

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

DESLINDE E INTERCONEXIÓN ENTRE DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD PERMANENTE: NORMA Y PRAXIS JURISPRUDENCIAL

Por

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ / BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social / Profesora Titular de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada. Miembro de la
Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

jmonereo@ugr.es / blinsua@ugr.es

Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 62 (2022)

“Un problema de justicia apremiante que las sociedades modernas no han hecho más que empezar es el de cómo fomentar las capacidades de personas que padecen alguna de las muy variadas discapacidades físicas y mentales que pueden afectarnos. La inclusión de tales individuos en la misma base de igualdad de respeto que los demás requiere de un cambio no sólo práctico, sino también teórico”

MARTHA C. NUSSBAUM¹

RESUMEN: Al identificar el concepto jurídico de “discapacidad” se localizan una pluralidad de términos que tratan de definir una misma realidad. El término de “discapacidad” no siempre ha quedado claro, de ahí que se haya utilizado junto a expresiones como las de “minusválido”, “inválido” e incluso otras aún más peyorativas. En contraposición con el concepto de discapacidad aparece el de la “incapacidad permanente”, habiendo sido sustituida la antigua expresión “invalidez” por la de incapacidad permanente en virtud del artículo 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social. Las relaciones entre ambas figuras no son siempre fáciles de discernir desde una perspectiva práctica, lo que al término hacen aflorar supuestos de picaresca, discriminación y fraude en el sistema de Seguridad Social. Al hilo de estos conflictos y de las relaciones entre incapacidad permanente, discapacidad y otras prestaciones del sistema de Seguridad Social nos proponemos estudiar los últimos hitos jurisprudenciales, así como los distintos criterios interpretativos.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; incapacidad permanente; discriminación; protección y jurisprudencia.

¹ NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012, pág. 178.

SUMARIO: I. La evolución del concepto de discapacidad: luces y sombras estudio en la doctrina judicial.- II. Cambio de rumbo y criterios interpretativos: Incapacidad permanente y discapacidad. 2.1. Las técnicas de tutela efectiva de los derechos de los trabajadores incapacitados y discapacitados. 2.2. Discriminación por razón de discapacidad: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022, de 24 de enero (número de recurso de amparo 4120/2020).- III. Bibliografía.

SEPARATION AND INTERCONNECTION BETWEEN DISABILITY AND PERMANENT DISABILITY: RULE AND JURISPRUDENTIAL PRACTICE

ABSTRACT: In identifying the legal concept of “disability”, a plurality of terms are found that attempt to define the same reality. The term “disability” has not always been clear, hence it has been used alongside expressions such as “disabled”, “invalid” and even more pejorative. In contrast to the concept of disability, the term “permanent disability” appears, having been replaced by the term “invalidity” under art. 8.5 of Law 24/1997 of 15 July on the Consolidation and Rationalization of Social Security. The relations between the two figures are not always easy to discern from a practical perspective, which in the end give rise to cases of cheating, discrimination and fraud in the Social Security system. In the light of these conflicts and the relationship between permanent disability, disability and other social security benefits, we intend to study the latest jurisprudential milestones, as well as the different interpretative criteria.

KEYWORDS: Disability, permanent disability, discrimination, protection and jurisprudence.

SUMMARY: I. The evolution of the concept of disability: light and shadow study in judicial doctrine.- II. Change of course and interpretative criteria: permanent disability and disability. 2.1. Techniques for the effective protection of the rights of disabled workers. 2.2. Discrimination on the basis of disability: analysis of the Constitutional Court’s ruling 5/2022 of 24 January (amparo number 4120/2020).- III. Bibliography.

I. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD: LUCES Y SOMBRAS ESTUDIO EN LA DOCTRINA JUDICIAL

El Real Decreto Legislativo (en adelante, RDleg.) 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social², constituye en la actualidad la norma que define que la nación española se entiende por discapacidad. Indica el art. 2 en su letra a) que será discapacidad: “... 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”. Y serán personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias

² BOE nº 289, de 3 de diciembre de 2013. Un estudio completo y exhaustivo del marco y régimen jurídico regulador de la discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F. y MALDONADO MOLINA, J.A. (DIRS) y LÓPEZ INSUA, B.M. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (COORDS) *et alri*: *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020. Véase, asimismo, RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.

físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (art. 4.1 RDleg. 1/2013). Conceptos que, en definitiva, atienden a razones de índole social y que se refieren al reconocimiento por parte de la sociedad de las personas que muestran algún tipo de deficiencia³. De este modo, se incorpora al orden español el ansiado modelo social que tanto se venía proclamando a nivel comunitario y que, ciertamente, resulta de interpretación autónoma y uniforme en toda la Unión⁴.

