Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

2. Inclusión social de las personas con discapacidad, indagando en las diversas formas de discriminación: Diversas formas de discriminación. Dificultades y barreras. Discriminación De Género

Belén del Mar López Insua
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
https://orcid.org/0000-0002-1248-6015

SUMARIO: I. PERSPECTIVA GENERAL: LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS. II. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: UN OBSTÁCULO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA PLENA IGUALDAD. 1. *EL DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, LA NO DISCRIMINACIÓN Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD*. 2. *MEDIDAS ANTIDISCRIMINATORIAS PARA LA CONSECUCIÓN DE UNA PLENA IGUALDAD*. 3. *ACCESO Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN*. III. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD. 1. *INCAPACIDAD TEMPORAL VERSUS DISCAPACIDAD: TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO*. 2. *DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE*. IV. BIBLIOGRAFÍA.

> *"…un factum tiene que ser concebido intelectualmente, porque de otro modo -en tanto factum- no es conocido, mientras que los conceptos jurídicos, como su nombre indica, son pensados, sin más, en forma conceptual"*[1]

I. PERSPECTIVA GENERAL: LA PROTECCIÓN DE LA DISCAPACIDAD DESDE UN ENFOQUE DE DERECHOS

La protección constitucional de las personas con discapacidad se ubica en el Capítulo III de la Constitución ("De los principios rectores de la política social y económica"; teniendo en cuenta que los preceptos que contiene necesariamente *ex constitutione* deben interpretarse sistemáticamente en conexión con el grupo normativo formado por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la misma Norma Fundamental)[2] que aparece protegido a nivel internacional (Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006)[3] y Europeo (artículo 15 de la Carta Social Europea Revisada; y artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE garantiza el derechos fundamental a la integración de las personas discapacitadas). Aunque, ciertamente, se puede considerar que las garantías disponibles son todavía insuficientes en su operatividad jurídica para garantizar su plena efectividad.

Aunque el derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 14 de la Constitución Española-en adelante CE-), se erige como un derecho que le corresponde a toda persona -en cuanto garantía imprescindible para la garantía de la dignidad humana- lo cierto es que, en la práctica, dicho mandato precisa de medidas efectivas de acción positiva para la consecución de una igualdad real. Ciertamente, la igualdad de oportunidades constituye un derecho esencial que redunda no sólo en

[1] Engisch, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001, pág. 63.

[2] Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019, págs. 118 y sigs.

[3] Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE núm. 96, de 21 abril 2008.

la cohesión social, sino también en el progreso económico de todo Estado Social y Democrático de Derecho, de ahí que los poderes públicos deban garantizar la libertad y la igualdad del individuo en sintonía con lo que establece el artículo 9.2 de la Carta Magna. A este respecto, el artículo 49[4] del Texto Constitucional indica: "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos".

La ubicación de este derecho genera una enorme discusión porque aunque no reconoce un derecho subjetivo en sentido estricto[5], sí que fija un mandato dirigido a los poderes públicos a fin de que lleven a cabo una "política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración" del colectivo de personas con discapacidad "a los que habrán de prestar la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos" reconocidos en el Título I de la Constitución[6].

El artículo 49 de la CE centra así toda su atención en una serie de políticas asistenciales dirigidas a las personas con discapacidad adoptadas y normadas por los poderes públicos y, asimismo, proyecta un conjunto de políticas que se incardinan hacía una pluralidad de ámbitos bien diferenciados, entre otros: los laborales, los culturales, la vivienda, la educación, el ocio, los deportes… etcétera.

Los beneficiarios del artículo 49 son, evidentemente, "los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos" en razón de la existencia de una discapacidad que les impide o dificulta su inserción normal en las relaciones vitales habituales de la vida social. Resulta irrelevante aquí que la discapacidad sea de nacimiento o sobrevenida, como también que, a los efectos de la protección que dispone este precepto, la causa que dificultad dicha inserción sea proveniente de una discapacidad física o sensorial o de un problema psíquico, ya que lo que se valora es la existencia cierta de la misma[7].

La determinación de quiénes sean los poderes públicos a que se refiere el artículo 49 CE deriva, como en tantas otras materias, del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En principio, se trata de un supuesto de competencias compartidas desde el momento en que el mandato del artículo 49 se canaliza por una parte por medio de prestaciones de la Seguridad Social, cuya competencia corresponde al Estado (artículo 149.1. 17ª) y, por otra, por acciones de asistencia social, función que han asumido las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos

[4] Pocos antecedentes pueden encontrarse de este precepto en el Derecho comparado, entre otros, cabe destacar: el artículo 38 de la Constitución italiana, al Preámbulo de la Constitución francesa de la IV República -declarado vigente por la Constitución de1958- y el artículo 71 de la Constitución portuguesa, que tanta influencia ha tenido en la formulación que hace la Constitución Española en lo que se refiere a buena parte de los derechos sociales. Mayor número de remisiones se pueden encontrar en textos de organismos internacionales vigentes en el momento de aprobación de la Constitución Española, a saber: las Declaraciones de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Deficiente Mental (1971) y la de los Derechos de los Minusválidos (1975), así como la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961. También cabe citar el Convenio nº 128, de 29 de junio de 1967, de la Organización Internacional del Trabajo relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes. No hay, sin embargo, precedentes directos en el Derecho constitucional español.

[5] Se entiende que los derechos de los discapacitados son los mismo que los de cualquier otra persona, por ello quizás no sea correcto situarlos en el artículo 49 de la Carta Magna como principios rectores. En esta línea se platea una modificación del artículo 14 de la CE que fije un mandato expreso de prohibición por razón de discapacidad, de modo que ésta adquiera la misma protección reforzada que ya ostentan el resto de derechos fundamentales. Y es que, el modelo social de discapacidad debe caracterizarse por mantener una idea de discapacidad en la que se combinen los rasgos de la persona y sus limitaciones con el discurso de derechos. De Asis, R: "De nuevo sobre Constitución y discapacidad", *Universitas*, Nº31, 2020, pág. 58.

[6] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas ("discapacitadas") (Artículo 49 de la Constitución Española)", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª.N (Dirs y Coords). *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, págs. 1755-1802.

[7] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas" …op.cit., págs. 1755-1802.

en virtud del artículo 148.1. 20ª del texto Constitucional[8]. Todo ello sin perder de vista las facultades que en dicha asistencia social pueden corresponder, por vía de ordenación, gestión o ejecución, a las Corporaciones locales.

La lucha de las personas con discapacidad se desarrolla para lograr la igualdad e inclusión social de este colectivo en la sociedad, para lo cual se han de buscar soluciones innovadoras que eliminen el riesgo de pobreza que tanto provoca la discapacidad[9]. A este respecto, la participación social, la formación y el derecho al trabajo constituyen valiosas piezas sin las cuales no se puede avanzar para el logro de una efectiva inclusión social. Aunque se ha evolucionado en pro del reconocimiento de unas condiciones dignas, todavía quedan por superar importantes barreras que limitan la autonomía individual de las personas con discapacidad. Y ello es porque, desgraciadamente, todavía subsiste una concepción social equivocada que las hace invisibles y propensas a una mayor vulnerabilidad, en comparación al resto de ciudadanos. Aparte, cabe tener presente que los factores de exclusión social a las que están sometidos este colectivo y que los sitúan en una posición de inferioridad y vulnerabilidad respecto a la ciudadanía sin discapacidad. La falta de oportunidades laborales de estas personas constituye, sólo, un ejemplo de la flagrante vulneración que al principio de igualdad de oportunidades sufren. No obstante, subsiste otras formas de discriminación por discapacidad que se relacionan con conceptos como la incapacidad temporal (IT), la incapacidad permanente (IP) y la enfermedad.

II. DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD: UN OBSTÁCULO PARA LA CONSECUCIÓN DE LA PLENA IGUALDAD

El principio de igualdad y no discriminación que esboza el artículo 14 de la Constitución, contiene una cláusula general de salvaguarda del derecho a la igualdad de todos los españoles que prohíbe la discriminación, en general, de cualquier persona ya sea por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Esta disposición no contempla expresamente la discapacidad como causa de discriminación, de ahí que debemos relacionar el número 14 de la CE con lo previsto por los artículos 9.2 y 49 del Texto Constitucional. La carencia de una definición de discapacidad, el ambiguo lenguaje que emplea el artículo 49 de la CE, así como la "incorrecta" ubicación de este derecho en el apartado correspondiente a los principios rectores[10], ha abierto todo un debate a nivel jurisprudencial y doctrinal que ha causado importantes consecuencias jurídicas[11]. Y es que, en un principio, podría pensarse que los derechos de las personas

[8] El Tribunal Constitucional ha delimitado el alcance de ese título competencial en varias de sus sentencias, entre otras: la sentencia núm. 61/1997, de 20 de marzo; 188/2001, de 24 de septiembre y 37/2002, de 14 de febrero. En efecto, al Estado le corresponde regular la "base" o las normas básicas. Por lo que, "la competencia ex artículo 149.1. 1ª de la CE no se mueve en la lógica bases estatales-legislación autonómica de desarrollo", sino que el "Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes fundamentales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador estatal y autonómico el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias". De este modo, "lo que contiene la Constitución es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales" (Véase, en este último sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 173/1998, de 23 de julio y 37/2002, de 14 de febrero).

[9] López Insua, B.M: "La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales", VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

[10] De Asis, R: "De nuevo sobre Constitución y discapacidad" … op.cit., págs. 55 a 59.

[11] En cuanto al desarrollo legislativo del artículo 14 de la Constitución hay que apuntar que el mismo es enteramente singular. El carácter relacional y no autónomo del principio de igualdad, es decir, el que la igualdad no pueda predicarse en abstracto, sino únicamente respecto de relaciones jurídicas concretas, impide que este principio pueda

con discapacidad adolecen de una débil protección constitucional que los sitúa en un segundo nivel. Por todo ello, finalmente, este derecho ha debido ser interpretado a la luz de la Convención de las Naciones Unidas, así como por la jurisprudencia constitucional y, por ende, en relación al derecho a la dignidad humana que recoge el artículo 10 de la CE[12] (en cuanto eje central de todo Estado Social y Democrático de Derecho).

