finalmente este criterio (104). Y, efectivamente, en países donde se acogió sin reservas no hubo más remedio que introducir toda una gama de matices y rectificaciones desfiguradores de su primitiva esencia. Consciente de la distorsión, Rossi advierte que el concepto de «permanencia» asume en este lugar un específico significado técnico-jurídico sólo mínimamente igual al valor semántico de la expresión (105). No se trata de pedir en vía absoluta la insanabilidad o la irrecuperabilidad, sino la permanencia, entendida como «una situación biológica que tendrá, al menos, duración en el tiempo», señala Chiodi (106); por ello es suficiente un juicio de «permanencia relativa» entiende Puccini (107), no identificable con el concepto de perpetuidad, continuidad, irrecuperabilidad o irreversibilidad absoluta, sino con el criterio cronológico de larga duración y de estabilidad según el pronóstico médico-legal, que ofrece, precisamente, un juicio de probabilidad. Asimismo ambiguo, Cannella sólo entiende exigible una duración indefinida de la invalidez, y en cualquier caso no en el sentido de segura insanabilidad, sino sencillamente en el de que no sea precisable o delimitable su duración (108); en definitiva, se intentan armonizar los contrarios: Chiapelli (109) y Alibrandi (110), entre otros, entienden permanente una enfermedad curable si resulta de duración incierta; llegamos con ello a un punto donde la provisionalidad y la permanencia se confunden fácilmente, pues estamos admitiendo tranquilamente la provisionalidad de la permanencia en los casos límite.

B) El criterio de plazo determinado

Más pragmático, el criterio del plazo fijo declara el paso de la invalidez provisional a la permanente al superarse un período de tiempo determinado, normalmente en Derecho comparado de seis meses a un año (111); las ventajas de índole administrativa y subjetiva hacen más recomendable este criterio, siempre que la contradicción de estimar permanentes a situaciones aún

(104) Conclusiones OIT, págs. 278-279.

(105) En BUSS y PERSIANI: *Trattato*, pág. 351.

(106) *Del concetto di permanenza*, pág. 709.

(107) *Aspetti medico-legali*, pág. 70.

(108) Corso, pág. 287.

(109) *Permanenza*, pág. 614.

(110) En RIVA y MAZZONI: *Nuovo Trattato*, III, pág. 388.

(111) Conclusiones OIT, pág. 279.

no estabilizadas, pero de larga duración pueda paliarse con la posibilidad de revisión de las incapacidades declaradas (112). Numerosos países siguen este criterio, compensado por la revisión posterior y, naturalmente, reconociendo la invalidez permanente aún antes de llegar al plazo si se observa su estabilización (113).

Nuestra legislación vigente, por su parte, recurre al criterio de la permanencia: la invalidez provisional se declara siempre que se prevea no va a tener carácter definitivo, dice el artículo 132.2 LGSS, y la permanente, según el mismo precepto, cuando el trabajador presente reducciones previsiblemente definitivas, aunque pueda recuperar su capacidad laboral, si esta posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. A pesar de ello, establece también, a manera de válvula de seguridad, un plazo máximo y la revisión de incapacidades: acumulación de elementos de ambos criterios, a despecho de lo cual habría de afirmarse el predominio del primero, pues la excesiva amplitud del plazo, seis años (art. 133 LGSS), en contraste con los seis meses o el año de los países donde impera con mayor pureza, sólo permite su intervención excepcional, aun a pique de mantener a los sujetos de la relación prestacional en una situación de incertidumbre.

Cuestión marginal, pero profusa en conflictos, es la de las enfermedades crónicas o intermitentes. Alibrandi (114), Cannella (115) y Puccini (116) indican que la permanencia no significa continuidad, pudiendo merecer cobertura dichas enfermedades crónicas o intermitentes cuando la gravedad y la frecuencia de los ataques impidan el desarrollo de la capacidad laboral, con reducción de su capacidad de ganancia. Esta es también la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo, en sentencias de 20-11-1972 (JS. 56, pág. 68) y 18-5-1968 (Ar. 2.212), pero declarando oportunamente en sentencia de 29-2-1970 (Ar. 351) que «en enfermedad con tan amplia gama de matices como es la epilepsia, la sola existencia de un foco epileptógeno, sin más especificaciones, no es dato bastante para concluir la inhabilitación completa del trabajador para todo oficio o profesión».