Sin embargo, esta calificación legislativa aparentemente sencilla se complica cuando se relaciona los conceptos de incapacidad temporal (IT), incapacidad permanente (IP), enfermedad y discapacidad. Ello refleja el carácter evolutivo⁵ y amplio de la definición de discapacidad⁶. En efecto, ya el propio Preámbulo de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 -DO 2010-) hace referencia a esta idea, de ahí que el art. 1 otorgue una descripción amplia

³ BLASCO LAHOZ, J.F.: "La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad Social como instrumento para su desarrollo", *Revista de Información Laboral*, nº 11 de 2018, págs. 1 y 2 en su versión digital.

⁴ Sobre este cambio de paradigma que camina hacia la consideración de los factores sociales y biopsicosociales atendiendo a que se trata propiamente de un *fenómeno multidimensional*, véase MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: "El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., 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 exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 42 y ss. Se ha realizado que "no es correcta la frecuente interpretación del artículo 49 CE que ve en él, al margen de la obsoleta terminología que utiliza, una consagración de una visión meramente reparadora o médica del tratamiento de la discapacidad, ya que en su texto se incluye una protección jurídica desde un enfoque de derechos que puede considerarse como una justificación implícita de una consideración social de la discapacidad, luego reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y por la legislación interna que desarrolla el precepto constitucional y esa normativa internacional". Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO- FERRER, M: "Artículo 49", en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO- FERRER, M Y CASAS BAAMONDE, M.E (DirS) *et alrri: Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, pág. 1405. Para un estudio detenido sobre el art. 49 CE, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías (Artículo 49 de la Constitución Española)", en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (DirS.) *et alrri: Comentarios a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, págs.1755-1801.

⁵ Recuérdese que ya el mismo Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York del año 2006 indicaba que: "... la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la aptitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás".

⁶ LÓPEZ INSUA, B.M: "Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019. En una perspectiva más amplia, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018, *passim*.

de discapacidad a saber: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

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 art. 5 de la Directiva 2000/78 /CE⁷, 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” (art. 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 enfermedad⁸.

A este respecto, la Directiva 2000/78/CE prohíbe en sus arts. 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 art. 61 del Tratado de la Unión Europea), en cuyo art. 21.1 garantiza el principio de no discriminación por razón de discapacidad⁹.

⁷ De 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁸ Ver la sentencia del Tribunal de la Comunidad Europea de 11 de julio de 2006, C-13-05, Asunto *Chacón Navas*.

⁹ 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, indicando que “interesa retener asimismo el artículo 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 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

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, lo que le convierte, en cierto sentido y medida, en un concepto jurídicamente indeterminado en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea. En nuestro ordenamiento interno, el RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aporta una definición legal instrumental, conforme al cual se entiende por discapacidad “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” (art. 2.a) RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social).

Por ello, el concepto de “*discapacidad*” presenta una textura abierta y ha de entenderse referido a una “*incapacidad cualificada o agravada*” con una dimensión social, que inhabilita a la persona no ya para una actividad profesional, 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 individuos, incidiendo en su integración en la sociedad¹⁰. En este orden de ideas, no se ha de confundir Incapacidad Temporal con enfermedad de duración incierta, puesto que la incapacidad temporal tiene tasada legalmente su duración.

Precisamente, en esta lógica de superación del modelo médico-asistencial y enfatización del modelo social de igualdad e integración de las personas discapacitadas¹¹ es en donde se mueve la doctrina del TJUE más reciente. La sentencia

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)”. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.4004>. Véase también, en este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L Y MALDONADO MOLINA, J.A: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L (DIRS Y COORDS) *et altri: 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 MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L (DIRS Y COORDS) *et altri: 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.

¹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*, Albacete, Bomarzo, 2018.