El artículo 9.2 de la CE es particularmente relevante, en esta materia, en cuanto que constituye anclaje constitucional del derecho a la discapacidad. En efecto, el mandato genérico que a los poderes públicos se contiene aparece dirigido a promover la libertad y la igualdad, aspirando así a remover los obstáculos que dificulten la integración de los discapacitados en sociedad. En otras palabras, el principio de igualdad de oportunidades que contiene el artículo 49 de la CE constituye principio rector del derecho a la discapacidad y se proyecta, especialmente, en relación al ejercicio de los derechos fundamentales[13]. De acuerdo con este mandato, los poderes públicos habrán de remover las condiciones necesarias a fin de que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos fundamentales, lo que se materializa en la obligación de adoptar medidas de acción positivas que eviten o compensen las desventajas derivadas de la discapacidad[14].

Tanto la discapacidad (física, psíquica o sensorial), como la enfermedad, se encuentran protegidas a efectos del artículo 14 de la CE, por lo que a fin de hacer cumplir el principio de igualdad de trato y no discriminación se podrán incorporar, objetiva y razonablemente, medidas de acción positiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la finalidad de erradicar la discriminación o desventaja que existe respecto a las personas discapacitadas, justifica esa diferencia de trato[15], siempre que se produzca en un determinado ámbito una situación real de desventaja[16]. A sensu contrario, cuando las acciones positivas en favor de las personas con discapacidad se efectúen de manera no legítima sobre un determinado ámbito se considerarán entonces inidóneas para la corrección de una determinada desventaja. En línea con lo dispuesto por el artículo 9.2 de la CE, el Alto

ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general. No es posible, por tanto, concebir un desarrollo legislativo unitario y global de este precepto, esto es, aprobar una genérica "ley de igualdad", sino que son, por ello, las normas individuales dictadas en los distintos campos o áreas materiales y procesales de actividad las que tienen que plasmar este principio. No obstante, puede hablarse de normativa genérica sobre igualdad, dotada de transversalidad al afectar a muy diversos sectores del ordenamiento jurídico.

[12] El modelo social que propone la Carta Magna subraya que la dignidad constituye un derecho que le corresponde a todos los seres humanos con independencia de sus capacidades, exigiendo así la plena integración y participación de todos en la sociedad, incluyendo así a las personas con discapacidad. Por lo demás, el énfasis que aporta ahora la doctrina Constitucional se traslada ahora desde las condiciones de las personas, buscando así superar las barreras que impiden que los discapacitados tengan plena autonomía personal e individual. Desde las condiciones de la persona que suponen una deficiencia de capacidad a las condiciones sociales que impiden a las personas con discapacidad integrarse plenamente en la comunidad, la CE encomienda a los poderes públicos emplear todo un programa de acción que busque la corrección y erradicación de dichos obstáculos. Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de Relaciones Laborales*, Murcia, Laborum, 2020, espec., págs. 106 y sigs.

[13] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas" …op.cit., págs. 1755-1802.

[14] De acuerdo con el artículo 2 letra b) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, la igualdad de oportunidades debe ser entendida como: "… la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva".

[15] Téngase en cuenta, a este respecto, lo previsto por el artículo 5. 4 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, a saber: "No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad".

[16] Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987, de 16 de julio.

Tribunal español arbitra toda una protección reforzada que aspira a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, principalmente, a través de la puesta en marcha de medidas de acción positiva que, por otro lado, podrán ser judicialmente exigibles si de otra forma la persona con discapacidad no puede disfrutar de sus derechos fundamentales[17]. Precisamente, esta posición constitucional se refuerza gracias a la prohibición de discriminación que se contiene en el artículo 14 de la Constitución Española.

La discriminación por razón de discapacidad se incluye dentro de la definición que recoge el artículo 14 de la Constitución, pues así lo ha aclarado la doctrina del propio Tribunal Constitucional[18] y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[19], en este último caso, en relación al artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[20]. En efecto, que la desigualdad de trato por razón de discapacidad no aparezca expresamente contemplada entre los motivos específicos de discriminación que prohíbe el artículo 14 de la Carta Magna no implica que no esté contemplada, pues la lista que recoge el artículo 14 de la CE no constituye un *numerus clausus*, de ahí que este precepto prevea una cláusula genérica de salvaguarda en donde se prohíbe la discriminación "por cualquier otra condición o circunstancia personal o social"[21].

La discriminación a la que se refiere el artículo 14 de la CE aparece referida a cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable. En otras palabras, la aplicación del principio de igualdad de trato impone introducir medidas de parificación que justifiquen constitucionalmente y proporcionalmente esas diferencias[22]. De este modo, la incorporación de la discapacidad entre las causas que recoge el artículo 14 de la CE eleva el nivel de protección que han de recibir las personas con discapacidad frente a cualquier diferenciación que se produzca por esta causa.

En cumplimiento de este derecho, el Real Decreto Legislativo 1/2013, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión

---

[17] Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación", en VV.AA., Arenas Escribano, R y Cabra de Luna, M.A (Coords)., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015, págs. 140 y 141.

[18] Sentencia del Tribunal Constitucional número 269/1994, de 3 de octubre.

[19] Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de abril de 2009, en el caso Glor contra Suiza. En este caso, Glor fue declarado no apto para el servicio militar obligatorio o el servicio civil alternativo ofrecido a los objetores de conciencia por padecer diabetes. Se le ordenó pagar un impuesto por la exención del servicio militar ya que se evaluó su discapacidad como menor a un 40%, el rango mínimo para ser exceptuado del impuesto. El impuesto era considerable tomando en cuenta que los ingresos de Glor eran modestos. Glor alegó violación del derecho a la no discriminación basada en discapacidad amparándose en los artículos 14 y 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos que los derechos de Glor habían sido violados. Para que se configure la discriminación del artículo 14, y se viole la CEDH, la discriminación debe relacionarse con un derecho protegido por otro artículo. Por lo tanto, la Corte sostuvo que las obligaciones relacionadas a la vida privada que se encuentran en el artículo 7 incluyen la protección de la integridad física de un individuo. Un impuesto estatal evaluado sobre la base de la inhabilidad para servir en el ejército por un problema médico entra dentro del alcance del artículo 7.
La Corte no encontró justificación razonable para distinguir entre aquellos no aptos para hacer el servicio militar que están exentos del impuesto, y aquellos no aptos para el servicio que si deben pagarlo. Además, indicó que no era beneficioso para el interés general de la comunidad hacer que Glor pague un impuesto basado en una situación que él no podía controlar. La Corte también cuestionó el hecho de que no se le haya dado la posibilidad de asumir una obligación menos demandante físicamente en el ejecito, o se le permita hacer el servicio civil.

[20] Con carácter general, la discapacidad se incluye en el artículo 19.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE y en los artículos 21.1 y 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Con carácter específico, la discapacidad se regula por la Directiva 2000/78/CE y la jurisprudencia comunitaria.

[21] Sentencia del Tribunal Constitucional número 269/1994, de 3 de octubre.

[22] Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 182/2005, de 4 de julio: "… las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica".

social establece, en su artículo 7, un mandato dirigido a las Administraciones Públicas por el que se pretende elevar dicho nivel de protección. Para ello, se incluyen, entras las obligaciones que les corresponden a los poderes públicos las de promoción de actividades de información, campañas de toma de conciencia y acciones formativas para la promoción de la igualdad de oportunidades y la no discriminación. Asimismo, se prevé la existencia de personal especializado, con formación, en los distintos servicios de atención a las personas con discapacidad, fomentándose igualmente el voluntariado en esta materia[23]. Este artículo conecta estrechamente con el artículo 5 del Real Decreto Legislativo 1/2013[24], en donde se incluye "el empleo" como ámbito específico que habrá de proyectar y elevar dicho nivel de protección para evitar cualquier discriminación por razón de discapacidad.

1. El derecho a la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la dignidad de las personas con discapacidad

El Título II de Real Decreto Legislativo 1/2013 intitulado como "Igualdad de oportunidades y no discriminación" (artículos 63 a 68) tras definir lo que se entiende por "vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades", enumera sus respectivas garantías y las medidas de acción positiva que habrán de establecer los poderes públicos en su lucha contra la discriminación y su contenido.

Se entiende por vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades cuando: "… por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas". Este artículo ya refleja la influencia social (y no médica) que la normativa antidiscriminatoria trata de amparar[25], de ahí que se remita a la definición que recoge el artículo 4.1 de la Ley de discapacidad en consonancia con la letra a) del artículo 2[26] en donde se señala que la discapacidad "es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

---

[23] Se indica que: "1. Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos conforme a nuestro ordenamiento jurídico. 2. Para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida. 3. Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio, así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este Título y demás normativa que sea de aplicación…".

[24] El Título I del Real Decreto Legislativo 1/2013 se centrar en los derechos de las personas con discapacidad, al tiempo que contiene diversas referencias relativas al sistema de prestaciones y medidas de acción positiva para hacerlos efectivos. Igualmente, este título establece las obligaciones de los poderes públicos respecto del colectivo de personas con discapacidad.
Se abre este Título con la proclamación del derecho a la igualdad, que implica que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos. Le sigue la mención de las prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad; la regulación, adaptada a las particularidades de las personas con discapacidad, de los derechos a la protección de la salud, a la atención integral, a la educación, a la autonomía personal o vida independiente, que incluye las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal en los diferentes ámbitos de la vida cotidiana; el derecho al trabajo, con indicación de las medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo, las cuotas de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad, o la regulación de los centros especiales de empleo y, finalmente, los derechos a la protección social y a la participación en los asuntos públicos.

[25] La Ley 51/2003, de 3 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, en su Exposición de Motivos reconoce que las desventajas que muchas veces padece la persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también en los obstáculos que le impone la sociedad, que impiden la plena participación de estos ciudadanos en sociedad. De acuerdo con esta idea, se impone toda una serie de medidas universales de lucha contra la discriminación y la accesibilidad.

[26] Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación" … op.cit., págs. 145 y 146.