Pues bien: si ya tenemos una situación de invalidez provisional, ¿por

(112) En tal sentido, *Conclusiones OIT*, pág. 280.

(113) Cfr. *Conclusiones OIT*, pág. 279.

(114) En RIVA y MAZZONI: *Nuovo Trattato*, III, pág. 389.

(115) *Corso*, pág. 288.

(116) *Aspetti medico-legali*, pág. 70.

qué agregar además otra situación parecida, la incapacidad laboral transitoria? Varias son las razones para ello, de índole más bien financiera que asistencial:

a) La primera, histórica, es el peso de la situación denominada «larga enfermedad» en la legislación mutualista (117); surge esta situación para cubrir las lesiones por riesgos comunes de convalecencia prolongada, cuando en este sector sólo se protegía la invalidez permanente, en la normativa mutualista y del SOVI, o las primeras semanas de enfermedad, en la normativa del SOE (118); en el aseguramiento de los riesgos comunes coexistían, por tanto, tres tipos de prestaciones: las económicas por enfermedad (SOE), durante las primeras veintiséis semanas de baja; las de larga enfermedad (Mutualismo), desde la trigésimo novena semana hasta dos años y medio, prorrogables, y las de invalidez permanente (SOVI, Mutualismo). Al unificarse las contingencias con la LBSS, la tripartición se generaliza (119).

b) Razones financieras, principalmente, parecen avalar la dualidad: primero, por el distinto período de carencia exigido para las prestaciones por I.T. (ciento ochenta días) e invalidez provisional (quinientos días), al producirse por riesgos comunes; en segundo lugar, porque en algunos regímenes especiales y situaciones asimiladas al alta no existe la cobertura de una de ellas, con el subsiguiente ahorro financiero.

V

GRADOS DE INVALIDEZ PERMANENTE

Al concluir el recorrido histórico sobre la formación del concepto de invalidez en nuestro país, veámos que en la actualidad son cinco los grados de la permanente reconocidos por la vigente LGSS: parcial y total para la

(117) Reglamento General del Mutualismo Laboral, de 10-9-1954, artículos 72 y siguientes.

(118) Artículo 8.º del Decreto de 18-4-1947, artículo 2.º de la Orden ministerial de 18-6-1947, artículo 65 de la Orden ministerial de 10-9-1954. El Seguro de Enfermedad, en cambio, establecía prestaciones económicas del 50 por 100 del salario hasta la 26.ª semana de baja: ley de 14-12-1942, artículo 18, que luego se limitaron en el Decreto 7-6-1949 (AD. 17.319), artículo 13, a veintiséis semanas «por año natural».

(119) Que la invalidez provisional es heredera directa de la «larga enfermedad» mutualista viene reconocido por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 9-11-1973, Ar. 4.416.

profesión habitual, total cualificada, absoluta para todo trabajo, y gran invalidez. El artículo 135 de la LGSS las define, como se sabe, de la forma siguiente:

a) Parcial para la profesión habitual es la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

b) Por total para la profesión habitual se entiende la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

c) Total cualificada para la profesión habitual, cuando por la edad del trabajador, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presume la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior.

d) La absoluta para todo trabajo inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

e) Se considera gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

De los cinco, recordaremos el nacimiento de la parcial, total y absoluta en la ley Dato de 1900, apareciendo la gran invalidez con la ley Largo Caballero de 1932 (120), por influjo de la legislación internacional, y la total cualificada en la LFP de 1972, aunque la jurisprudencia había ya aislado el concepto de tal grado en un cuantioso número de fallos que sólo en el año anterior, 1971, habían sido los siguientes: sentencias del Tribunal Supremo de 18-1 (Ar. 319), 26-5 (Ar. 2.605), 7-6 (Ar. 2.636), 22-6 (Ar. 2.687), 6-10 (Ar. 4.221) y 29-11 (Ar. 4.715). Los problemas planteados por esta graduación legal son relativamente numerosos, y en sus aspectos más urgentes han sido tratados en profundidad por el profesor Alonso Olea en sus *Instituciones de Seguridad Social* (121). En lo que sigue, me limitaré a analizar el tema más cercano al concepto de invalidez: el de los criterios de valoración de grados.

