

Incapacidad laboral y seguridad social en una sociedad de trabajo cambiante*

Inability to work and social security in a changing working society

PAOLA BOZZAO

PROFESORA TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (CATEDRÁTICA ACREDITADA)
UNIVERSIDAD "LA SAPIENZA" DE ROMA

Resumen

El presente trabajo analiza tendencias, límites y potencialidad del sistema de seguridad social en la gestión de las incapacidades laborales, con particular atención a las prestaciones económicas. El objetivo es subrayar las reformas recientes en este área, analizando su impacto sobre la regulación de la protección para los casos de incapacidad. Esta investigación es conducida a la luz de los cambios que - en la fase de transición al sistema productivo post-fordista - han redefinido el modelo de sociedad laboral, reenderezando los objetivos de política social de los legisladores (europeo y nacionales) y las estrategias de empleo, y no, desarrolladas.

Abstract

This study analyses the tendencies, limits and potential of the social security system in the management of inability to work, paying special attention to economic benefits. The aim is to highlight the recent reforms in this field by analysing their impact on the protection regulation in the event of inability. This research is carried out during the changes that have redefined –during the stage of transition to the post-Fordism– the model of working society, redirecting the aims of social policy of legislators (European and national) and the employment strategies, and not, developed.

Palabras clave

incapacidad laboral; seguridad social; inclusión activa; condicionalidad

Keywords

Inability to work; social security; active inclusion; conditionality

1. INCAPACIDAD LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

La protección de la incapacidad laboral se sitúa en el punto de encuentro entre distintos derechos sociales fundamentales, relacionados entre sí: el derecho a la seguridad social, ante todo; el derecho a la salud, y, además, el derecho al trabajo. La garantía de cada uno de estos derechos requiere una serie de medidas diferentes pero, como veremos, estrechamente conectadas.

Si se acerca este tema al ámbito específico del sistema de seguridad social, la primera dificultad que se encuentra, y que necesita una respuesta prioritaria, se es la identificación de la expresión “incapacidad laboral”; de hecho, a diferencia de lo que ocurre en España, esta expresión no encuentra ninguna referencia explícita y precisa en el marco regulador de otros sistemas nacionales de seguridad social.

* Este escrito constituye la síntesis –con notas esenciales– de la Ponencia de clausura del I Congreso Internacional Y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social sobre *Las Incapacidades Laborales y la Seguridad Social en una Sociedad en transformación*, Madrid, 19-20 de octubre 2017.

Volveré sobre este aspecto más adelante. Desde ahora quiero sólo subrayar que, cuando se habla de incapacidad laboral en el ámbito de la seguridad social, se hace referencia a la necesidad de hacer frente a la emergencia de un riesgo socialmente relevante, que genera una situación de incapacidad. Se trata de contingencias de distinta naturaleza: la enfermedad, la invalidez y el accidente, en primer lugar; pero también la maternidad, los permisos paternos y, de alguna manera, la vejez, si implica que alcanzada una edad cronológica no se esté apto para el trabajo.

Aquí nos hablamos de las primeras contingencias, que comportan la manifestación de un estado morboso o un accidente, profesional o no, que determina la incapacidad –temporal o permanente, parcial o total– a realizar una actividad profesional. Cuando, por desgracia, ocurren estas situaciones, la finalidad social perseguida es tendencialmente perseguible en aquélla de proveer una indemnización sustitutiva de la reducida capacidad de producir una renta, necesaria para la subsistencia del trabajador y de su familia. Digo “tendencialmente” porque, como vamos a ver dentro de poco, en el sistema jurídico italiano esta protección se ha enriquecido con nuevos objetivos, que se encuentran en el ámbito de la protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En el debate previdencial a múltiples niveles, el tema en examen no desempeña, en verdad, un papel principal: la atención de las instituciones europeas, tal como de la mayoría de los Gobiernos nacionales, ha sido orientada, en los últimos veinte años, hacia la profunda revisión de los sistemas jubilatorios y de los instrumentos de sostén a la renta, en caso de desempleo.

De todas formas, no han faltado países que han introducido reformas sistemáticas de la protección por incapacidad laboral; pero, por regla general, se ha procedido por simples modificación de una disciplina que, en su marco general, parece bastante sedimentada: en Italia, por ejemplo, la última ley “organizadora” en materia de invalidez se remonta a los años ochenta.

El hilo conductor común a estas medidas es aquel –ya dominante– de la limitación de los costes para la protección, (entre otras), de situaciones de incapacidad laboral. Las prestaciones económicas a vario título reconocidas en presencia de uno estado incapacitante revisten, en efecto, un peso significativo sobre el gasto global del Sistema de seguridad social. De aquí el recurso a soluciones, entre ellas a menudo integradas, que intervienen sobre la redefinición del concepto de incapacidad laboral; sobre el endurecimiento de los procesos estimativos del estado incapacitante; sobre el énfasis dado a la empleabilidad del trabajador con discapacidad, para favorecer su rápida reintegración laboral, con consiguiente contracción del gasto previdencial.