Se ofrece así una definición amplia en donde se incluyen las distintas formas de discriminación, tanto directas[27] como indirectas[28], que se producen cuando se aplica un criterio de diferenciación aparentemente neutral, pero que provoca efectos desproporcionalmente perjudiciales respecto a las personas discapacitadas[29]. Claramente, estos preceptos reflejan la influencia que sobre la normativa española ha tenido la doctrina comunitaria recaída en torno a la tutela antidiscriminatoria por razón de discapacidad. Los antecedentes de la misma datan de la emblemática sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), de 17 de julio del 2008 (asunto Coleman y otros, C-303/06), en donde se afirma que los efectos de la tutela antidiscriminatoria que prevé la Directiva 2000/78/CE no deben aplicarse de forma restrictiva y sólo respecto de las personas con discapacidad, sino que deben igualmente ampliarse a todas las personas (discapacitadas o no) que sufran una discriminación o un acoso por razón del empleo y ocupación al estar vinculadas a una persona discapacitada[30]. Se analiza aquí un supuesto de discriminación "por asociación", que va en esa línea de consolidación de un modelo social de discapacidad. Con esta doctrina, el TJCE adopta ahora una novedosa categoría jurídica, esto es, la de "discriminación transferida" en donde se aspira a ampliar la tutela antidiscriminatoria también a aquellas personas asociadas a personas discapacitadas, como por ejemplo sus cuidadores, precisamente por el particular riesgo de discriminación que sobre el empleo se proyecta[31]. Los hechos sobre los que versa esa sentencia son los siguientes: la señora Coleman trabajaba como secretaría jurídica en un despacho de abogados en Londres desde el año 2001. En el año 2002 tuvo a su primer hijo a quien por razón de su discapacidad le dedicaba la mayor parte de sus cuidados. La señora Coleman aseguraba que se vio obligada a dejar su trabajo porque sufrió discriminación y acoso por parte de su empleador con motivo de la discapacidad de su hijo. Alegaba así que, en circunstancias similares, la empresa trataba de modo diferente a los padres de hijos no discapacitados. En concreto, argumentaba que su antiguo empresario se negó a reintegrarla, una vez finalizó su permiso de maternidad, en el puesto que había ocupado con anterioridad. Y, de igual modo,

[27] Se trata de una situación en la que una persona es o ha sido tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga o similar por razón de una causa de discriminación, es despedida o recibe acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

[28] La discriminación se produce cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutras, ocasiona o puede ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de una causa de discriminación, siempre que la diferencia de trato no responda objetivamente a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de este objetivo sean adecuados, necesarios y proporcionados.

[29] En este sentido, cabe recordar, que el artículo 1 de la Ley 51/2003 establece como objetivo el de establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Ya aquí se definía la igualdad de oportunidades como la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

[30] Muñoz Ruiz, A.B: "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06", *Temas Laborales*, Nº 101, 2009, págs. 321-339.

[31] "Si bien es cierto que la legislación no establece explícitamente que la discriminación transferida es protegida, los Tribunales ingleses han interpretado que la prohibición de discriminación por razón de la raza tutela tales modalidades de discriminación. A través de una formulación amplia de la expresión "on racial grounds" se alcanza la conclusión por los Tribunales de que tales normas protegen tanto a la persona que posee las características calificadas como discriminatorias como también a otros sujetos vinculados con los primeros. Precisamente, en el Caso S*howboat Entertaiment Centre Ltd. V. Owens* el Employment Appeals Tribunal señaló que el término "on racial grounds" protege tanto los casos en los que la discriminación ocurre sobre la base de las características de la raza del trabajador como aquéllos otros en los cuales la discriminación acontece sobre la base de las características de otros. En definitiva, en el Reino Unido la cuestión de la discriminación transferida ha sido explícitamente introducida en el ámbito de la legislación a través del Case Law en los supuestos de discriminación por razón de la raza, orientación sexual, religión o creencia". Ver Muñoz Ruiz, A.B: "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06" … op.cit., pág. 332.

alegaba que su empresario no le concedió flexibilidad horaria y que dirigió comentarios "insultantes y fuera de lugar" tanto contra ella como contra su hijo.

Por su parte, el Tribunal de Justicia británico (en concreto, el *Employment* Tribunal) elevó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en donde se solicitaba que dilucidara acerca de si la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación debía o no interpretarse en el sentido de que únicamente prohíbe la discriminación directa por motivo de discapacidad y si el acoso relacionado con esta última cuando el propio trabajador es la persona discapacitada o si se debía aplicar también cuando el trabajador no es la persona discapacitada, pero sí la víctima de un trato desfavorable por motivo de la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien dicho trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere.

Resultan claves, en este asunto, las conclusiones que arroja el Abogado General a fecha de 31 de enero de 2008 y en donde razona que el Directiva 2000/78/CE no es otro que el de "establecer un marco general para combatir la discriminación…con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato". En cuanto principio fundamental del Derecho Comunitario, la igualdad de trato puede vulnerarse, de una forma sutil y menos evidente, a través de un tercero (en este caso, el hijo de la señora Coleman) para menoscabar la dignidad y autonomía de la demandante. Por ello, "una concepción sólida de la igualdad conlleva que estas formas sutiles de discriminación deberían ser protegidas por la legislación de discriminación, en la medida en que éstas también afectan a las personas que pertenecen a las clasificaciones sospechosas". En tales casos, la persona que sufre la discriminación se convierte en el medio a través del cual se socava la dignidad de la persona que pertenece a la categoría sospechosa.

El TJCE avala esta interesante argumentación del Abogado General, basada en la interpretación del artículo 13 del TCE. Efectivamente, el principio de igualdad de trato no se aplica a una categoría determinada de personas, sino en función de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE. El TJCE se alinea así con esa línea jurisprudencial ya iniciada en el Caso Chacón Navas de 11 de julio de 2006 (C-13/05) y en donde se señalaba que, a la vista del tenor literal del artículo 13 del TCE, el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78/CE no podía ampliarse a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo en el artículo 1 de la propia Directiva (de forma que un trabajador que haya sido despedido por su empresario a causa exclusivamente de enfermedad no está comprendido en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE). Por lo que, a ojos de este Tribunal, no puede declararse, sin embargo, que el principio de igualdad de trato y el alcance *ratione personae* de dicha Directiva deban interpretarse de manera restrictiva en lo que atañe a los motivos de que se trata, sino que habrá de interpretarse de manera amplia.

De acuerdo con esta doctrina, no cabe interpretar esa forma de "discriminación por asociación", recogida en el artículo 63 de la Ley de Discapacidad (Real Decreto Legislativo 1/2013), de forma aislada o independiente, sino que la misma se encuentra protegida por la legislación española tras la transposición de la Directiva 2000/78/CE[32].

La protección de las personas con discapacidad frente a cualquier forma de discriminación, directa o indirecta, que menoscabe su dignidad o que imponga una carga desproporcionada o indebida, como por ejemplo ocurre en materia de empleo, supone dos importantes consecuencias, de un lado, la de establecer un mandato de accesibilidad universal y, de otro, la obligación de realizar ajustes razonables. La accesibilidad universal es definida por el artículo 2 k) del Real Decreto Legislativo 1/2013 como "la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios,

[32] Recuérdese que el sexto considerando de la Directiva 2000/78/CE), al mencionar la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, se refiere tanto a la necesidad de erradicar toda forma de discriminación como a la adopción de medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas con discapacidad.

así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible". Ahora bien, los ajustes razones (artículo 2 letra m) del Real Decreto Legislativo 1/2013), en línea con lo establecido por el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE suponen que: "A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades"[33].

2. Medidas antidiscriminatorias para la consecución de una plena igualdad

La Ley de Discapacidad enuncia la garantía del derecho a la igualdad de trato en su artículo 64.1, a saber: "Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva".

Se recoge aquí un mandato dirigido no sólo a los poderes públicos, sino también a los particulares en cuanto que, sobre ambos, recae precisamente esa obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas discapacitadas[34]. Sin embargo, no siempre resulta fácil discernir entre los cometidos que les corresponden a unos y otros, de ahí que quepa distinguir entre estos tres conceptos: las exigencias de accesibilidad, los ajustes razonables[35] y las medidas de acción positiva[36]. Al Estado social le corresponde, por tanto, remover todos esos obstáculos que provocan una diferenciación entre unos colectivos y otros, pero eso sí, siempre con el límite que impone la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, esto es, que el ejercicio de estas garantías no suponga una violación de otros derechos fundamentales.

Las exigencias de accesibilidad (de contenido más general) y los ajustes de razonabilidad (de carácter más específico) facilitan enormemente el marco de actuación que podrá operar, en los distintos ámbitos (profesionales, educativos, sociales... etcétera) para remover todos esos obstáculos[37]. Así bien, para el ámbito profesional o del empleo no sólo será la ley la que marque el nivel de protección,

[33] Indica la doctrina científica que los ajustes razonables son subsidiarios respecto del sistema de accesibilidad universal, por lo que: "… aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea". Ver Pérez Bueno, L.C: "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en VV.AA., Pérez Bueno, L. C (Ed)., *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012, pág. 162.

[34] "Quien pudiendo evitar un daño a otro no lo evita, se hace responsable del mismo", ver De Domingo, T: "La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo", en Martínez-Pujarte, A.L. y De Domingo, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2010, págs. 135-137.

[35] Señala el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 lo siguiente: "Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

[36] Recuerda el artículo 63.1 de la Ley de Discapacidad que: "Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas".

[37] De Asís, R: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013, pág. 79.

sino también la negociación colectiva. La supresión de determinados preceptos o su inaplicación en los contratos, reglamentos internos, convenios colectivos; así como la obligación de los Estados de adoptar las Directivas constituyen sólo algunos de los ejemplos que podrán operar en este escenario. Por su parte, la distinción entre estos dos instrumentos y las medidas de acción positiva radica en que, mientras que aquellos garantizan la igualdad de trato o igualdad formal -que no requiere de medidas de acción positiva-, estas últimas constituyen precisamente diferencias de trato en favor de las personas con discapacidad. Se fundamenta estas diferencias de trato, precisamente, en las desventajas que de partida presenta este colectivo para lograr su plena igualdad de oportunidades (se incardinan, pues, en la dimensión material del principio de igualdad)[38].

Estas medidas de acción antidiscriminatoria son el resultado, a nivel nacional, de la obligación que recoge el artículo 9.2 de la CE por la que se encomienda a los poderes públicos el ejercicio de acciones positivas. En esta línea se sitúa, igualmente, el artículo 5.3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al señalar que: "... a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables".

Cualquier incumplimiento de ese mandato previsto por la CE, la Convención Internacional y la Ley de Discapacidad comportará "prima facie" una discriminación y una vulneración del derecho a la igualdad de trato, en cuanto que la persona afectada podrá exigir, con fundamento en el artículo 14 de la Carta Magna, la realización de las actuaciones necesarias para eliminar esos obstáculos. Ahora bien, si la medida de accesibilidad exige, por ejemplo, para una empresa un coste desproporcionado que puede comprometer su viabilidad (y, por supuesto, siempre que no haya una lesión de otros derechos fundamentales de la persona discapacitada) podrá ésta negarse, en base al derecho a la libertad de empresa que recoge el artículo 38 de la CE, a la adopción de dicha. En el caso de los ajustes razonables, habida cuenta de que también resultan necesarios para garantizar la igualdad de trato, su ausencia o denegación constituirá una discriminación, siempre que no constituya una carga excesiva o desproporcionada, límite que se encuentra expresamente establecido por el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, que ha de ser considerado parámetro interpretativo, por lo que se refiere a las personas con discapacidad, del derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la Carta Magna. No obstante, a todo ello, habrá de incorporarse el correspondiente test de proporcionalidad, por lo que no puede interpretarse ampliamente el concepto de "carga excesiva", sino que la misma habrá de necesaria y proporcional para el logro del fin constitucional[39]. En cualquier caso, habrá de ponderarse la incidencia que esa denegación de ajuste sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad se proyecta, por lo que sólo cuando esa incidencia sea limitada y el coste excesivo, entonces podrá fundamentarse la denegación en el derecho a la libertad de empresa que prevé el artículo 38 de la CE.