¹¹ 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 RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F Y LÓPEZ INSUA, B.M (Coords.) *et altri: Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación* (I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la

del TJUE 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 duradera¹². 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 crónicas (y frecuentemente de pronóstico incierto) a efectos de discapacidad. Por lo que, amplía 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 discapacidad¹³.

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 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

Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS) celebrado en Madrid, octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017, págs. 870 y ss.

¹² MONTOYA MEDINA, D: “Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021, págs. 60 y ss.

¹³ 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 ss.

consecuencia¹⁴. Por lo que cobrará aquí una enorme relevancia el sentido técnico-jurídico que el juez nacional otorgue al concepto de discapacidad, conforme al art. 2. a) del RDleg. 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 Tribunal Superior de Justicia español 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 (STSJ 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 la situación jurídica de las trabajadoras queda incluida en el concepto de discapacidad al que se refiere la Directiva 2000/78/CE.

Finalmente, cabe citar el pronunciamiento del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18, caso DW y Nobel Plastiques Ibérica S.A) en donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada mediante auto¹⁵, emitido por el Juzgado de lo Social nº 3

¹⁴ LAHERA FORTEZA, J: “Despidos durante la baja médica”, ver en https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/02/20/economia/1487611309_151243.html#articulo-comentarios, el cual entiende -como cuestión controvertida- 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”.

¹⁵ 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 art. 2.2.b de la Directiva 2000/78 la

de Barcelona a fecha de 30 de mayo de 2018, y cuyo principal punto radica sobre si una trabajadora especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo es asimilable al concepto de “discapacidad” a efectos de declarar nulo o no su despido¹⁶.

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*”¹⁷. 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

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 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 art. 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 art. 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?

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

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 funcional 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” (que no cabe equiparar necesariamente con “permanente”, ni con “definitiva”, pues puede producirse una “reversión” de la discapacidad), debiéndose valorar la misma en el momento en que se produjo el hecho supuestamente discriminatorio.

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 de dicha calificación jurídica directamente a éste.

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-)¹⁸ deja 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. Constituye una obligación jurídica ese deber de adaptación y ajuste razonable, con la única excepción de que se acredite la concurrencia

¹⁸ 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 Unión Europea*, nº 102, 2022.

de la referida “carga excesiva” para el empresario valoradora en términos que no tienen por qué ser exclusivamente económicos.

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” como *medida de flexibilidad interna elusiva del despido* (típica medida, ésta, de flexibilidad externa de salida). 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, incumbiéndole la carga de la prueba de que existe efectivamente esa “carga excesiva” capaz de exonerarle de llevar a cabo los “ajustes razonables” de *flexibilidad interna*. 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 obligación jurídica de destinar a una persona discapacitada a otro puesto de trabajo sólo operará cuando exista un puesto disponible o vacante que el mismo pueda ocupar al ser compatible con su situación de discapacidad funcional. Pero teniendo siempre en cuenta que "la carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades" (art. 5, último párrafo, 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).

II. CAMBIO DE RUMBO Y CRITERIOS INTERPRETATIVOS: INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD

La discapacidad y la incapacidad son términos que se relacionan, pero que se diferencian desde el punto de vista conceptual y técnico-jurídico¹⁹. Ambas figuras producen cierta confusión, sobre todo cuando se trata de una incapacidad de carácter permanente y ello es porque se ha sustituido la antigua expresión "invalidez" por la de incapacidad permanente que regula el art. 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social. Mientras la incapacidad permanente del Sistema de Seguridad Social gira en torno al componente profesional²⁰, lo que supone una imposibilidad o dificulta el trabajo en algún grado (que puede tener carácter sobrevenido²¹), la discapacidad se refiere a una condición del ser humano que, de forma general, abarca las deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones de participación de una persona. El despliegue de la protección legal derivada de las

¹⁹ 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.

²⁰ TOMÁS JIMÉNEZ, N: "Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad", en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F Y MALDONADO MOLINA, J.A (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M. Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (COORDS) *et altri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 739 a 743.