A esta exigencia de ahorro se suma la necesidad de contener la difusa exposición a fenómenos de abuso. A partir de los años setenta, en algunos países se ha asistido a la explosión de la utilización fraudulenta de las prestaciones de incapacidad¹: en el contexto de las reestructuraciones realizadas en aquellos años, dada la dificultad de numerosos trabajadores –especialmente los de edad avanzada– a recolocarse provechosamente en el

¹ REBHAIN R., *Wage Labour and Social Security*, in HEPPLER B., VENEZIANI B. (edited by), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Hart Publishing, 2009, pp. 192 y ss.

mercado laboral, los regímenes de incapacidad, tal como aquellos de jubilación anticipada, de hecho han reemplazado las prestaciones de desempleo. Estas estrategias han sido utilizadas sobre todo en Italia y en los Países Bajos; también se han difundido en el Reino Unido y en Austria.

El problema representado por los llamados “falsos discapacitados” ha constituido –y en muchas realidades nacionales aún hoy constituye– el aspecto peor de una degeneración estructural del sistema de seguridad social, que ha contaminado en profundidad el sistema protector de estas contingencias.

A la luz de este marco general, en este artículo voy a concentrarme en algunos aspectos que se plantean en el análisis comparativo de los regímenes de incapacidades laborales en Europa.

El objetivo es delinear tendencias, límites y potencialidad de la instrumentación previdencial en la gestión de las incapacidades laborales, con particular atención a las prestaciones económicas a tal fin predisuestas. Se trata, como veremos, de un sistema de normas extremadamente complejo, que refleja, inevitablemente, las peculiaridades “estructurales” propias de los diferentes sistemas de seguridad social nacionales.

De este orden protector analizaré los rasgos salientes, que pueden ayudar a comprender las líneas evolutivas que están delineando la reglamentación de los institutos en examen. Esta investigación será conducida a la luz de los cambios que –en la fase de transición al sistema productivo post-fordista– han redefinido el modelo de sociedad laboral, reenderezando los objetivos de política social de los legisladores (europeo y nacionales) y las estrategias de empleo, y no, desarrolladas.

Así que centraré previamente la atención sobre algunas de estas acciones, pasando luego a analizar como, en este nuevo contexto, el sistema de seguridad social pueda participar eficazmente, en la protección de las situaciones de incapacidad laboral.

2. EL CONTEXTO: UNA SOCIEDAD DE TRABAJO CAMBIANTE

Desde muchos años los organismos europeos subrayan la necesidad de modernizar las políticas de protección social de los Estados miembros, para hacer más sostenible, a largo plazo, los sistemas de seguridad social y reducir la posibilidad de que se produzcan las trampas de la inactividad, del paro y de la pobreza.

Desde la segunda mitad de los años '90 los Estados miembros han actualizado los regímenes de seguridad social, adoptando estrategias integradas sobre la inclusión social, las jubilaciones, la salud y la asistencia de larga duración. En el contexto del envejecimiento demográfico y de una globalización agresiva, las políticas sociales a nivel comunitario han resultado cada vez más integradas con la estrategia europea por la ocupación y basadas, en la perspectiva de la inclusión social, sobre el concepto de “inclusión activa”, prioritariamente realizado favoreciendo la participación al mercado del trabajo, especialmente de los c.d. grupos vulnerable: mayores, discapacitados, mujeres. La gravedad de la crisis económica y social y su reflejo sobre el aumento de la pobreza y las tasas de paro han conducido los

organismos europeos a “pisar el acelerador”, en los años más recientes, sobre el objetivo de inclusión social².

Para alcanzar niveles de ocupación más elevada es de fundamental importancia asistir a la persona en los períodos de transición, cuando se produce un cambio de su posición laboral, cómo, entre otros, la transición a condiciones de incapacidad laboral. Son muchos, por lo demás, los casos en que los problemas de salud pueden hacer difícil, o hasta imposible continuar una actividad laboral, tanto a título temporal, como de forma permanente. Como observado por los organismos comunitarios, “si la incapacidad es temporal, los sistemas de protección social deberían contribuir a un retorno rápido a la actividad anterior, mediante el ofrecimiento de servicios médicos de rehabilitación de calidad. La incapacidad permanente para trabajar en la actividad que se ejercía anteriormente no implica incapacidad para realizar cualquier otro trabajo. Los mercados laborales modernos ofrecen una amplia gama de empleos con exigencias muy diferentes en cuanto a capacidades físicas y mentales del trabajador. Por tanto, si un trabajador tiene que dejar su trabajo anterior por motivos de salud, se tendrán en cuenta medidas de rehabilitación profesional, además de las medidas médicas, para facilitar la rápida reintegración en el mercado laboral. Los sistemas de protección social constituyen un factor clave para determinar la reincorporación de las personas con problemas de salud al mercado laboral”³.