(120) Sobre el gran inválido y las «actividades esenciales diarias», cfr. BALLESTER: *El inválido*, pág. 1263.

(121) Páginas 81 y sigs., y 270 y sigs.

Desde tres perspectivas puede estimarse la gravedad de la invalidez, el defecto de ingresos a cuya compensación tienden las prestaciones de la Seguridad Social: el puramente fisiológico, el profesional, y el socio-económico.

a) *Fisiológico*.—El criterio puramente fisiológico, por el cual se gradúa la invalidez de acuerdo con la importancia abstracta del órgano o función lesionados, se encuentra hoy en descrédito, pues la gravedad de la pérdida únicamente puede medirse en función de su trascendencia para el trabajo, y más concretamente, para el trabajo habitual o profesión del asegurado (122). En nuestro ordenamiento, las incapacidades típicas o listadas desaparecieron definitivamente con el RAT de 1956, salvo la ceguera (123); el criterio fisiológico se sigue para la gran invalidez.

b) *Profesional*. El criterio profesional se centra en la disminución del rendimiento de una persona para el trabajo, tomando generalmente un punto de referencia, ya sea la profesión habitual del asegurado en concreto, ya cualquier trabajo productivo. Es también un criterio fisiológico, y de ahí que el profesor Borrajo prefiera denominarlo «físico-médico» (124); pero hace hincapié en las repercusiones sobre la actividad laboral del sujeto, y por ello se habla en el Derecho alemán de *Berufsunfähigkeit*, esto es, de incapacidad profesional (125).

c) *Socio-económico*.—La disminución de la capacidad de ganancia, o *Erworbensunfähigkeit*, es el criterio mayormente seguido en la legislación comparada, a impulsos de la legislación alemana del siglo pasado. Por capacidad de ganancia se entiende, en términos amplios por Brockhoff, Jantz/Zweng, Knoll y Wannagat, la capacidad para adquirir dinero u otros bienes patrimoniales mediante un trabajo factible (*erlaubte*) (126). Para valorarla correctamente deben tenerse en cuenta, no sólo la validez psicofísica del trabajador y su aptitud para emplearla productivamente, sino además las condiciones del ambiente económico-social en que el sujeto se encuentra y actúa, en relación a concretas posibilidades de colocación. Esto es, agrega Cannella (127), el valor de la incapacidad de ganancia no depende de un juicio meramente mé-

(122) Cfr. *Conclusiones OIT*, págs. 261 y sigs. No obstante, vid. TUNC: *L'indemnisation*, pág. 134, para el Derecho australiano.

(123) Artículos 37, 38 y 41. Vid. ALONSO OLEA: *Instituciones*, págs. 84-85.

(124) *Estudios jurídicos*, págs. 152.

(125) Cfr. WANNAGAT: *Lehrbuch*, págs. 261 y sigs.; VENTURI: *Fondamenti*, página 150.

(126) Cfr. WANNAGAT: *Lehrbuch*, pág. 259.

(127) *Corso*, pág. 285.

dico-legal sobre la idoneidad para el trabajo, pues requiere un juicio complejo que comprenda además la estimación de todas las variables condiciones individuales, económicas y sociales que consienten al sujeto utilizar las propias energías laborales. Más concretamente, Tesmer (128) la hace depender, según la legislación alemana, de las posibilidades laborales residuales en todo el ámbito de la vida laboral, aunque teniendo en cuenta los inconvenientes sufridos por el lesionado que le impiden utilizar como antes específicos conocimientos y experiencias profesionales, en tanto no pueda compensarlos con otras actividades factibles. La delimitación de la capacidad de ganancia del asegurado puede hacerse en términos genéricos o específicos. En sentido genérico, como intentaba la legislación del antiguo SOVI, y resumiendo el párrafo 1.235 de la *Reichversicherungsordnung*, en que se inspiró, se pondrían en relación la capacidad actual del inválido con la que tuviese en el mismo momento y localidad una persona sana de cuerpo y de mente de las mismas condiciones y cultura. En sentido específico, la capacidad de ganancia se pone en relación con la del propio inválido anteriormente en su profesión habitual, y no con cualquier actividad adecuada (129). A poco que examinemos una y otra perspectiva, observaremos ventajas e inconvenientes en ambas. Quizá por eso, la jurisprudencia italiana, a costa de declarar inconstitucional una norma (130) ha acuñado una definición intermedia: la capacidad de ganancia debe hacer referencia a toda ocupación afín a la precedentemente desarrollada, a la que el mismo sujeto, por sus condiciones de inteligencia y por su grado de adaptabilidad, pueda efectivamente dedicarse sin desclasamiento y sin necesidad de reeducación profesional, con el uso normal de su capacidad psicofísica residual y de sus conocimientos y capacidades técnicas (131).