²¹ Junto al concepto de incapacidad permanente hay otros cercanos al mismo, pero distintos, como son el de persona con discapacidad y el de persona dependiente. Para el concepto de persona dependiente y su delimitación y conexión con la discapacidad, puede remitirse a otro capítulo de esta misma obra. También puede verse ITURRI GÁRATE, J. A.: "Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes" en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) *et altri: Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2008.

situaciones de incapacidad y de discapacidad se vincula necesariamente a un presupuesto de hecho: que efectivamente se halle constatada la incapacidad o la discapacidad, administrativa o judicialmente.

Antes de entrar en materia cabe distinguir entre la incapacidad permanente de la protección que, en caso de lesiones permanentes no invalidantes recoge el art. 201 y ss. RDleg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS). Y es que, aunque ésta última suponga una disminución o alteración de la integridad física del trabajador por una contingencia profesional, lo cierto es que no llega ésta a incapacitar para el desempeño de la actividad profesional, aunque pueda la misma dejar alguna secuela de importancia que implique la percepción de una indemnización tipificada en el baremo correspondiente.

Las diferencias entre discapacidad e incapacidad laboral se evidencian si se analiza la finalidad que persiguen una y otra, ya que la incapacidad permanente se basa en satisfacer una prestación económica sustitutiva de las rentas que no pueden obtenerse por no poder trabajar, valorándose su capacidad profesional mermada de forma sobrevenida por su estado de salud, observando aspectos como “un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia” (STSJ de Navarra de 21 de septiembre de 2011), mientras que la discapacidad tiende a procurar la equiparación de oportunidades compensando las desventajas sociales que las situaciones discapacitantes generan valorando a las capacidades de la persona y su relación con el entorno en aras de facilitar su inclusión en la sociedad. Tanto la discapacidad, como la incapacidad permanente tienen que ser reconocidas y declaradas por equipos de valoración que son, en sendos casos distintos²². En el caso de la discapacidad es irrelevante el momento en el que aparece, pudiendo ser de nacimiento o ser sobrevenida; mientras que en la incapacidad permanente se exige su manifestación (o agravamiento) posterior a la afiliación en la Seguridad Social²³.

2.1. Las técnicas de tutela efectiva de los derechos de los trabajadores incapacitados y discapacitados

Las relaciones entre la IP y la discapacidad resultan conflictivas, de ahí que ya el Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2020 (recurso nº 156/2020) haya aclarado que el

²² TOMÁS JIMÉNEZ, N: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad” ..., op.cit., pág. 742.

²³ GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 221, 2019 (BIB 2019\5830).

reconocimiento de una incapacidad permanente (ya sea total, absoluta o por gran invalidez) no da derecho al reconocimiento automático de una situación de discapacidad a todos los efectos; pero sí a la *equiparación legal* prevista en el apartado 2 del art. 4 RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social²⁴.

²⁴ Se trata de la *equiparación instrumental a efectos de tutela protectora* prevista explícitamente en el apartado 2 del art. 4 (“Titulares de los *derechos*”) RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, conforme al cual: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos [*rectius* a todos los efectos de este Real Decreto Legislativo], tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. *Se considerará [reténgase el imperativo categórico] que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tenga reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez*, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Las normas que regulen los *beneficios o medidas de acción positiva* podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”. Para las consecuencias jurídicas en la tutela protectora y en la titularidad de los derechos de esta asimilación o equiparación *ope legis*, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017, *passim*. Cuestión relevante, por ejemplo, cuando la incapacidad permanente sobreviene durante la vida activa profesional y la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente pretende incorporarse a la empresa de procedencia (en una típica transición de ida y vuelta a la actividad profesional “debilitada” por el grado de incapacidad permanente). Piénsese, por ejemplo, en la operatividad del art. 35 (“Garantías del derecho al trabajo”), art. 40 (“Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo”, en el marco del “Empleo ordinario”) RDleg. 1/2013; o en el art. 25 (“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Los ajustes razonables en tales casos impiden que el trabajador que es declarado como afecto de una incapacidad permanente total o absoluta pueda ser despedido por el empleador ex art. 49.1.e) ET automáticamente sin que se intente llevar a cabo los ajustes razonables (desde el punto de vista jurídico una IP total no impide realizar otras tareas o puestos de trabajos distintos a los anteriormente desempeñados en la empresa de procedencia), y que, en su caso, aquél acredite la prueba pertinente de que ello le supone una “carga excesiva”. Todos ellos en relación con el art. 15.1.d) LPRL (adaptación dinámica del trabajo a la persona), que transpone en nuestra legislación el art. 6.2,d) de la Directiva-Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Véase RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MÁRQUEZ PRIETO, A. (DIRS) *et altri: La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889; *Ibid.*, *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019, págs. 43 y ss., y 195 y ss.