La lógica subyacente a la “gestión previdencial” de la contingencia incapacitante es evidente: los esfuerzos tienen que ser concentrados en las capacidades, y no en las discapacidades⁴.

2.1. Hacia la plena inclusión activa de los trabajadores discapacitados

Esta lógica se puede leer en las políticas europeas para los trabajadores discapacitados, categoría considerada “prioritaria por una mayor participación al mercado del trabajo”⁵. Se ha asistido, en particular, a la superación de un enfoque jurídico tradicional, basado en una especial atención a la protección social a los discapacitados con el supuesto de su insuperable condición de diversidad; para pasar al reconocimiento pleno de su dignidad, a la valorización de su participación a la vida social y económica del País. Por esta

² Véase la RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 3 de octubre de 2008 sobre *La inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral*; y la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007*, COM (2007) 13 def.

³ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Modernización de la protección social para crear más y mejores empleos: un enfoque general que contribuya a hacer que trabajar sea rentable*, COM (2003) 842 def., § 3.4.

⁴ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, AL COMITÉ DE LAS REGIONES Y AL BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017*, COM (2016) 725 def., par. 2.2.

⁵ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES, *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007*, cit.

via se ha cumplido la transición de una “protección paternalística de los discapacitados a su derecho a la plena inclusión”⁶.

La normativa europea destaca una neta orientación de las estrategias europeas hacia la implementación de la activación de los discapacitados⁷. Desde la perspectiva antidiscriminatoria se desprende, realmente, una nueva visión de la discapacidad, que debe indenderse no como un mero impedimento al trabajo (que provoca la exclusión del sistema productivo y de la vida social); sino como un obstáculo que tiene que ser removido, o cuanto más atenuado, para permitir una apropiada y adecuada participación al mercado laboral y, a través de eso, a la vida social en su conjunto.

En este contexto, muchas reformas nacionales han sido orientadas a la predisposición de políticas activas orientadas a “motivar” los beneficiarios de aquellas prestaciones a volver al trabajo: el foco/ la atención, es decir, se desplaza, de la protección de la mera incapacidad de la persona a la valorización de sus restantes capacidades laborales.

2.2. El impacto del envejecimiento de la fuerza laboral

El mismo enfoque proactivo concierne a los trabajadores mayores. Este tema tiene que ser encuadrado en relación al progresivo envejecimiento de la población y, por lo tanto, de la fuerza laboral.

La prolongación de la vida laboral, consecuencia del aumento de la edad de jubilación, necesitaría en particular de un sistema integrado y coherente de medidas de *active ageing*, basado sobre la adopción de políticas del trabajo destinadas a favorecer la permanencia de los mayores en los lugares de trabajo, así como de acciones preventivas en respuesta al peligro del rápido deterioro del capital humano. Muchos documentos europeos enfatizan la interrelación entre mala salud y ocupación: y los problemas de salud afectan en particular los trabajadores de edad avanzada⁸.

El tema, por lo tanto, no es simplemente lo de la incapacidad/discapacidad; esto tiene que ser considerado a la luz de la cuestión, más amplia, de la inclusividad en el mercado del trabajo, teniendo en cuenta las Recomendaciones (no sólo) europeas en materia de envejecimiento activo.

⁶ IZZI D., *Sub art. 26*, en MASTROIANNI R., POLLICINO O., ALLEGREZZA S., PAPPALARDO F., RAZZOLINI O. (a cargo de), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, Giuffrè, Milano, p. 499.

⁷ El derecho a un trabajo “inclusivo” está reconocido en el artículo 15, § 2, de la Carta Social Europea; vid. CUENCA GÓMEZ P., DE ASÍS ROIG R., *Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad*, en MONEREO ATEINZA C., MONEREO PÉREZ J.L. (dir. y coord.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Comares, Granada, 2017, spec. págs. 694-695. El derecho de la integración de las personas discapacitadas ha sido reafirmado en el artículo 26 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; y esta misma dirección aparece específicamente concretada en la política social europea (v., por último, la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020); vid. MONEREO PÉREZ J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., *Artículo 26 – Integración de las personas discapacitadas*, en MONEREO ATEINZA C., MONEREO PÉREZ J.L. (dir. y coord.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, págs. 590 y ss.

⁸ MORENO ROMERO F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2016; y BOZZAO P., *Anzianità, lavori e diritti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, spec. p. 45 ss.

En la política económico-social (no solamente) europea, el tema del envejecimiento de la población y, como consecuencia, de la fuerza laboral, ha asumido de unos treinta años una clara connotación: la prolongación de la vida laboral de los mayores, con el consiguiente retraso de la edad de jubilación. Por contra, menor atención ha sido prestada a las medidas dirigidas a facilitar la inserción, la reintegración o, aún menos, la permanencia, en el mundo del trabajo.