(128) *Die Beurteilung der Minderung*, pág. 220

(129) Sobre el tema, DE LITALA: *Diritto*, págs. 451 y sigs. VENTURI, pág. 150. Las conclusiones de expertos de la OIT, págs. 264 y sigs., señalan hasta cuatro métodos: 1.º Evaluación de la incapacidad por la relación entre el salario individual efectivamente devengado al evaluarse la incapacidad y el salario individual efectivamente devengado durante un período anterior a ella. 2.º Por la relación entre el salario individual presuntamente devengado al evaluarse la incapacidad y el salario individual presuntamente devengado durante un período anterior a ella. 3.º Por la relación entre el salario individual presunto después de comprobada la invalidez y el salario que el trabajador probablemente habría devengado al evaluarse la incapacidad si hubiera permanecido sano. 4.º Por la relación entre el salario individual presunto al evaluarse la incapacidad y el salario medio de un trabajador normal con experiencias y formación análoga, y en las mismas condiciones que el inválido.

(130) El artículo 10.1 del Decreto-ley 636/1939, por sentencia del Tribunal Constitucional núm. 160 de 1971. Vid. ROSSI: *Op. cit.*, pág. 342.

(131) ROSSI: *Ibidem*, págs. 342-343.

Si el criterio profesional y el socio-económico lo aplicamos a las definiciones de grados de invalidez en nuestra LGSS, podemos deducir que rige el profesional para estimar la incapacidad parcial, total y absoluta, mientras que ha de utilizarse el socio-económico para apreciar la total cualificada. Esto tiene su importancia, porque de la aplicación de uno u otro resultan ventajas e inconvenientes para el asegurado: en concreto, las llamadas «lesiones permanentes no invalidantes» permiten perfectamente el trabajo habitual y no tienen relevancia según el primer baremo, pero en ocasiones reducen fuertemente la capacidad de ganancia y entran en consideración a tenor del segundo criterio: piénsese en la empleada de comercio, o en el vendedor a domicilio, que ha sufrido deformaciones repugnantes en el rostro, de visión desagradable para el público, y se comprenderá que aunque pueda seguir cumpliendo con su trabajo, no obtendrá desde luego las mismas ganancias de antes. Junto a ello, los factores socio-económicos introducidos por nuestra jurisprudencia permiten un amplio juego del principio pro accidentado, comenta el profesor Alonso Olea (132); lo cual no puede predicarse del criterio profesional.

VI

CONCLUSIONES

1.^a El concepto legal de invalidez ha sufrido una importante evolución histórica cuyas dos fuentes principales han sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la sistematización de la Seguridad Social a partir de la ley de Bases de 1963, y cuyo objetivo parece estar en extender la cobertura aseguratoria a toda reducción psicofísica grave calificable como patológica, objetiva e involuntaria en sentido estricto. La evolución está centrada hoy en la invalidez psicológica, las lesiones preexistentes y la responsabilidad del asegurado.

2.^a La jurisprudencia está comenzando a aceptar la invalidez psicológica, o psicosis de renta; la admisión de las limitaciones psicológicas hace aconsejable suprimir los topes temporales establecidos para la revisión de las invalideces declaradas.