Con independencia del reconocimiento o no de la situación de discriminación por discapacidad, el apartado 2 del artículo 64 de la Ley de Discapacidad reconoce que el arbitraje y la acción judicial serán de aplicación a estas situaciones. Previsión ésta que se refuerza gracias al mandato dirigido a las Administraciones Públicas, por el que se otorga "... velar por evitar cualquier forma de discriminación que les afecte o pueda afectar". Y todo ello, con vistas a la consecución de los principios constitucionales de eficiencia del gasto público y estabilidad presupuestaría que recogen los artículos 31.2[40] y 135 de la Carta Magna[41].

[38] VV.AA., Pérez Bueno, L. C y Lidón Heras, L (Dirs)., *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015, pág. 36.

[39] Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas"... op.cit., págs. 1755-1802. De Asís, R: *Sobre discapacidad y derechos*... págs. 122 a 124.

[40] "El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía".

[41] Con carácter general el apartado 1 del artículo 135 de la Constitución indica que: "*Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria"*.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 64 de la Ley de Discapacidad reconoce que para la consecución de ese principio de igualdad y no discriminación será indispensable la aplicación preferente de la normativa específica sobre discapacidad, antes que la legislación laboral.

3. Acceso y mantenimiento del empleo para las personas con discapacidad: la prohibición de discriminación

En los artículos 65 a 68 de la Ley de Discapacidad se recoge tanto el contenido de las medidas antidiscriminatorias, como de acción positiva. Previamente, el artículo 65 se detiene a definir qué se entiende por "medidas contra la discriminación", a saber: *Se consideran medidas contra la discriminación aquellas que tengan como finalidad prevenir o corregir que una persona sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable, por motivo de o por razón de discapacidad*. Por lo tanto, el objetivo último y que se pretende es la eliminación de los obstáculos o de las barreras que dificultan la consecución del derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, para lo cual los poderes públicos quedan obligados a adoptar las medidas necesarias para que puedan ejercerse de modo efectivo. Y es que, de lo que se trata es de hacer cumplir la Convención Internacional de 2006 -en virtud de la remisión operada por el artículo 10.2 CE[42]-, normativa ésta que permite definir el contenido y el alcance concreto, en el caso de las personas con discapacidad, de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española, así como de las actuaciones exigibles para garantizar su pleno disfrute y para eliminar las barreras a que se enfrentan.

Las medidas antidiscriminatorias que podrán operar consisten en la "... prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables". Este contenido se proyecta sobre múltiples escenarios de la vida cotidiana, entre otros el laboral. Es por ello que, la Ley de Discapacidad (atendiendo al mandato que recoge el artículo 9.2 de la CE) adopte una actividad de fomento o de promoción positiva a través de las medidas de políticas activas de empleo. A buen ejemplo, la actual Ley de Empleo[43] encomienda a los distintos agentes de intermediación la función de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Por su parte, la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social tiene atribuidas importantes funciones en materia de igualdad de trato, por lo que podrá perseguir la comisión de las distintas infracciones al principio de no discriminación recogido en la Ley de infracciones y sanciones en el orden social (LISOS). La aplicación preferente de este régimen de infracciones que prevé la LISOS se recoge, expresamente, por la disposición adicional sexta de la Ley de Discapacidad.

En el ámbito privado, las empresas quedan obligadas a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad: acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo (como se ha señalado en el apartado anterior) que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Precisamente, en este ámbito privado, la Constitución prohíbe igualmente que se puedan producir discriminaciones a la hora de la contratación, debiendo ser el "orden público" quien imponga límites a esa libertad de contratación (artículo 1255 del Código Civil)[44]. El respeto a los derechos a la igualdad, no discriminación y a la dignidad deberán aplicarse en todas las fases de la relación contractual (tanto en la precontractual, como en la de mantenimiento del empleo). De este modo, habrán de ser considerarse contrarios al orden Constitucional (y, por ende, a la prohibición de discriminación

[42] En la Convención vendrían recogidos estos derechos a la igualdad y no en el artículo 5. Ahora bien, para las mujeres con discapacidad habrá de remitirse al artículo 6 y al artículo 12 para la "igualdad ante la ley".

[43] Aprobada mediante Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Empleo.

[44] "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

por razón de discapacidad) los actos o negocios jurídicos privados que, en términos comparativos, se celebren con un fin discriminatorio, por ejemplo: para excluir a trabajadores discapacitados o en donde no se tengan en cuenta aspectos personales del solicitante. Cuando, claramente, una oferta de empleo atente contra la dignidad de la persona y/o el derecho a la igualdad podrá declarase la invalidez del acto[45].

Desde el ámbito europeo se ha proyectado esa necesidad de respeto del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, aunque constriñendo su eficacia únicamente hacia determinados ámbitos concretos, como son: el empleo y la ocupación, la protección social, la educación, el acceso a bienes y servicios públicos (incluyendo la vivienda[46]). El orden comunitario ha proyecto ese principio de igualdad de trato exclusivamente hacia aquellos bienes y servicios "... disponibles para el público", dejando así fuera el ámbito de la vida privada o familiar[47]. Ello evidencia una preocupación por evitar la contratación en masa, pues el fin último no es otro que el de vincular el empleo a la consecución de una efectiva igualdad de trato y no discriminación[48].

Las medidas antidiscriminatorias tienen como finalidad prevenir que una persona (en este caso, con discapacidad), en una situación análoga o comparable con la de otra, sea tratada (directa o indirectamente) menos favorable. A este fin, "... los poderes públicos adoptarán medidas de acción positiva en beneficio de aquellas personas con discapacidad susceptibles de ser objeto de un mayor grado de discriminación, incluida la discriminación múltiple, o de un menor grado de igualdad de oportunidades, como son las mujeres, los niños y niñas, quienes precisan de mayor apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el medio rural" (artículo 67 de la Ley de Discapacidad).

El trato diferenciado, correlato de a dimensión material de la igualdad que consagra el artículo 9.2 de la Carta Magna, podrá consistir "... en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Las medidas de igualdad de oportunidades podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación... En particular, las administraciones públicas garantizarán que las ayudas y subvenciones públicas promuevan la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural" (artículo 68 de la Ley de Discapacidad). Las medidas de acción positiva y su

[45] Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación"... op.cit., págs. 155 a 157.

[46] La referencia a la vivienda tiene un significado especial en cuanto que incide en la necesidad de garantizar el acceso y habitabilidad de la misma a las personas discapacitadas, lo que puede implicar la imposición de cargas, bien a los vecinos del inmueble, bien a los constructores. Respecto de estos últimos, cabe mencionar la reserva de viviendas para personas con discapacidad, que conlleva la exigencia de programar un mínimo del 4% en los proyectos de viviendas protegidas con las características constructivas y de diseño adecuadas que garanticen el acceso y desenvolvimiento cómodo y seguro de las personas con discapacidad. Obligación que se extiende a los proyectos de viviendas de cualquier otro carácter que se construyan, promuevan o subvencionen por las Administraciones públicas y demás entidades dependientes o vinculadas al sector público (art. 32). Por otra parte, las normas técnicas sobre edificación incluirán previsiones relativas a las condiciones mínimas que han de reunir los edificios de cualquier tipo para permitir la accesibilidad de las personas con discapacidad (art. 26). En este sentido, el Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, ya fue modificado en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad por Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero.

[47] Véase el artículo 3.1 letra h) de la Directiva Comunitaria 2000/43/CE y los artículos 3.1 y 5 de la Directiva 2004/113/CE.

[48] La Ley de Discapacidad refleja, fielmente, este cometido en su artículo 29 al señalar. Con carácter general señala el apartado 1 lo siguiente: " Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad".

contenido podrán exigirse, en un Estado Social y democrático de Derecho, como valor supremo para el cumplimiento del Texto Constitucional[49].

Ello legitima el ejercicio de acciones positivas proporcionales a su finalidad y con vistas a la consecución de ese efectivo derecho a la igualdad y no discriminación. Por lo tanto, las medidas de acción positiva para las personas con discapacidad se podrán proyectar, incluso con carácter temporal, y siempre que persista la situación antidiscriminatoria, siendo evidentemente necesaria su revisión periódica[50]. Entre las medidas de acción positiva más destacadas se encuentran la de reserva de plazas, obligación que la Ley de Discapacidad proyecta tanto para las empresas privadas, como para las empresas públicas. Indica la Ley que las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2% sean trabajadores con discapacidad. Por su parte, en las ofertas de empleo público se reservará un cupo del 7% para ser cubierto por personas con discapacidad (artículo 59 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[51]). El objetivo que pretende el legislador con la imposición de esta medida, no es otro que incorporar de forma progresiva dicho tanto por ciento en las distintas Administraciones Públicas[52].

La fijación de los criterios a tener en cuenta para el cumplimiento de la obligación empresarial se efectúa por criterios amplios y flexibles, en el sentido de que el cómputo de número de trabajadores para alcanzar los cincuenta se realizará sobre el total de la plantilla correspondiente (incluyendo a los trabajadores discapacitados), cualquiera que sea el número de centros de trabajo y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores con la empresa. Asimismo, se incluyen en este cómputo a los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en las empresas públicas o privadas en virtud de contratos de puesta a disposición celebrados con empresas de trabajo temporal. Respecto a los trabajadores beneficiados por la cuota de reserva, la norma vigente no establece distinciones por razón del tipo y grado de discapacidad y tampoco exige requisito alguno sobre las modalidades contractuales que deben tener los trabajadores con discapacidad que se computan en dicha cuota[53].Respecto al empleo protegido, cabe indicar que en los centros especiales de empleo[54] la plantilla habrá de estar constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquélla (artículo 43 de la Ley de Discapacidad). Las Administraciones Públicas podrán establecer compensaciones económicas, destinadas a los centros, para ayudar a la viabilidad de los mismos, estableciendo para ello, además, los mecanismos de control que se estimen pertinentes (artículo 44 de la Ley de Discapacidad).