Está claro que las personas, una vez inactivas, especialmente si es durante largo tiempo, presentan muchas dificultades a regresar en el mundo del trabajo, sobre todo si son de edad avanzada. Además, los problemas de salud y las discapacidades constituyen las causas principales de las salidas anticipadas: y estas salidas, como ya he dicho, constituyen a su vez uno de los elementos de mayor sufrimiento del mercado del trabajo.

3. “NUEVOS” FACTORES DE RIESGO INVALIDANTE

El desarrollo tecnológico ha llevado consigo la introducción de nuevas instrumentaciones y recursos, que han producido un fuerte impacto en las modalidades de desarrollo de las actividades laborales: abriendo en algunos casos el camino hacia la emersión de nuevos riesgos por la salud y la seguridad de los trabajadores que, si no tempestivamente identificados y protegidos, pueden, especie a largo plazo, comportar la manifestación de graves patologías incapacitantes.

Particularmente problemático se ha revelado, por ejemplo, el empleo de teléfonos móviles durante el desarrollo de la actividad profesional, puesto que la exposición prolongada a las ondas electromagnéticas puede exponer los trabajadores a la mayor probabilidad de desarrollar patologías neoplásicas. En Italia, la más reciente jurisprudencia de mérito⁹ y legitimidad¹⁰ ha hallado un nexo causal entre el empleo de los teléfonos móviles y la manifestación del tumor, y ha condenado a la Entidad gestora (Inail) a indemnizar a los trabajadores enfermos después de haber utilizado el teléfono durante un largo plazo, 12-15 años, por variadas horas al día.

Además, en los últimos años se registra el aumento de enfermedades mentales y problemas psico-físicos, que también interesan los jóvenes¹¹ y, sobre todo, las mujeres, especie las madres solteras. Estas últimas aparecen particularmente expuestas a la depresión¹² y a la ansiedad; el profundo cambio del rol *multitasking* femenino –aumento de la cantidad de trabajo, mayores cargas de responsabilidad asociadas con roles profesionales apicales, conciliación, situaciones de familias monoparentales– ha marcado aún más, en los últimos años, el estrés físico y psíquico, considerado una de las principales causas de la depresión para la mayoría de las mujeres.

Los riesgos psicosociales en el trabajo y, en particular, el estrés relacionado con el trabajo constituyen los fenómenos más complejos, y en continuo aumento, en materia de

⁹ Corte App. Brescia 22 dicembre 2009; Trib. Ivrea 20 aprile 2017; Trib. Firenze 24 giugno 2017.

¹⁰ Cass. 12 ottobre 2012, n. 17438.

¹¹ Working Report dell'European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Tackling the increased take-up of incapacity benefit by young people in the European Union*, Prague, July 2009.

¹² Según la Organización Mundial de la Salud, en los próximos 30 años la depresión va a ser la enfermedad crónica más difundida.

salud y seguridad en el lugar de trabajo. Muy delicadas se revelan las recaídas del estrés en el ámbito de *protección social*¹³, especie si inducido por el trabajo.

Un problema particular se ha puesto en relación con los efectos incapacitantes del intento de suicidio; dudando si ellos puedan dar lugar al derecho a la jubilación o se deban reconducir al dolo del sujeto protegido. La solución que se prefiere es la primera: en tal hipótesis el dolo está excluido, en razón de la condición de máxima depresión psíquica que caracteriza al suicida.

Si el estado incapacitante se puede reconducir —como emerge cada vez con mayor frecuencia de las noticias de crónica— a situaciones de estrés psicofísico consiguiente de graves situaciones laborales (despido; cese de actividades; clima laboral hostil), el comportamiento autolesivo bien puede ser reconducido entre los “riesgos típicos” de la actividad laboral y, por lo tanto, ser objeto de análogo trato que los “otros” tipos de menomaciones. Y en efecto, aunque el suicidio sea un acto voluntario, el proceso que conduce a adoptar esta extrema decisión no puede ser evaluado independientemente de las circunstancias que lo determinan. A esta conclusión está llegando, en los últimos años, la jurisprudencia (Francia, Italia, España).

Delicado es, por último, establecer la relevancia de factores que pueden, por comportamientos voluntarios (culpa) del trabajador, determinar el génesis de una enfermedad, o el averiguarse de un accidente. Esto es el caso, por ejemplo, del alcoholismo, tal como de la obesidad, o de la drogadicción: situaciones que, a menudo, dependen estrechamente de una deficiencia física o psíquica del sujeto protegido. Esta conexión fue recientemente reconocida por el Tribunal Superior de Justicia, sede de Valladolid, que ha reconocido a un drogadicto el derecho a la prestación de incapacidad permanente absoluta.