Por otra parte, la STJUE de 10 de febrero de 2022, as.C-485/20: HR Rail, declara que el concepto de ajustes razonables para las personas con discapacidad recogido en el art. 5 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) debe ser interpretado en el sentido de que un trabajador al cual se le reconozca una discapacidad sobrevinida vigente en el trabajo que le impida desarrollar las funciones esenciales del puesto para el cual fue contratado y que venía desarrollando debe ser destinado a otro puesto para el cual se disponga de las competencias, capacidades y la disponibilidad exigidas. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L., y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principios de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 2022,

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 doctrinal²⁵. Y ello es porque existe un cierto interés de la persona que ha sido declarada en incapacidad permanente en intentar que también se le reconozca discapacitada, para tratar de acceder a ventajas laborales, económicas, fiscales... y, de igual modo, la persona que es declarada discapacitada, si reúne los requisitos exigidos, suele intentar obtener también prestaciones de la Seguridad Social iniciando procedimientos de incapacidad permanente (contributiva y/o no contributiva); y de forma similar, ocurre con la dependencia. No existen, entre ambas figuras, “vasos comunicantes automáticos”, aunque sí es importante conocer que hay puntos de conexión²⁶; pero sí “vasos comunicantes legalmente establecidos” como los que infieren expresamente del citado artículo 4, apartado 2 RDleg. 1/2013. Resulta importante, en este punto, conocer las diferencias y puntos de proximidad entre ambas figuras para así marcar las fronteras o líneas que las separan y los puntos de conexión que las unen. Sin embargo, resulta innegable que la persona trabajadora que es declarada incapacitada permanente sobrevenida tiene derecho al trabajo con los correspondientes ajustes razonables -salvo prueba empresarial de carga excesiva- sin que automáticamente pueda ser objeto de despido ex art. 49.1.e) ET. Y ello con amparo no sólo en el RDleg.

as.C-485/20: HR Rail”), *La Ley Unión Europea*, nº. 102, abril, 2022 (Editorial Wolters Kluwer), págs. 1-22.

Previamente, con arreglo al apartado 1 del art. 4 (“Titulares de los derechos”) del RDleg.1/2013, se establece estipulativamente que “son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Se aprecia aquí la relevancia del modelo social presente en el hecho social de la discapacidad multidimensional, que lógicamente más allá de una específica disfuncionalidad profesional.

²⁵ Por todo ello, cuando se le reconoce a un trabajador una prestación por incapacidad permanente no deberá entenderse sin más 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. En este sentido SEOANE RODRÍGUEZ, J. A: “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos”, en BLÁZQUEZ PEINADO, M. D. Y BIEL PORTERO. I. (COORDS) *et altri*: *La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. Ahora bien: sin que sea posible desconocer tampoco la equiparación instrumental que se establece *ope legis* en el apartado 2 del art. 4 (“Titulares de los derechos”) del RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que matiza legalmente la afirmación doctrinal de los autores anteriormente citados. Véase lo indicado en la nota 23.

²⁶ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *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*, celebrado en Madrid, octubre de 2017), Murcia. Laborum. 2017, págs. 791-801, que expone claramente las diferentes “pasarelas”, y su oportunidad, que pueden relacionar las situaciones de discapacidad, incapacidad laboral, invalidez, dependencia o incapacidad judicial, si bien señala que no son absolutas ni automáticas entre todas ellas (p. 791).

1/2013 (en los términos matizados ya indicados aquí), sino también por la preceptiva aplicación del art. 25 (“Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos”) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

La incapacidad permanente se encuentra regulada en los arts. 193 y ss. LGSS en donde se aclara que: “...es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. De dicho concepto legal se desprenden cuatro elementos que integran el hecho causante²⁷: 1) Existe una determinación objetiva mediante dictamen científico-médico; 2) una reducción de la capacidad para trabajar; 3) las lesiones deben ser permanentes o previsiblemente definitivas y 4) persistencia previsiblemente definitiva de una alteración grave del estado de salud, pese a haber seguido un tratamiento e independientemente del carácter común o profesional de la contingencia.