---

[49] Ver la sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[50] Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[51] Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 261 de 31 de octubre de 2015). De igual modo, habrá que tener en cuenta la Ley 30/1984 de la Función Pública.

[52] Esta reserva de empleo público se refiere a la totalidad de las plazas convocadas por una determinada Administración, debiendo aparecer especificadas las plazas reservadas en la correspondiente Oferta Pública de Empleo y su distribución en cada una de las convocatorias. En todo caso el legislador señala la necesidad de que los aspirantes superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas. Esta cuota de reserva en el ámbito del empleo público se completa, desde el enfoque de acción positiva, con el deber de adoptar las medidas necesarias para establecer los ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo, y una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L; Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (Dirs y Coords)., *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.

[53] Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad"...op.cit.

[54] Son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad.

Esta obligatoriedad de establecer un cupo de reserva tiene por finalidad crear una vía o trampolín que actúen pro a la normalización e inclusión de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo (tanto público, como privado). Aparte, para las empresas que contraten a trabajadores con discapacidad se han previsto una serie de incentivos y bonificaciones a la contratación[55] que han sido, en muchos casos, objeto de crítica por parte de la doctrina científica. Y ello es porque, en la práctica, las empresas han empleado estas medidas de estímulo a la contratación más como medio para la contratación temporal y precaria, antes que para el mantenimiento indefinido de la relación laboral. Efectivamente, si el fin que persigue la UE es incentivar el mantenimiento del empleo de las personas discapacitadas, claramente, se puede afirmar que ese objetivo no se ha conseguido, puesto que sobre todo ese conjunto de bonificaciones temporales no ha logrado todavía calar esa noción de trabajo decente[56].

En relación a las concretas medidas de acción positiva dirigidas a la reserva de plazas cabe preguntarse lo siguiente: ¿se trata ésta de una medida obligatoria tanto para los poderes públicos, como para particulares? La doctrina científica entiende que cómo el principio de igualdad de oportunidades (artículo 9.2 de la CE) se proyecta e incide directamente sobre el ámbito de los derechos fundamentales, cabe aplicar estas medidas de acción positiva en todos los ámbitos (público y privado) para así asegurar el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales. En este orden de ideas, reserva de plazas a personas con discapacidad en el acceso a la función pública constituye una medida de acción positiva necesaria para garantizar el derecho reconocido por el artículo 23.2 de la CE. Así lo ha reconocido el mismo Tribunal Constitucional, a saber: "... constituye un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE"[57] e "intenta promocionar la inserción profesional de sujetos con dificultades de acceso al empleo, lo que en sí mismo no solo no es contrario a la igualdad, sino que la hace posible y efectiva"[58]. Por lo tanto, el objetivo es corregir la desigualdad material de un colectivo en riesgo de exclusión social, evitando así una desventaja objetiva e indubitada dentro de esa lucha por alcanzar un modelo social de discapacidad acorde con una sociedad inclusiva. De conformidad con esta doctrina, cabe considerar contraria a la CE y, por tanto, ilegal por conculcar la previsión del artículo 9.2 de la CE (en conexión con los artículos 23.2 y 35 de la CE), toda ley que suprima tal reserva. Y es que, todos tienen un igual derecho a un determinado puesto de trabajo, siempre que cumplan con los requisitos de capacitación que se exigen[59].

Empero a la anterior, el artículo 42.1 de la Ley de Discapacidad (en su párrafo segundo) indica que, de forma excepcional, las empresas pueden quedar exentas del cumplimiento de esta obligación, ya sea total o parcialmente, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, y todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores. De igual modo, podrá voluntariamente la empresa quedar exenta cuando el empresario comunique debidamente dicha decisión a la autoridad laboral y siempre que, en ambos supuestos, se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

---

[55] Gracias a la publicación de la ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ahora bien, cabe tener en cuenta también lo previsto por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre; la Ley 43/2006, de 29 de diciembre y la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. Para el empleo por cuenta propia de las personas discapacitadas cabe mencionar: la Ley 6/2017, de 24 de octubre y el apartado 4 de la Disposición Final 3ª del Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

[56] VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á.L (Dirs) y López Insua, B.M (Coord)., *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018. En esta línea, Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "La garantía internacional del derecho a un trabajo decente", *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº177, 2015, págs. 27 a 72.

[57] Sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[58] Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 269/1994, de 3 de octubre (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 1994).

[59] Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, de 2 de julio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).

A través del Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, se regula todo el procedimiento que habrá de llevarse a cabo ante los servicios públicos de empleo cuando se trata de resolver la solicitud empresarial de declaración de excepcionalidad y la autorización de la medida alternativa propuesta por el empresario. En este real decreto se concretan las circunstancias que podrán determinar una situación de excepcionalidad, a saber: 1) la imposibilidad de los servicios públicos de empleo o agencias de colocación de dar respuesta al requerimiento de la empresa y 2) la imposibilidad de las empresas, motivada por razones empresariales (esto es, causas técnicas, económica, organizativas o de producción) que presenten una especial dificultad para incorporar a personas discapacitadas. En ese caso, se han previsto por dicho real decreto toda una serie de medidas alternativas, entre otras: a) que el empresario puede celebrar una contrata con un Centro Especial de Empleo o un contrato con un trabajador autónomo discapacitado que tengan por objeto suministro de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa o servicios accesorios a la misma; b) que el empresario realice donaciones y patrocinios, de carácter monetario, con fundaciones o asociaciones de utilidad pública cuyo objeto social sea la creación de empleo y la inserción laboral de personas con discapacidad y, finalmente, que el empresario constituya un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un Centro Especial de Empleo[60]. El incumplimiento de la cuota de cuota de reserva o de cualquiera de las medidas alternativas constituye una infracción administrativa grave, de acuerdo con el artículo 15.3 del Real Decreto Legislativo 5/2000 sobre infracciones y sanciones en el orden social.

III. FORMAS DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE DISCAPACIDAD

La participación plena y efectiva de todas las personas discapacitadas, en igualdad de condiciones con los demás, se convierte para la ONU en un importante reto a lograr. Por lo que, en sintonía con el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE[61], la Convención de la ONU define la discriminación por razón de discapacidad como "... cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables" (Artículo 2.4 de la Convención de la ONU). Para la jurisprudencia comunitaria el concepto de discapacidad debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa pretende alcanzar, desde los que debe entenderse que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, pero no incluyendo la enfermedad[62].

A este respecto, la Directiva 2000/78/CE prohíbe en sus artículos 11, 12, 15 y 31 la discriminación por motivos de discapacidad. Interpretando conjuntamente ambos textos, se trata de asegurar el derecho al empleo y a la adaptación "razonable" del puesto de trabajo para así romper las barreras que dificulten o impidan que los discapacitados puedan participar plena y efectivamente en sociedad. Igualmente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (elevada al rango de Tratado de la Unión ex artículo 61 del Tratado de la Unión Europea), en cuyo artículo 21.1 garantiza el principio de no discriminación por razón de discapacidad[63].

---

[60] Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad"...op.cit.

[61] De 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

[62] Ver la sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, C-13-05, Asunto *Chacón Navas.*

[63] Monereo Pérez, J.L: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019. Indica el autor que: "Interesa retener asimismo el art. 24 ("Derecho a protección en caso de despido") de la Carta Social Europea Revisa y el "Anexo a la Carta Social Europea (Revisada) relativo a dicho artículo, a cuyo tenor: "3 A

Ahora bien, la cuestión se vuelve problemática cuando atendemos al concepto de discapacidad ya que ni la Directiva comunitaria, ni la Convención de la ONU la definen. Por ello, el concepto de "discapacidad" ha de entenderse referido a una "incapacidad cualificada o agravada" que inhabilita a la persona no ya para una actividad, sino para una pluralidad de actividades que cualquier otro ser humano podría llevar a cabo de no padecer dicha incapacidad, impidiendo "su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás"[64].

1. Incapacidad temporal versus discapacidad: tutela antidiscriminatoria y perspectiva de género

El concepto de discapacidad no debe de confundirse con el de IT, puesto que la incapacidad temporal tiene tasada legalmente su duración. Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencia y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas[65] es en donde se mueve la doctrina del TJUE más reciente. La STJUE de 1 de diciembre de 2016 en el asunto C-395-15, Mohamed Daouidi, precisa que puede existir discriminación en bajas médicas prolongadas que ocasionan una limitación duradera. De este modo, el TJUE abre el camino hacia la tutela antidiscriminatoria de la discapacidad de la Directiva 2000/78. El TJUE subraya que, a estos efectos, la "limitación debe ser duradera" y afirma que "en la fecha del hecho discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento". A pesar del avance en esta materia, lo cierto es que el TJUE no establece que un despido por motivo de enfermedad revista sin más la consideración de discriminatorio a efectos de la Directiva 200/78/CE, sino que consagra un criterio de asimilación o equiparación de las enfermedades de larga duración y/o cronificadas (y frecuentemente de pronóstico incierto) a efectos de discapacidad. Por lo que, amplia el concepto de discapacidad a efectos de la tutela antidiscriminatoria a la que se refiere la Directiva. De forma que, le corresponde al Juez Nacional (técnica de reenvío) verificar, a la luz del conjunto de indicios apartados en cada caso, si una enfermedad de larga duración puede ser calificada como de discapacidad[66].

Rompiendo con la doctrina que hasta ahora se seguía de calificar los despidos producidos durante la IT como de improcedentes, los jueces españoles, a la vista de la jurisprudencia europea pueden ahora declarar como nulos y fraudulentos los despidos durante una IT, con la consiguiente

efectos de este artículo, no se considerarán motivos válidos para el despido, en particular (…) f) la ausencia temporal del trabajo debida a enfermedad o lesión". Estas garantías de eficacia específicas (o de efectividad del derecho) sobre los motivos injustificados o ilegítimos de despido suponen una mejora importante del sistema de garantías mínimas previsto en el art. 24 CSE de la Parte II de la CSE. Así se protege los derechos fundamentales del trabajo y especialmente el principio de igualdad y no discriminación y señaladamente la protección de la persona en situación de incapacidad temporal (apartado f)". Véase también, en este sentido, Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A: "Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)", en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirs y Coords)*., La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs. 573 y 590. Cuenca Gómez, P y De Asís Roig, R: "Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)", en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirs y Coords)., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 683- 695.