4. LA CONTINGENCIA PROTEGIDA: ALGUNAS PRECISACIONES TERMINOLÓGICAS

Entrando, a este punto, en el examen de los sistemas de protección social nacionales en frente a la incapacidad laboral, es importante ante todo puntualizar que la contingencia protegida no es “el elemento desencadenante”, no es la patología sufrida por el trabajador, sino el efecto incapacitante consiguiente de aquella —más o menos grave— alteración del estado de salud. Esta alteración, en efecto, tiene que ser de intensidad tal que produce la pérdida total de la capacidad laboral o bien la pérdida de la capacidad del prestador de desarrollar una actividad laboral capaz de proveer una sustentación personal y familiar. En esta segunda hipótesis se presupone que quede una restante capacidad laboral, que permite al trabajador discapacitado de percibir una cierta renta —más o menos integrada según diferentes soluciones nacionales— de la prestación de seguridad social.

Una ulterior gradación, además, está conectada a la duración de tal pérdida que, en razón de la gravedad de la contingencia socialmente relevante, puede afligir la persona de manera temporal, o bien permanente. Además, en algunos Países, existe un régimen especial

¹³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Propuesta de informe conjunto sobre protección social e inclusión social 2007*, cit., par. 3.1.

para las incapacidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: en otros, en cambio, las incapacidades temporales se encuentran ligadas al sistema general de la enfermedad, mientras las incapacidades permanentes y la muerte están cubiertas por el régimen general de invalidez y muerte¹⁴.

En general, la protección de la incapacidad laboral se alcanzará utilizando una instrumentación extremadamente articulada, a garantía de contingencias para las que, pero, se plantean ya muchos problemas de encontrar una definición conceptual. Esto es debido a un pluralismo definitorio, que a menudo lleva a una utilización confusa de la terminología para identificar los conceptos conexos a la incapacidad laboral; y esto, inevitablemente, desorienta al intérprete. Nociones cuál incapacidad, invalidez, inhabilidad, discapacidad, son declinadas en efecto de modo heterogéneo en los diferentes regímenes nacionales; y, a menudo, también dentro del mismo régimen jurídico nacional.

El ejemplo indicado en el texto de la Ponencia de clausura - dónde comparo la terminología italiana (que hace referencia a las nociones de invalidez e inhabilidad) a aquella española (centrada hoy en el concepto de incapacidad, y donde la palabra “invalidez” me parece corresponder, en el sistema jurídico italiano, a la más grave situación de inhabilidad), es indicativo de esta dificultad.

5. ¿INCAPACES A HACER QUÉ? INCAPACIDAD LABORAL GENÉRICA, ESPECÍFICA, APTITUDINAL

En los últimos años muchos Países están intentando limitar el acceso a estas prestaciones; una modalidad para perseguir este objetivo, y reducir el número de los beneficiarios, es reducir la definición de la noción de “incapacidad.”

Y en realidad, la reducción de la capacidad de trabajo, que da derecho a la prestación social, puede asumir muchas configuraciones, teniendo que valorar, ante todo, la intensidad de la alteración de la salud que va a derivarse de ella; y, aun más, si la capacidad laboral tenga que referirse a un genérica, o bien a una específica y determinada actividad laboral. Está claro que la misma lesión puede producir efectos bien diferentes, relacionados al tipo de actividad profesional del discapacitado: pudiendo resultar impeditiva por el desarrollo de un determinado trabajo, y no por el regular cumplimiento de otros. Las soluciones adoptadas por los muchos Estados miembros aparecen, sobre el punto, compuestas.

Algunos Países han introducido reformas que han puesto particular énfasis, en primer lugar, sobre la “intensidad” del efecto incapacitante; el objetivo es la exacta identificación de la restante capacidad laboral, necesaria para acceder a las prestaciones sociales. De este modo se ha cumplido la tendencial extensión de las tipologías de trabajos que la persona puede realizar con su incapacidad, no más referida al trabajo específico anterior. Además, las reformas se centraron en la necesidad de gobernar de manera puntual y detallada el proceso estimativo de la incapacidad laboral, con el objetivo de retener al solicitante dentro del mercado del trabajo, también reforzando su activación aplicando específicos incentivos

¹⁴ V. el Rapporto Missoc, enero 2017.

económicos. Indicativas son las innovaciones introducidas en los Países Bajos, en Suecia, en el Reino Unido y en Alemania¹⁵.