3.^a Las lesiones preexistentes están siendo reconocidas por la jurisprudencia cuando por agravación paulatina llegan a ser invalidantes después del aseguramiento; pero nada impide reconocer las taras congénitas o puramente anteriores al aseguramiento, una vez cumplido el período de carencia.

(132) *Instituciones*, págs. 86.

4.^a Asistimos actualmente a un proceso de minimización de la responsabilidad del asegurado en la producción de las lesiones: en cuanto a la culpa, desde la LSS de 1966 sólo descalifica la imprudencia temeraria extraprofesional, aunque la jurisprudencia continúa aplicando antiguos criterios ya inadmisibles; en cuanto al dolo, se marcha por la jurisprudencia a responsabilizar únicamente por dolo específico, tanto en casos de autolesionismo como en casos de negativa a tratamiento médico o quirúrgico.

5.^a Razones históricas y financieras justifican la pervivencia de dos situaciones de invalidez temporal, es decir, de la ILT y la invalidez provisional, pese a provocar incertidumbres poco recomendables.

6.^a En la legislación vigente se utilizan dos criterios para valorar los grados de invalidez: el profesional, para incapacidades parciales, totales y absoluta; el socio-económico, para las totales cualificadas. El criterio socio-económico concuerda mejor con la función de la Seguridad Social, y debería reconocerse legalmente como el único aplicable.

ANTONIO OJEDA AVILÉS

B I B L I O G R A F I A

- AGOSTINI: «Il rischio nell'assicurazione invalidità vecchiaia e l'invalidità preesistente», en *RGiurLav*, 1953, pág. 308.
- ALARCÓN Y HORCAS: *Código del Trabajo. II. Accidentes de Trabajo y Jurisdicción Industrial*. Madrid, 1929.
- ALMANSA: *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid, 1973.
- — «Faltas de los beneficiarios en la prestación de asistencia sanitaria», en *Académie Polonaise des Sciences; Comité des Sciences Juridiques; Actes du VII^{ème} Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale* (Sept. 1970). Varsovia, 1973.
- ALIBRANDI: «I soggetti e l'oggetto del rapporto di assicurazione sociale», en RIVA y MAZZONA: *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro. III. Previdenza Sociale*. Padova, 1971.
- ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*. 5.^a edición. Madrid, 1974.
- — «Temas de prevención y reparación de riesgos profesionales en la legislación española», en *RIT*, 91, 1975, págs. 467 y sigs.
- — *El dinamismo de la Seguridad Social*. Murcia, 1971.
- — *Sobre los principios cardinales del proyecto de ley de Bases de la Seguridad Social*. Barcelona, 1963.
- — y MONTIYA MELGAR: «El papel de la falta en el Derecho de la Seguridad Social», en *Actes du VII^{ème} Congrès International de Droit du Travail*, Varsovia, 1973; páginas 121 y sigs.
- ALU: «Il rischio preconstituito nel Sistema della Previdenza Sociale», en *DLav*, 1964, 1.^a, pág. 94.