[64] Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

[65] Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

[66] Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018. Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona"...op.cit., págs. 862 y siguientes.

obligación de readmisión. Cada supuesto de hecho puede ser valorado con este criterio, que exige diferenciar las situaciones de enfermedad prolongada y duradera de las que no lo son. Los indicadores de una IT "prolongada y de limitación duradera" son indeterminados, lo que conducen siempre a un inevitable juicio casuístico. Además, el carácter duradero y especialmente limitador de una dolencia solo se puede comprobar con el paso del tiempo y es de difícil apreciación en el momento de un despido. El juez valorará el supuesto de hecho tras el transcurso del tiempo, situando a la empresa en una complicada inseguridad jurídica, puesto que el despido fue realizado sin esta comprobación real. Aparte, cabe tener en cuenta que, la legislación de protección de datos impide acceder a la empresa a la realidad médica para actuar en consecuencia[67]. Por lo que cobrará aquí una enorme relevancia el sentido técnico-jurídico que el juez nacional otorgue al concepto de discapacidad, conforme al artículo 2. a) del Real Decreto Legislativo 1/2013 y la normativa comunitaria.

En aplicación del marco normativo y de la doctrina del TJUE (asuntos C-13/05, Chacón Navas; C-335/11 y C-337/11, Ring; C-345/15, Daouidi; y, C-270/16, Ruiz Conejero), el TSJ concluye en ambas sentencias (de 9 de noviembre de 2018 y 18 de enero de 2019) declarando la nulidad del despido. Por todo ello, a partir de los hechos probados, entiende que hay indicios suficientes para poder afirmar que la situación de las trabajadoras es de discapacidad y no de una enfermedad, por tratarse la causa de la baja, un cáncer de útero (sentencia del TSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019) y cáncer de mama (TSJ de Castilla-La Mancha de 9 de Noviembre de 2018), de una limitación duradera de la actividad laboral, "al tratarse de un proceso morboso que no presenta una perspectiva bien delimitada de finalización a corto plazo" y tratamiento cierto (empleando las palabras del TJUE y de los mismos TSJ), sino más bien la necesidad de tratamiento prolongado en el tiempo y con obvias consecuencias en términos de impedir la normal participación de las trabajadoras afectadas en la vida laboral.La "limitación duradera" de las dolencias queda confirmada, por otra parte, gracias a todos los informes médicos aportados, siendo en sendos casos la situación irreversible. Lo que, en definitiva, lleva a la Sala a concluir que las situaciones jurídicas de las trabajadoras quedan incluidas en el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/CE.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (nº de Recurso: 2766/2016)[68] considera que en un supuesto de despido disciplinario mientras la trabajadora se encuentra de baja por IT habrá de calificarse la extinción contractual como improcedente. En particular, la trabajadora (con categoría profesional de limpiadora de la empresa multiservicios Clece S.A) padece un trastorno depresivo grave E P I recurrente que le lleva a estar de baja durante un año. Tres meses antes del alta médica por agotamiento de la duración por IT, la trabajadora es despedida disciplinariamente por la empresa Clece S.A (artículo 54.1 y 2 e) del ET) quien alega un rendimiento laboral inferior al pactado dado que en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de julio de 2015 estuvo de alta en la empresa 453 días de los cuales solo prestó servicios en forma efectiva durante 164 días. Los motivos del despido no estaban acreditados por la empresa, por lo que la recurrente plantea la declaración de improcedencia o nulidad. En primera instancia, el Juzgado de lo Social declaró la nulidad del despido. Fallo que es igualmente confirmado posteriormente en sentencia de suplicación, al considerar que el despido por enfermedad asimilado a discapacidad es discriminatorio y, por lo tanto, nulo (se apela a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas el 11 de junio de 2006, el 13 de abril de 2013 y de 1 de diciembre de 2016).

En contra de todo pronóstico en términos de argumentación jurídica y de la doctrina más reciente del TSJ, el Supremo considera que no procede aquí la declaración de nulidad, sino la de

[67] Lahera Forteza, J: "Despidos durante la baja médica", ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios . Entiende este autor que: "Este nuevo escenario incierto debe abrir un debate político sobre esta cuestión. Hay que tasar la nulidad del despido por enfermedad a cambio de flexibilizar más el despido objetivo, desde la mera perspectiva funcional de la incapacidad para desarrollar el trabajo convenido. A la vez, hay que distribuir mejor los costes empresariales y públicos durante las bajas médicas, desincentivando este tipo de despidos durante la enfermedad".

[68] En esta misma línea cabe citarse las sentencias de 30 de mayo de 2016 y 21 de septiembre de 2017.

improcedencia del despido[69]. A juicio del TS la enfermedad en cuanto tal, o sea, considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad -sin elementos adicionales de calificación- "*no entra dentro de los motivos de discriminación"* (cuestión, ésta, que en el fondo no se pone en duda ni en la doctrina científica más solvente, ni del TJUE ni en la mantenida en algunos pronunciamientos recientes de los Tribunales Superiores de Justicia). Ahora bien, matiza en su sentencia que "esto no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva europea". Tras el estudio de las diversas sentencias del TJUE (incluyendo la sentencia de 18 de enero de 2018), el Tribunal Supremo deja claro lo siguiente: a) si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En este caso, cabría declarar la nulidad del despido, b) Una enfermedad que no suponga una limitación (en el sentido explicado en el guion anterior) no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. Y en este sentido, el Tribunal Supremo entiende que la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación. En este caso, el despido (si no hay motivos o no están justificados será improcedente, pero nunca nulo) y c) hay que distinguir entre "la enfermedad en cuanto tal" y "la discapacidad". En este sentido, a ojos del Supremo, la discapacidad radica en la limitación que para la participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones supone la interacción de las dolencias con diversas barreras diferenciando esa situación, compatible con la asistencia al trabajo, de la simple baja por enfermedad.

En la Sentencia de 15 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo entiende que la situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que todavía disfruta de una IT y no había sido valorada por el Equipo de Valoración de Incapacidades, no permite identificarla con la noción de "discapacidad", distinta de "la enfermedad en cuanto tal" en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus últimas resoluciones. De esta interpretación, argumenta erróneamente el Tribunal Supremo, que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a "enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador". Por lo que, "no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora".

Idéntico pronunciamiento es que se produce con la sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 21 de septiembre de 2017 (Nº de Recurso: 782/2016). En este caso, el TS analiza la existencia de causa de discriminación en un despido por causas objetivas efectuado al amparo del art. 52.d) ET por ausencias justificadas e intermitentes al puesto de trabajo. En concreto, la trabajadora que estaba de baja por IT cumplía con las ausencias mínimas fijadas en la norma, esto es, había faltado durante al menos el 25% de jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, excluyéndose las ausencias que fija el propio precepto (huelga legal, accidente de trabajo, maternidad, cáncer o enfermedad grave…). Tras ser despedida al amparo de lo dispuesto en el art. 52.d) ET, el Juzgado de instancia declara procedente el despido, siendo revocada tal sentencia por otra del TSJ Galicia que lo declara nulo por entender que se vulnera el derecho a la no discriminación

[69] Fernández Ramírez, M: "Igualdad y discapacidad. Especial atención a la mujer y a la infancia. Respecto a la privacidad del hogar y de la familia", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

por razón de discapacidad, al considerar la Sala que el estado de salud de la trabajadora tenía encaje en la descripción de discapacidad que recoge la Directiva 2000/78 y doctrina del TJUE (Sentencia de 11 de abril de 2013). Sin embargo, el Tribunal Supremo revoca la citada sentencia al considerar que no nos encontramos ante un supuesto de 'discapacidad' sino de mera enfermedad, no teniendo encaje el supuesto de hecho en la doctrina más reciente del TJUE (Sentencia de 01.12.2016, asunto 395/15, Daouidi) ni en lo dispuesto en la normativa interna que regula esta materia (art. 52.d) ET)[70]. Argumenta, además, el Alto Tribunal que el artículo 52.d) ET[71] ya excluye de la consideración a efectos de la utilización de esta modalidad extintiva las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de 'cáncer o enfermedad grave', que no concurren en el supuesto enjuiciado, por lo que con mayor motivo ha de ser rechazada la pretensión de nulidad[72].

Igualmente, cabe citar el pronunciamiento del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, caso DW y Nobel Plastiques Ibeérica S.A) en donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada mediante auto[73], emitido por el Juzgado de lo Social Nº3 de Barcelona a fecha de 30 de

[70] Monereo Pérez, J.L y Guindo Morales, S: "Extinción contractual y discapacidad. Soluciones jurídicas como alternativa a la extinción de la relación laboral por incapacidad sobrevenida", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

[71] La letra d) del artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores ha quedado derogada por medio del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero (BOE núm.43 de 19 de febrero de 2020).
Destaca la justificación que, a tal derogación, concede el Preámbulo de este Real Decreto-Ley: "La cuestión del despido por causa de absentismo es de gran trascendencia porque obliga a confrontar, de un lado, el legítimo interés de la empresa a contar con la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del proyecto empresarial y a no tener que asumir los costes derivados de su falta y, de otro, el derecho de las personas trabajadoras a no ser penalizadas por circunstancias personales de las que no son responsables, como son las relacionadas con la enfermedad. El despido de personas enfermas no solo entronca con el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad, como ha señalado en numerosas ocasiones el TJUE, sino que también genera en la persona trabajadora que ve extinguido su contrato una situación de gran vulnerabilidad profesional, personal y social. En este contexto, el actual artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores no está sirviendo para dar una adecuada respuesta a la cuestión planteada...".

[72] Es importante señalar que, en torno al artículo 52.1 letra d) del ET sobre el despido objetivo por absentismo, se ha planteado un enorme debate a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/2019, de 16 de octubre, por la que se declara la constitucionalidad de esta causa extintiva.
Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de enero de 2020 (recurso de suplicación: 5532/2019) por el que se declara que el despido por absentismo resulta contrario al Convenio 158 OIT y a la Carta Social Europea. Se entiende, por tanto, que el despido por absentismo resulta contrario: 1) al derecho a no ser despedido sin justa causa; 2) derecho a la prevención de riesgos laborales y a la 3) a la perspectiva de género. En contra, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 118/2019, de 16 de octubre, por la que se avala la constitucionalidad del despido objetivo por absentismo "aún justificado" al puesto de trabajo. En concreto, considera el Tribunal Constitucional que la minuciosa y cuidada regulación por la que ha optado el legislador español compagina, adecuadamente, los derechos concernidos: de un lado, el derecho al trabajo y a la salud del empleado y, de otro, el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado que garantiza el artículo 38 de la Constitución". Véase el interesante comentario jurídico-crítico que, a esta sentencia, realizan Monereo Pérez, J.L y Guindo Morales, S: "Sobre la constitucionalidad del despido objetivo fundamentado en la causa d) del artículo 52 del Estatuto de los trabajadores. STC núm. 118/2019, de 16 de octubre", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, Nº 7 de 2019, págs. 1-11.