En Italia la situación es muy compleja, con respecto a la protección de incapacidad derivada tanto de contingencia común, tanto de contingencia profesional (d.p.r. n. 1124/1965); y, en el segundo caso, sobre todo para los casos de inhabilidad permanente. Aquí recuerdo solamente que por lo que respecta a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales planteadas después del 25 de julio 2000, el legislador –en respuesta a las solicitudes del Tribunal constitucional– ha dictado una específica y autónoma disciplina para proteger el llamado danno biológico (noción, esta, tendencialmente omnicomprendensiva de todos los daños no patrimoniales resultantes de la menomación padecida), que debe entenderse como la “lesión a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de valoración médico forense” (art. 13, l. n. 38/2000). En sustancia, la determinación del importe de la prestación económica está compuesta, hoy, por dos voces independientes: una relativa al daño biológico, la otra a la reducción de la capacidad laboral. Se ha pasado, así, de una protección del hecho injurioso en sí mismo a una tutela de la persona del trabajador que ha sufrido un accidente; así que ahora hay un derecho a una tutela global, no más limitada a la garantía –tradicional– del mínimo vital en virtud de la reducida posibilidad de producir una renta en consecuencia de un accidente de trabajo.

6. LA CRECIENTE VALORIZACIÓN DE LA “ACTIVACIÓN”

En línea con cuánto se manifiesta en la evolución legislativa de los sistemas de seguridad social nacionales, también el disfrute de las prestaciones de incapacidad ha visto la creciente valorización de la activación del beneficiario, implementada por la gestión individualizada y tendencialmente contractual de las prestaciones¹⁶.

Esta es la línea de desarrollo del *welfare* activo, que llamamos “de las responsabilidades”, donde el beneficio no es concebido sólo como ayuda temporal o permanente para una necesidad social que deriva de un factor externo a la esfera individual del trabajador; el beneficio es sobre todo funcional a la readquisición de un estado profesional, también en caso de persistencia de una determinada situación de debilidad social.

Consecuencia de este modelo son todas las iniciativas destinadas a responsabilizar al trabajador en el disfrute de los beneficios sociales, con una gestión de tipo contractual por parte de la administración.

Muchos Países han introducido reformas que básicamente han modificado el marco normativo de las prestaciones sociales, cada vez más de acuerdo con la configuración de derechos llamados condicionados; el disfrute del derecho, es decir, depende del comportamiento del beneficiario, que tiene que ser conforme a lo que establece la Administración que paga la prestación: pena la aplicación de sanciones severas.

¹⁵ Vid. DEVETZI S., STENDAHL S. (Eds), *Too Sick to Work? Social Security Reforms in Europe for Persons with Reduced Earnings Capacity*, Wolters Kluwer, 2011.

¹⁶ EICHENHOFER E., *Diritti sociali e benefici condizionati. I diritti sociali fondamentali alla prova delle nuove forme di regolamentazione e gestione*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2013, pp. 525 y ss.

La agravación del mecanismo de condicionalidad implica que inevitablemente el trabajador tiene una parte de responsabilidad en el pago regular de los subsidios, tal como en la gestión de la fase de recualificación y reintegración en el mundo del trabajo.

Teniendo en cuenta estas directrices, las novedades en materia de prestaciones de incapacidad se han orientado, en particular, hacia una conexión cuanto mas sinérgica entre prestaciones y trabajo, ofreciendo posibilidad de recualificación y potenciando las adaptaciones del ambiente de trabajo. Han sido reforzados los incentivos para los empresarios, para animarlos a contratar a las personas con reducida capacidad laboral. Al mismo tiempo, han sido rediseñados los incentivos destinados a los beneficiarios, para reducir los obstáculos que se encuentran en caso de vuelta a la vida laboral.

Se señala también una creciente atención a la prevención de la incapacidad y de la rehabilitación laboral de las personas con problemas de salud, como una “alternativa” –más barata– a las prestaciones de incapacidad, que duran a menudo toda la vida (en esta dirección se han orientado las reformas introducidas en los Países Bajos, basadas en la fuerte responsabilización de los empresarios en la gestión de las prestaciones de enfermedad, transfiriendo los costes del regimen de seguros a los empresarios. Esto es un tipo de “privatización” parcial de una prestación pública, ya implantada en otros sistemas juridicos: Alemania; España).

En verdad, las soluciones a la condición de incapacidad durante la actividad laboral tienen que ser buscadas, indudablemente, adoptando una perspectiva cada vez más abierta y recurriendo no sólo al pago de una suma de dinero, sino también a una pluralidad de medidas, como la flexibilidad de las tareas con respecto a las nuevas capacidades, la movilidad en los puestos de trabajo, la recualificación profesional y, además, la adaptación de los puestos de trabajo a las necesidades del trabajador con discapacidad.

La coordinación con la legislación laboral se revela, en materia, necesaria; pero es también muy difícil. Entran aquí en juego, en particular, las complejas problemáticas relacionadas con la protección del interés del trabajador a la conservación del puesto de trabajo en caso de sobrevenida incapacidad, física o psíquica; con el desempeño de sus funciones; y con la exacta individualización de los límites que encuentra el poder unilateral del empleador, en particular el del despido, en situaciones como estas.