Resulta especialmente conflictivo el último elemento de cara a la determinación de las fronteras entre la IP y la discapacidad. Y ello es porque, inicialmente, se exigen que las lesiones sean posteriores a la afiliación o al alta en la Seguridad Social, por lo que si dichas lesiones son previas no son evaluables a efectos de incapacidad permanente, considerándose con carácter general sólo protegible la incapacidad sobrevenida al trabajador. Quedan, por tanto, excluidas las lesiones congénitas o adquiridas con anterioridad a tener dicha condición, en aras de evitar lo que se podría considerar una especie de “compra de pensiones” si se permitiese que, a través de la afiliación, el alta y la cotización (durante un período de carencia ostensiblemente menor al requerido para la jubilación) en una fecha posterior a aquella en la que la contingencia protegida (la situación de incapacidad permanente) ya se habría materializado²⁸. Por su parte, el art. 193 LGSS, en su segundo párrafo, realiza una inclusión expresa al prever que: “... las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con

²⁷ Sobre estos elementos puede consultarse más ampliamente, entre otros, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^a. N. Y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2021, págs. 276 y ss.; DE VAL TENA, Á. L.: “Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto...”, op.cit., págs. 772-792.

²⁸ En ese sentido, PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquélla (Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcd 3907/2014 [JUR 2016, 193867])”, *Aranzadi digital*, nº 1, 2016, (BIB 2016/4963).

posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación²⁹. En otras palabras, si se produce una agravación de las lesiones preexistentes con efectos invalidantes para el trabajo sí procederá el reconocimiento de la prestación correspondiente, pues la agravación de las dolencias anteriores a la afiliación o el alta es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta que anule la capacidad laboral que permitió al afectado realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social. De este modo, se protegen situaciones de discapacidad sobrevinida o agravada a la afiliación del trabajador para producir la incapacidad permanente.

En el caso de una gran invalidez resultará necesario que las reducciones anatómicas o funcionales de carácter genético no se hayan producido antes de la afiliación o alta del trabajador, de lo contrario no podrán ser tenidas en cuenta para causar protección por este grado de incapacidad, salvo cuando se traten de personas con discapacidad en las que se hubiera producido el agravamiento que recoge el art. 193.1, 2º párrafo LGSS. Ahora bien, en este último caso, la valoración deberá hacerse partiendo de la capacidad ya reducida que presentaba el propio trabajador. Ciertamente, la doctrina del Tribunal Supremo ha seguido aquí una línea evolutiva que resulta interesante analizar.

Primeramente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2016 (recurso nº 675/2016) se afirma que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de la unificación de doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general. Ahora bien, cuando pueda apreciarse la existencia de contradicción entre las sentencias al constatarse la discrepancia entre las resoluciones al interpretar el tratamiento que debe darse a un mismo hecho: acreditar los actores la necesidad de una tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al ingreso en el Sistema de Seguridad Social. Así, resulta que en ambos casos se trata de beneficiarios que acreditan la necesidad de asistencia de tercera persona para los actos esenciales de la vida con anterioridad al alta en el Sistema de Seguridad Social. Los servicios prestados tras el alta en Seguridad Social son en ambos casos para la ONCE. Ambos acreditan la agravación de sus lesiones durante la prestación de

²⁹ La jurisprudencia marcó el origen de esta apartado ya que si bien inicialmente venía negando que esas dolencias previas pudiesen tenerse en cuenta a los efectos de la declaración de la IP, la STS de 26 de enero de 1999 (rec. 5066/1997), entre otras, abren una nueva línea jurisprudencial inclusiva que desemboca en la Ley 35/2002, que modificó el entonces art. 136.1 LGSS.