[73] En definitiva, la cuestión prejudicial elevada al TJUE contiene las siguientes preguntas: 1. ¿Deben ser consideradas como personas con discapacidad a los efectos de la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tal como ha sido interpretad[a] por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las personas trabajadoras calificadas como especialmente sensibles a determinados riesgos cuando, por sus propias características personales o estado biológico conocido, son especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo, y que por dicha razón no pueden desempeñar determinados puestos de trabajo al suponer un riesgo para su propia salud o para otras personas?
Si la respuesta a la primera pregunta es afirmativa, se formulan las siguientes: 2. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por

mayo de 2018, y cuyo principal punto radica sobre si una trabajadora especialmente sensible a los riegos derivados del trabajo es asimilable al concepto de "discapacidad" a efectos de declarar nulo o no su despido[74].

Se analiza aquí el caso de una trabajadora que había sido declarada como *"trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo"* y adicionalmente, tras todas sus bajas médicas, se sometía a reconocimientos médicos, declarándose en todos ellos a la trabajadora como *"apta con limitaciones"*[75]. En particular, la trabajadora padecía epicondilitis, que es definida así: "conocida también como codo de tenista, es una lesión caracterizada por dolor en la cara externa del codo, en la región del epicóndilo, eminencia ósea que se encuentra en la parte lateral y externa de la epífisis inferior del húmero. Es provocada por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, lo que ocasiona microrroturas fibrilares y reparación inadecuada de los tendones de los músculos que se originan en la región del epicóndilo, principalmente del tendón del músculo extensor radial corto del carpo".

A pesar de los antecedentes que se han señalado, el TJUE vuelve a reiterar aquí su criterio al señalar que debe entenderse por "discapacidad" cuando existe una limitación de la capacidad derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona y suponer un obstáculo para la realización de una actividad profesional. Asimismo, recuerda que la Directiva 2000/78 no limita el concepto de discapacidad a aquella que tiene su origen en el nacimiento o en accidentes, sino que debe incluirse también las propias causadas por enfermedades, aunque sean parciales. Ahora bien, no debe olvidarse que esa "discapacidad" debe contener el carácter de "duradera", debiéndose valorar la misma en el momento en que se produjo el hecho supuestamente discriminatorio.

---

causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y por ello tiene dificultades para alcanzar los niveles de productividad requeridos para no ser candidata al despido?

3. ¿Constituye un acto de discriminación directa o indirecta en el sentido del artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad, al ser especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en la polivalencia en todos los puestos de trabajo, incluidos los que no puede desempeñar la persona discapacitada?

4. ¿Constituye un acto de discriminación indirecta en los términos [en los] que se define en el artículo 2.2.b de la Directiva 2000/78 la decisión de despedir a una trabajadora por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, cuando esta persona tiene reconocida una discapacidad y por ello ha sido reconocida como especialmente sensible para desempeñar algunos puestos de trabajo por causa de sus dolencias físicas, las cuales han provocado largos períodos de tiempo de ausencias o baja médica antes del despido y la decisión se toma, entre otros criterios de afectación, [basándose] en el absentismo de esta persona trabajadora?

[74] Se alega por la demandante que, de acuerdo a la normativa española de prevención de riesgos laborales y a la jurisprudencia del TJUE (asuntos HD Danmark y Daouidi), ya que la trabajadora "… ha estado en situación de incapacidad temporal -y lo estaba en el momento en que fue despedida- debido a dolencias relacionadas con el trabajo desempeñado y porque ha sido declarada "apta con limitaciones", por lo que tiene una limitación en la capacidad de trabajo duradera, lo cual se pone de manifiesto con la declaración de personal "especialmente sensible"…".

La tesis de la parte demandante es rechazada de plano por la empresa demandada, enfatizando que los criterios eran objetivos y sin ninguna carga peyorativa, en términos jurídicos para ninguna persona trabajadora, y que además, en base a la utilización de tales criterios, se designaban "a personas concretas -y no a los puestos de trabajo que ocupan, ya que los otros tres parámetros (productividad inferior al 95%, menor polivalencia y mayor índice de absentismo) estaban relacionados directamente con las circunstancias y condiciones personales de cada afectado, y desde esta perspectiva tenía sentido seleccionar las personas cuyo rendimiento es inferior a otras". Recordemos que el primer criterio era que las personas afectadas trabajaran en un determinado departamento en el que se habían implantado mejoras técnicas que implicaban la disminución de personal.

[75] El interés del caso radica en el estado físico de la trabajadora y el impacto que el mismo puede tener, a juicio del juzgador, en la resolución del supuesto si se constata que las largas ausencias por problemas físicos pudieran considerarse como una situación de discapacidad y por tanto ser merecedora de la misma protección que estas frente a decisiones empresariales que pudieran ser calificadas, con arreglo a la normativa comunitaria, de discriminación directa o indirecta.

Sin embargo, tras repasar el TJUE su doctrina y recordar los concretos hechos de la trabajadora analizada, señala que el hecho de que haya sido calificada como especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, no implica *per se* que automáticamente se reconozca la condición de persona con discapacidad en el sentido de la Directiva. Por lo que, concluye el Alto Tribunal europeo subrayando que ha de ser el órgano jurisdiccional nacional quien deba comprobar si se cumplen los requisitos previamente expuestos para determinar la existencia de la discapacidad, trasladando la responsabilidad directamente a éste.

Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencia y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas[76] es en donde se mueve la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) y el TJUE más reciente[77].

Al hilo del despido de un trabajador con discapacidad que realizaba un periodo en prácticas para el *Service public fédéral "Sécurité sociale"* (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) el TJUE vuelve a pronunciarse, tratando así de definir el concepto de "discapacidad", La garantista sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2022 (en el asunto C-485/20 -HR Rail-)[78] recoge como hechos controvertidos los siguientes: "La sociedad HR Rail es el empleador exclusivo del personal de los ferrocarriles belgas. En noviembre de 2016 contrató un trabajador de mantenimiento especializado en vías férreas, que comenzó un período de prácticas en Infrabel, organismo encargado de gestionar la infraestructura para los ferrocarriles belgas. En diciembre de 2017 se diagnosticó al agente en prácticas una patología cardíaca que precisó la colocación de un marcapasos, dispositivo sensible a los campos electromagnéticos emitidos, en particular, por las vías férreas. Por ello, el *Service public fédéral «Sécurité sociale»* (Servicio Público Federal de la Seguridad Social, Bélgica) reconoció su discapacidad.

En junio de 2018, el *centre régional de la médecine de l'administration* (Centro Regional de Medicina de la Administración, Bélgica), encargado de evaluar la aptitud médica de los agentes estatutarios de los ferrocarriles belgas, declaró que el agente no era apto para ejercer las funciones para las que había sido contratado. Se le destinó entonces a un puesto de operario de almacén en la misma empresa.

Por otra parte, el 26 de septiembre de 2018, el Consejero Jefe de HR Rail le comunicó su despido con efectos a partir del 30 de septiembre de 2018, el cual llevaba aparejada una prohibición de contratación por un período de cinco años para el mismo grado para el que había sido contratado. Un mes más tarde el Director General de HR Rail informó al agente de que se ponía fin a su período de prácticas debido a su imposibilidad total y definitiva para realizar las funciones para las que había sido contratado. En efecto, en virtud del Estatuto y del Reglamento aplicables al personal de los ferrocarriles belgas, a diferencia de los agentes nombrados con carácter definitivo, los trabajadores en prácticas a los que se reconoce una discapacidad y que, por tanto, ya no son capaces de desempeñar su función, no tienen derecho a un cambio de puesto en la empresa.

---

[76] Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

[77] Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018. Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y siguientes.

[78] Para un conocimiento más exhaustivo véase Monereo Pérez, J.L y López Vico, S: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)", *Revista La Ley (UE)*, Nº102 de 2022.

Finalmente, el agente instó ante el *Conseil d'État* (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Bélgica) la anulación de la decisión de despido. Este órgano jurisdiccional solicita al Tribunal de Justicia aclaraciones en relación con la interpretación de la Directiva para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y, en particular, del concepto de «ajustes razonables para las personas con discapacidad".

Para el Alto Tribunal Europeo queda claro que el concepto de "discapacidad" evoluciona, debiendo en todo momento el mismo interpretarse desde una perspectiva teleológica y garantista. Así es, el hecho de que un trabajador que realiza un periodo en prácticas tras su incorporación haya sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, no le imposibilita a que sea destinado a otro puesto de trabajo para el que esté capacitado, siempre que dicha medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

Como bien recuerda el TJUE, la Directiva 2000/78/CE se encarga de establecer el marco general para la garantía de una igualdad de trato de todas las personas. Protección que se extiende también al ámbito del "empleo y la ocupación" (tanto por cuenta propia, como por cuenta ajena, formación profesional, orientación profesional, reciclaje de trabajadores… etcétera), buscando así ofrecer una protección eficaz contra todas las discriminaciones, entre las que se encuentra la discapacidad. En efecto, los términos que emplea la Directiva son lo suficientemente amplios como para englobar a los trabajadores discapacitados en periodo en prácticas y ello es así porque, los términos-no exhaustivos- en los que se define la Directiva, deben de entenderse en un sentido general o de *numerus apertus*. En consecuencia, el hecho de que el agente no fuera, en la fecha de su despido, un agente contratado con carácter definitivo, no impide que su situación profesional esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

El principio de igualdad de trato deberá erigirse en guía para la consecución de una efectiva y justa aplicación de la Directiva comunitaria del año 2000, toda vez que en ella se contempla la posibilidad de realizar ajustes razonables. En este sentido, los empresarios han de tomar las medidas adecuadas (ya sean de carácter físico, organizativo o educativo) en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, formar parte en el mismo o progresar profesionalmente o, a fin de que, se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Es más, la Directiva prevé "medidas eficaces y prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo, adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre". Por todo ello, cuando un trabajador deviene definitivamente no apto para ocupar su puesto debido a la aparición de una discapacidad, un cambio de puesto puede ser una medida adecuada y, en este sentido, un "ajuste razonable". Esta interpretación es conforme con dicho concepto, que debe entenderse en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas discapacitadas en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En definitiva, la Directiva no puede obligar a que un empresario adopte medidas que supongan una "carga excesiva" para él. En este sentido, deberá operar aquí el principio de proporcionalidad, lo que supone tener en cuenta: "… los costes financieros que estas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda". En cualquier caso, la posibilidad de destinar a una persona discapacitada a otro puesto de trabajo sólo operará cuando exista un puesto vacante que el mismo pueda ocupar.