A este respecto, un papel crucial tiene que ser reconocido a la disciplina antidiscriminatoria de derivación europea y, en particular, al art. 5 de la directiva 2000/78/Ce. Este artículo, gracias a su lectura extensiva proporcionada por la Corte de Justicia (v. el sent. HK Danmark del 11 de abril 2013), ha impuesto la obligación patronal de efectuar “cada razonable adaptación”, también de naturaleza organizativa, para recolocar provechosamente al trabajador discapacitado en el contexto empresarial; resultando así justificables las elecciones organizativas y gestionales decididas por el empresario.

7. CONCLUSIONES

Los sistemas nacionales de seguridad social se han construido sobre el sistema fordista de la gran empresa industrial. Este sistema ha sido superado por la globalización, por la sociedad de los servicios; muchos sistemas de protección social no fueron capaces de

contestar de modo adecuado “al fenómeno de la transición al post-industrialismo, que en el contexto de la integración europea, sólo ha determinado una disminución de la protección social”¹⁷.

La legislación del último veinteno ha introducido en especial en los sectores de pensiones y sanidad - medidas recesivas del gasto y de los derechos; de esto modo se ha producido una creciente decadencia de las tutelas sociales, en particular de aquéllas garantizadas por la seguridad social. Este hecho pone en peligro la plena exigibilidad de los derechos sociales, cada vez más condicionados por la disponibilidad financiera y, por tanto, subordinados al respecto del predominante principio del equilibrio presupuestario.

En este “welfare sin recursos”, expuesto a una estructural “crisis de eficacia”, se multiplican las desigualdades¹⁸. Las preguntas que se plantean tienen que ver con el sentido más profundo de la garantía de los derechos sociales en las Constituciones contemporáneas, frente a la tendencia de los legisladores a reducir la protección de los derechos, por meras razones de gasto público; y, además, con la existencia o no de un límite constitucional al poder legislativo de condicionar la protección de aquellos derechos a los recursos efectivamente disponibles¹⁹.

Estas preguntas también conciernen a las tutelas reconocidas en caso de incapacidad laboral. Las vías seguidas por los legisladores nacionales aparecen, también en esta materia, claramente orientadas hacia la prioritaria exigencia de reducir el gasto público.

Los instrumentos adoptados son múltiples: en primer lugar, el endurecimiento de los criterios de acceso; pero también la previsión de procesos estimativos del estado incapacitante cada vez más estrictos y rigurosos; al mismo tiempo, al beneficiario se le requiere una constante y asidua colaboración y disponibilidad de participación, para la recuperación de la restante capacidad laboral y su provechoso empleo en el mercado laboral, so pena de ser sometido a ásperas sanciones.

Estas medidas, en cambio, deben evaluarse con detenimiento.

Ante todo, en ausencia de medidas efectivas de integración en el mercado del trabajo para las personas con discapacidad, la agravación de los criterios de acceso a la protección, de carácter médico o económico y social, puede comportar un desplazamiento de los costes que comporta el tratamiento de la incapacidad a otros sectores de la seguridad social como el desempleo, la enfermedad, la jubilación anticipada y la asistencia social. Este enfoque integrado, “a 360 grados”, debe de estar siempre presente. Los sistemas de seguridad social, en su compleja articulación interior, presentan una configuración “a vasos comunicantes”: si las prestaciones asistenciales no son óptimas y la protección frente al desempleo es limitada en cuanto a importe y duración, es fácil que el número de solicitantes de las prestaciones de incapacidad sea bastante amplio; y a la inversa. Los datos empíricos sugieren, en efecto, que

¹⁷ PESSI R., *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2016, p. 608.

¹⁸ PESSI R., *Ripensando il welfare*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2013, 477.

¹⁹ LONGO E., *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, en *Rivista Diritto Sicurezza Sociale*, 2017, p. 206.

sin un diseño general, las restricciones de acceso a un tipo de prestaciones conducen a los beneficiarios a “dirigirse” hacia otros beneficios, más fácilmente accesibles.

Por otro lado, en lo que concierne al énfasis puesto en el “deber” al trabajo de los trabajadores con discapacidad, es evidente que la nueva articulación de los principios de condicionalidad y activación comporta una mayor responsabilización del trabajador en la dúplice perspectiva de la empleabilidad y de la regularidad en el trabajo; convirtiéndose la responsabilidad individual en un valor de sistema y, al mismo tiempo, en un instrumento de control indirecto y de incentivo a la legalidad del trabajo.

Pero, cuando hablamos del derecho fundamental a la salud de la persona ¿Cuál es el precio de la exasperada activación y de la –cada vez más– estricta condicionalidad? ¿Cuál es el potencial impacto en la salvaguardia de los derechos sociales, teniendo en cuenta que la consolidación del principio de condicionalidad no resulta siempre equilibrada con la fijación de soluciones para hacer efectivo el derecho al servicio de integración y de reintegración profesional en el mercado laboral?