- ÁLVAREZ DE MIRANDA: «Negativa del trabajador a someterse a intervención quirúrgica», en *RISS*, 1, 1964, págs. 41 y sigs.
- ALLIERI: *La pensione di invalidità: rapporti tra amministrazione e giurisdizione ordinaria*. Milán, 1968.
- AMADUZZI: «In tema di invalidità preesistente alla data d'inizio dell'assicurazione di invalidità», en *GiurIt*, 1949, I, 1, col. 333.
- — «Invalidità preesistente all'inizio dell'rapporto assicurativo», en *RIPrevS*, 1950, página 554.
- BARNI: «Invalidità pensionabile e invalidità collocabile», en *RGLawPrevS*, 1962, pág. 201.
- BALLESTER: «El inválido dentro de la nueva ley española de Seguridad Social», en *RISS*, 3, 1971, pág. 657.
- BENISSONE: «Appunti minimi in tema di assicurazione obbligatoria», en *ENPAS*, 1958, VI, pág. 89.
- BORRAJO: *Estudios jurídicos de Previsión Social*. Madrid, 1962.
- — «La integración de las situaciones de invalidez en la LBSS y su aplicación en el Derecho comparado», en *RPS*, 61, 1964, págs. 163 y sigs.
- BRASIELLO: «Limiti giuridici e medico-legali del potere di revisione nel giudizio di invalidità e della liceità di revoca della pensione», *RIPrevS*, 1965, pág. 3.
- CANNELLA: «L'invalidità etica non esiste», en *PrevSoc*, 1956, pág. 527.
- — *Corso di Diritto della Previdenza Sociale*. Milán, 1959.
- CARRIERI: «Alcolismo e invalidità pensionabile (nota a sentencia)», en *RIPrevS*, 1971, página 466.
- CONFERENCIA NACIONAL DE SEGUROS DE ENFERMEDAD, INVALIDEZ Y MATERNIDAD (Barcelona, noviembre 1922): *I: Ponencia, Actas y Conclusiones*. Madrid, 1925.
- COSSÍO: *El dolo en el Derecho civil*. Madrid, 1955.
- CHIAPPELLI: «Permanenza di invalidità pensionabile», en *Influenza delle cure "possibili"*. Zacchia, 1969, pág. 614.
- CHIODI: «Del concetto di permanenza nella invalidità pensionabile», en *RIPrevS*, 1954, página 709.
- D'ALESSIO: «La cosiddetta invalidità etica», en *PrevSoc*, 1965, pág. 1257.
- DEL PESO: «Comisiones técnicas calificadoras de la invalidez permanente en Seguridad Social», en *RISS*, 3, 1971, pág. 657.
- — «La invalidez en la ley española de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963», en *RISS*, 1, 1967, pág. 41.
- DE LITALA: *Diritto delle Assicurazione Sociale*. 4.^a edición. Turín, 1959.
- DÍEZ-FICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid, 1970.
- DI BERARDINO: «Il giudizio di permanenza dell'invalidità pensionabile ed il miglioramento dell'assicurato», en *RGLaw*, 1964, II, pág. 237.
- DOUBLET y LAVAU: *Sécurité Sociale*. París, 1957.
- ESSER: *Schuldrecht*. Band 1, *Allgemeiner Teil*. 3.^a edición. Karlsruhe, 1968.
- GALANTINI: «Reforma del Seguro italiano de Invalidez, Vejez y Supervivencia», en *RISS*, 1, 1966, pág. 11.
- GARCÍA ORMAECHA: *Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Comisión Superior de Previsión sobre Accidentes de Trabajo, 1902-1934*. Madrid, 1935.
- KREJCI y SCHMITZ: «Der Verschuldensbegriff in der sozialen Sicherheit», en *Actes du VIIème Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*. Varsovia, 1973, 47 y sigs.
- LYON-CAEN: «Le rôle de la faute dans le Droit de la Sécurité Sociale», en *Actes des*