2. Discriminación por razón de discapacidad en el acceso a las prestaciones por incapacidad permanente

La discapacidad y la incapacidad son términos que se relacionan, pero que se diferencian desde el punto de vista conceptual[79]. Ambas figuras producen cierta confusión, sobre todo cuando se trata de una incapacidad de carácter permanente. Por esta razón, el Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (Nº de recurso 156/2020) ha aclarado que el reconocimiento de una incapacidad permanente (ya sea total, absoluta o por gran invalidez) no da derecho al reconocimiento de una situación de discapacidad. Parecía que la cuestión estaba clara, no obstante, la práctica evidenciaba una cierta confusión que ha traído -como consecuencia- una cierta judicialización, así como una constante tira y afloja en sede doctrinal[80].

Empero a lo anterior, el tema se complica cuando de lo que se trata es de acceder a una prestación por incapacidad permanente desde una situación de jubilación anticipada. Existe, en este punto, diferencias dependiendo de si la persona es o no discapacitada, lo cual se traduce en una discriminación por razón de discapacidad. Aspecto que prohíbe, claramente, el artículo 14 de la Carta Magna A este fin, resulta interesante el estudio a la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022 de 24 de enero (número de recurso de amparo 4120/2020)[81].

Los hechos que describe el TC son los siguientes: "La demandante, nacida el 5 de febrero de 1954 y de profesión vendedora de la ONCE, pasó el 30 de junio de 2015 a la situación de jubilación anticipada por razón de discapacidad en aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre. El 26 de julio de 2016 presentó solicitud de reconocimiento de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, en grado de gran invalidez, con derecho a percibir una pensión del 150 por 100 de su base reguladora. Pretensión desestimada en la vía administrativa, por no suponer las lesiones que padece la actora una disminución de su capacidad laboral, al ser anteriores a la profesión valorada, puesto que en el momento de iniciar su actividad laboral como vendedora de la ONCE ya eran de entidad suficiente como para ser catalogadas como constitutivas de una gran invalidez. La reclamación previa fue desestimada argumentando que había prescrito el derecho al reconocimiento de la prestación por haber transcurrido más de cinco años sin que hubiese empeorado su situación funcional, de conformidad con lo establecido en el art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social.

La actora presentó entonces demanda contra dicha decisión, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Social núm. 3 de Vitoria-Gasteiz. El Juzgado de lo social revocó la resolución administrativa impugnada y declaró que la actora es beneficiaria de una prestación de incapacidad permanente en grado de gran invalidez, argumentando, en cuanto a la posibilidad de declarar la gran invalidez en situación de jubilación, que aplica la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2015, por referencia a otras anteriores, que concluye con la posibilidad de que los pensionistas de jubilación anticipada puedan ser beneficiarios de prestaciones de incapacidad permanente.

---

[79] La Incapacidad se refiere a la situación que impide desempeñar una actividad laboral (de manera transitoria -sería el caso de la IT- o permanente -hablaríamos de una IP-), mientras que la Discapacidad se relaciona con la dificultad para desempeñar -en la vida cotidiana- un rol en la vida diaria que sería el normal en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

[80] Por todo ello, cuando se le reconoce a un trabajador una prestación por incapacidad permanente no deberá entenderse que se le ha reconocido -automáticamente- un certificado de minusvalía del 33% (y por el que se obtiene beneficios adicionales). En efecto, la persona discapacitada deberá ser valorada y evaluada por la Administración conforme al baremo establecido en el Real Decreto 1971/1999 y por el que se regula el porcentaje de discapacidad. Seoane Rodríguez, J. A: "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos", en VV.AA., Blázquez Peinado, M. D. y Biel Portero. I. (Coords), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

[81] Véase Lousada Arochena, J.F: "Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.

Contra la anterior resolución interpusieron recurso de suplicación el INSS y la TGSS, que fue estimado por sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en la que revocó la sentencia de instancia y desestimó la demanda rectora del proceso. Advierte la Sala que la actora accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del art. 206 LGSS, con una edad rebajada por tener un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, sin que el caso sea equiparable a los resueltos por el Tribunal Supremo, que se refieren a jubilación anticipada por pérdida de empleo del trabajador en edad cercana a la fecha ordinaria de jubilación, mientras que en este caso se estaría ante el acceso voluntario a jubilación anticipada por discapacidad con coeficientes reductores.

Frente a dicho pronunciamiento interpuso la actora recurso de casación para la unificación de doctrina. El recurso fue desestimado por sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2020. En los fundamentos de derecho se afirma que la recurrente accedió a la jubilación anticipada por la vía excepcional del artículo 206.2 LGSS, y que no es este el caso resuelto en las sentencias citadas por el magistrado de instancia (de 21 de enero de 2015 y anteriores), siendo lo razonable que, habiéndose accedido por esta vía excepcional, se fije como tope para acceder a la incapacidad permanente la edad ordinaria de jubilación reducida en los percentiles que se consideraron para acceder a la jubilación por discapacidad. La sentencia cuenta con un voto particular".

El Tribunal Constitucional recuerda que constituye una discriminación por razón de discapacidad una diferencia no prevista por la norma, en donde sin causa objetiva y razonada, se otorga un trato diferente a los que se jubilan anticipadamente por discapacidad, respecto a los que lo hacen por otras causas[82], máxime cuando se cumplen con todos los requisitos que establece el Real Decreto Legislativo 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 195.1 párrafo 2, que remite al artículo 205.1 de la LGSS). Las normas hay que interpretarlas de manera teleológica y conforme a las exigencias constitucionales, así como la normativa europea e internacional. Es por ello que el Alto Tribunal invoque la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad del año 2006, buscando corregir así todas aquellas discriminaciones que en materia de discapacidad se producen en la práctica[83].

[82] Señala acertadamente el Tribunal Constitucional: "No existe justificación alguna para distinguir entre las diversas situaciones de jubilación anticipada, porque lo relevante es que se cumple el único requisito exigido por la norma para acceder a la prestación por incapacidad permanente, que es una determinada edad, según el tenor literal del art. 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al art. 205.1 a) LGSS. Y tampoco existe razón objetiva alguna para excluir a la recurrente de la situación de incapacidad permanente. De hecho, las resoluciones judiciales admiten que concurren los requisitos y los presupuestos para reconocer esta situación. En este caso, además, de forma especialmente motivada en atención a las circunstancias físicas de la demandante, que exigen el apoyo de una tercera persona precisamente para garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades más básicos en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos, en coherencia con los principios y valores que inspiran la normativa nacional e internacional en materia de discapacidad.

La interpretación de las resoluciones impugnadas produce como resultado una discriminación no justificada para la recurrente con discapacidad. Conforme a ese criterio interpretativo, toda persona que se encuentre en situación de jubilación anticipada podría acceder a una prestación por incapacidad permanente, salvo las personas con discapacidad, a pesar de cumplir el único requisito exigido por la normativa, que es una determinada edad. Se genera con ello una diferencia de trato no prevista en la norma, sin justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente del hecho de haber accedido a una situación de jubilación anticipada precisamente por su situación de discapacidad".

[83] Otras sentencias del Tribunal Constitucional que caminan en esta línea son las siguientes: la 208/2013, de 16 de diciembre; la 3/2018, de 22 de enero; la 51/2021, de 15 de marzo y la 113/2021, de 21 de mayo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Cuenca Gómez, P y De Asís Roig, R: "Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (Artículo 15)", en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirs y Coords)., *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.

De Asis, R: "De nuevo sobre Constitución y discapacidad", *Universitas*, Nº31, 2020.

De Asís, R: *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson, 2013.

De Domingo, T: "La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales. Una alternativa al conflictivismo", en Martínez-Pujarte, A.L. y De Domingo, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional,* Lima, Palestra Editores, 2010.

Engisch, K: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001.

Lahera Forteza, J: "Despidos durante la baja médica", ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios .

Llano Sánchez, M: "Trabajadores con discapacidad", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L; Fernández Bernat, J.A y López Insua, B.M (Dirs y Coords)., *Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.

Lousada Arochena, J.F: "Aplicando el enfoque de derechos humanos: la discriminación por discapacidad en el acceso a prestaciones de incapacidad permanente", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, número 3/2022.

Monereo Pérez, J.L y López Insua, B.M: "La garantía internacional del derecho a un trabajo decente", *Nueva Revista española de Derecho del Trabajo*, Nº177, 2015.

Monereo Pérez, J.L y López Vico, S: "Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3ª 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)", *Revista La Ley (UE)*, Nº102 de 2022.

Monereo Pérez, J.L y Maldonado Molina, J.A: "Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)", en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirs y Coords)*., La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J.L y Molina Navarrete, C: "El derecho a la protección de las personas minusválidas ("discapacitadas") (Artículo 49 de la Constitución Española)", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C y Moreno Vida, Mª.N (Dirs y Coords)., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J.L: "Capítulo 3. La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de la persona", en VV.AA., Rodríguez Iniesta, G., Ortiz Castillo, F y López Insua, B.M (Coords.): *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017.

Monereo Pérez, J.L: "Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel", en *Revista Lex Social. Revista jurídica de los Derechos Sociales*, Volumen 9, nº 1 de 2019.

Monereo Pérez, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

Monereo Pérez, J.L: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

Muñoz Ruiz, A.B: "El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, Coleman y otros, C-303/06", *Temas Laborales*, Nº 101, 2009.

Navarro Martínez, C: "Derechos a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación", en VV.AA., Arenas Escribano, R y Cabra de Luna, M.A (Coords)., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015.

Pérez Bueno, L.C: "La configuración jurídica de los ajustes razonables", en VV.AA., Pérez Bueno, L. C (Ed)., *2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012.

Seoane Rodríguez, J. A: "La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos", en VV.AA., Blázquez Peinado, M. D. y Biel Portero. I. (Coords), *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Gorelli Hernández, J., De Val Tena, Á.L (Dirs) y López Insua, B.M (Coord)., *El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

VV.AA., Monereo Pérez, J.L., Moreno Vida, MªN., Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F y Maldonado Molina, J.A (Dirs) y López Insua, B.M y Ruiz Santamaría, J.L (Coords)., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustiv*o, Murcia, Laborum, 2020.

VV.AA., Pérez Bueno, L. C y Lidón Heras, L (Dirs)., *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.