Aunque esta línea de acción está muy clara y bien comprendida a nivel europeo, resulta todavía aplicada con poco rigor.

En primer lugar, a las empresas no les importa mucho la promoción de la salud y el bienestar de la vida laboral, y sólo pocas empresas han adoptado acciones concretas para devolver al trabajo a sus empleados después de un largo período de enfermedad; y se ha puesto poca atención a las necesidades de particulares grupos, como son los trabajadores poco cualificados y las mujeres.

Además, si la reintegración en el mercado laboral es el objetivo principal de los programas sociales, es necesario identificar exactamente las carencias individuales del beneficiario y las oportunidades económicas ofrecidas a la persona en el específico mercado del trabajo local: es evidente que para el buen fin de esta operación es necesaria una mutua comprensión entre la Administración y el beneficiario. La valorización de las capacidades individuales como vector importante de empleabilidad, requiere un indispensable factor organizativo y un sistema de control y valoración de su eficacia por parte de los actores públicos. De otra manera, se corre el riesgo de enfatizar el carácter punitivo del principio de activación, sin que haya suficientes garantías de eficiencia de los aparatos.

El corolario de un sistema de “activación a toda costa/ a cualquier precio” sería, por tanto, la “empleabilidad a cualquiera condición”: si se obliga al trabajador a aceptar todas las oportunidades de trabajo que resultan “adecuadas” a su condición, existe el concreto riesgo de asistir a la completa devaluación del tipo de trabajo que la persona con discapacidad tiene que aceptar para no perder la protección del sistema²⁰. Y ello a pesar de que, la creación de

²⁰ FERRERA M.D., Il principio di condizionalità e l’attivazione del lavoratore tra tutela dei diritti sociali e controllo della legalità, en Lavoro e Diritto, 2015, p. 653.

“puestos de trabajo de calidad”, constituye desde hace muchos años el centro de los objetivos perseguidos por las instituciones europeas²¹.

La exasperada demanda de activación del beneficiario, al que se le requieren continuos comportamientos y cargas administrativas –con frecuencia meramente formales– que acrediten su efectiva disponibilidad para mantenerse activo en el mercado laboral, so pena la aplicación de sanciones severas, mal concuerda con la carencia de oportunidades de trabajo que caracterizan, cada vez más, a los contextos laborales de referencia. Si es indudable que la actividad laboral de los discapacitados debe fomentarse y mejorarse, la falta de igualdad de oportunidades en el mercado laboral sigue constituyendo “el principal reto al que se enfrentan los discapacitados”²².

En una situación de crisis económica estructural, el riesgo de la menor empleabilidad acaba así siendo trasladado del Estado al individuo.

Esto es evidente sobre todo en los Países que han introducido exasperantes procedimientos para evaluar la capacidad laboral residual, cada vez más automáticos y estandarizados, que crearon reales barreras entre el solicitante y quién decide el reconocimiento de la prestación.

En medio de este sistema hay instrucciones, pruebas y directrices tan puntuales que las respuestas parecen ser el resultado de este detallado proceso: sin dar ninguna importancia a la peculiar situación subjetiva del solicitante la prestación²³.

De todo ello emerge una despersonalización del servicio prestado, que no permite satisfacer las necesidades inevitablemente vinculadas a las circunstancias de cada discapacitado en particular. Con el riesgo adicional de que este último encuentre obstáculos burocráticos –verdaderos fallos en el sistema–, que bien pueden existir en un sistema totalmente informatizado: las dramáticas consecuencias descritas en la reciente película de Ken Loach, *Yo, Daniel Blake* evidencian cómo, en la realidad, las reformas demasiado exasperadas producen resultados inversamente proporcionales a la amplitud de sus ambiciones²⁴.

²¹ V. Europa 2020, *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, COM (2010) 2020 final, par. 2.

²² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, AL COMITÉ DE LAS REGIONES Y AL BANCO EUROPEO DE INVERSIONES, *Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017*, cit., par. 2.2.

²³ S. STENDAHL, S. DEVETZI, *Incapacity Benefits – Comparing Legal Reforms and Legal Strategies*, in S. DEVETZI, S. STENDAHL (Eds), *Too Sick to Work?*, cit., p. 173.

²⁴ Con respecto a las reformas italianas realizadas por el “Jobs Act”, vease ESPOSITO M., *Servizi e politiche per il lavoro nell’attuazione del “Jobs Act”*: riforme, vincoli e necessità, cit., p. 19.; y ID., *Servicios y políticas de empleo en la aplicación del “Jobs Act” italiano: reformas, restricciones y necesidades*, in MONERO PÉREZ J.L., FERNÁNDEZ BERNAT J.A., DEL MAR LÓPEZ INSUA B. (dir.coord.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, 2016, spec. p. 315.