- VII^{ème} Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale, Varsovia, 1973, págs. 11 y sigs.
- — «Introduction», en *Actes du VII^{ème} Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*. Varsovia, 1973, págs. 437 y sigs.
- MARAFIOTI RENZI: «Pensionabilità di stato invalidante determinato da alcoolismo o da usi di stupefacenti», en *Atti del Convegno Nazionale di studio su "L'invalidità pensionabile"*. Milán, 1963, vol. II, págs. 519 y sigs.
- MIRANDA-SIMOES: «Le rôle de la faute dans le droit de la Sécurité Sociale», en *Actes du VII^{ème} Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*, Varsovia, 1973, págs. 105 y sigs.
- NOVELLI: «Preesistenza di cause invalidanti e diritto alla pensione di invalidità», en *SicSoc*, 1959, pág. 36.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO: *Evaluación de la incapacidad permanente en el Seguro de Accidentes de Trabajo y en el Seguro de Invalidez*. Código Internacional del Trabajo. II. Anexos. Ginebra, 1957.
- PANNAIN: «Criteri di valutazione delle infermità ai fini del giudizio di invalidità pensionabile (nota a sentenza)», en *RIPrevs*, 1972, pág. 252.
- PAPIER y JAMOULLE: «Le rôle de la faute dans la législation relative aux accidents du travail», en *Actes du VII^{ème} Congrès International de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*. Varsovia, 1973, págs. 78 y sigs.
- PELLEGRINI: «Criteri medico-legali per la valutazione della invalidità pensionabile», en *Cuadernos de L'assistenza sociale*, X, 1937.
- — — *Tratato di Medicina legale e delle assicurazioni*. Padua, 1959; I, 262 págs., y II, 196 págs.
- PERA: «Pensione di invalidità e previo ricorso amministrativo», en *RIPrevs*, 1969, página 477.
- — «Sui limiti obbiettivi del previo procedimento amministrativo nelle controversie di previdenza sociale», en *Foroit*, 1969, I, col. 1180.
- PERSIANI: «Le rôle de la faute dans le droit de la Sécurité Sociale», en *Actes du VII^{ème} Congrès Internationale*, pág. 241
- PEZZERI: «Considerazioni medico-assicurative sul tentato suicidio», en *RIPrevS*, 1950, página 26.
- — y BERARDI: «Stato di invalidità tentato e mancato suicidio: sua pensionabilità», en *Atti del Convegno Nazionale di Studio su "La invalidità pensionabile"*. Milán, 1963, I, pág. 383.
- POSADA: *Los Seguros Sociales obligatorios en España*. Madrid, 1943.
- PUCCINI: «I fattori psicologici nel giudizio di invalidità», en *RIPrevS*, 1972, pág. 687.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO: «Culpa de la víctima y accidentes de trabajo», en *ADC*, 1970, 23-3, página 543.
- ROHRLICH: «The rôle of fault in social security legislation», en *Actes du VIII^{ème} Congrès International*, pág. 150.
- RONDELLI: «Assicurazione privata d'invalidità e invalidità etica», en *RIDiSoc*, 1969, página 531.
- ROSSI: «Elementi soggettivi del regime generale dell'invalidità vecchiaia e superstiti», en BUSSI y PERSIANI: *Tratato di Previdenza Sociale*. I. *Il regime generale della invalidità vecchiaia e superstiti*. Padua, 1974, págs. 5 y sigs.
- RUPRECHT: «El papel de la falta en el Derecho de la Seguridad Social», en *Actes du VII^{ème} Congrès International*, pág. 34.

- SABATTANI: «Rioccupazione e revoca della pensione d'invalidità», en *RIPrevS*, 1971, página 764.
- SAINTE-JOURS: *La faute dans le Droit Général de la Sécurité Sociale*. París, 1972.
- SANTO DOMINGO: «Alcoholismo y Seguridad Social», en *RISS*, 6, 1966, pág. 1243.
- SCOGNAMIGLIO: «Aspetti giuridici della pensione di invalidità», en *RGLavPrevS*, 1962, I, página 72.
- SCORZA: «Il tentativo del suicidio nell'assicurazione obbligatoria», en *ForoIT*, 1955, I, página 85.
- SPITAELS, KLARIC, LAMBERT y LEFEVRE: *Le salaire indirect et la couverture des besoins sociaux*. VIII. *La comparaison internationale Allemagne-France-Italie-Pays Bas*. Bruselas, 1971.
- SQUILACCIOTTI: «Novissime posizioni giurisprudenziali nell'accertamento dei presupposti di fatto del diritto a pensione di invalidità (nota a sentencia)», en *PrevSoc*, 1969, página 1544.
- TESMER: «Die Beurteilung der Minderung der Erwerbsfähigkeit», en *Der Medizinische Sachverständige*, 1963, pág. 220.
- TUNC: «L'indemnisation des dommages corporels et des incapacités physiques et mentales: un projet australien», en *DSoc*, 2, 1975, pág. 133.
- VENTURI: *I fondamenti scientifici della Sicurezza Sociale*. Milán, 1954.
- VILLA GIL: «Las prestaciones rehabilitadoras en la LBSS. Régimen jurídico», en *RPS*, 61, 1964, pág. 197.
- — — Estudio preliminar de "La Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Administración institucional". Madrid, 1968.
- WANNAGAT: *Lehrbuch des Sozialversicherungsrecht*. Tübingen, 1965, vol. I.
- WANNAGAT: «Der Verschuldensbegriff im Recht der Sozialen Sicherheit», en *Actes du VIIème Congrès International*, pág. 308.
- — — «Intervention», en *Actes du VIIème Congrès International*, pág. 456.