servicios. En el caso de la sentencia recurrida por un traumatismo y en la de contraste por degeneración de las dolencias previas. Y a ambos trabajadores se les reconoce por el INSS la situación de incapacidad permanente absoluta, solicitándose en ambos casos el reconocimiento de la situación de gran invalidez³⁰. De este modo, el Tribunal Supremo entra a conocer al entender que se trata de una cuestión jurídica y no fáctica: existe sustancial identidad fáctica acompañada de interpretaciones diversas del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, el Tribunal Supremo aclara que las lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a esas situaciones o contingencias, como son las atenciones a las personas con discapacidad. No obstante, en el caso de concurrir el analizado párrafo segundo del citado precepto que prevé la protección vía IP de las personas con discapacidad agravada, “habrá que determinar si concurren los supuestos configuradores de los distintos grados de invalidez permanente, pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que presentaba el propio trabajador. En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral. Ello implica que la lesión preconstituida queda extraordinariamente relativizada en estos supuestos en los que, aun existiendo antes de la afiliación, el encuadramiento se ha producido teniendo en cuenta ya los padecimientos y la situación clínica del trabajador.

Por todo ello y teniendo en cuenta que el actor, “... con anterioridad al ingreso en el mundo laboral, una situación clínica que ya exigía la ayuda de una tercera persona, tal circunstancia no debe ser tenida en cuenta a efectos de la configuración de la nueva situación protegida que se produce como consecuencia exclusiva de la pérdida de la capacidad de trabajo que hasta entonces tenía el trabajador; de ahí que se le reconozca, por agravamiento de las lesiones que padecía y la aparición de otras nuevas, una Incapacidad Absoluta para todo Trabajo, pero, por lo mismo, ello le impide el reconocimiento de la Gran Invalidez, puesto que la situación clínica que podría dar lugar a la misma ya la padecía con anterioridad a su ingreso en el mundo laboral, sin que las

³⁰ Se estiman las sentencias del TJS de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2006 (rec. 3807/2005) (sentencia de contraste), que procede la gran invalidez. En contra, cabe citar la sentencia del TJS Asturias de 24 de octubre de 2014 (rec. 2034/2014) (sentencia recurrida).

nuevas lesiones o el agravamiento de las ya padecidas hayan tenido ninguna incidencia a los efectos invalidantes que se pretenden³¹.

Otro tema que resulta muy conflictivo es el relativo a los distintos grados de incapacidad permanente y, en particular, a la relación que se refiere a la discapacidad e IP absoluta, total y gran invalidez. Todo ello, deviene de lo preceptuado en el art. 4.2 RDleg. 1/2013, sobre los derechos de las personas con discapacidad, en donde se indica lo que sigue: "...tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad". El problema, en este punto, deviene de la posible equiparación de entre discapacidad e incapacidad permanente³².

El Tribunal Supremo ha debido pronunciarse, en varias sentencias³³, para zanjar este polémico tema. Entiendo el Alto Tribunal que el 33% de discapacidad no se atribuye de manera automática a los afectados por una Incapacidad Permanente, al entender que el art. 4.2 RDleg. 1/2013, de 29 de noviembre, contiene una regulación «ultra vires» en relación con el mandato de desarrollo del Texto refundido que le otorgaba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, la cual mantenía en sus propios términos el derogado art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, en la que se basaba la doctrina tradicional de la

³¹ El Tribunal Supremo consolida esta doctrina en sentencias posteriores, a saber: las SSTS nº 730/2018 de 10 julio (RJ\2018\4148), y nº 408/2018 de 17 abril (RJ 2018\1798). Sendas sentencias se pronuncian sobre agentes vendedores de cupones de la ONCE que, con anterioridad a su alta en el Sistema de Seguridad Social, presentaban patologías que hacían necesaria la ayuda de una tercera persona y que, con posterioridad, sus dolencias se ven agravadas impidiéndoles realizar el trabajo que venía desempeñando.

³² TOMÁS JIMÉNEZ, N: "Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad" op.cit.; GARCÍA VALVERDE, M^a. D: "A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. nº 49/200714, 2007 (BIB 2007\1780); MORENO PUEYO, M. J: "Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 220, 2019, (BIB 2019\6158).

³³ Véanse las sentencias de 29 de noviembre de 2018 (STS nº 992/2018, rec. 3382/2016; STS nº 993/2018, rec.1826/2017; STS nº 994/2018 rec. 239/2018). En particular, la sentencia de 29 de noviembre de 2018 analiza si en los casos en los que un beneficiario de Seguridad Social tiene reconocido el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez se le ha de reconocer -al amparo de lo previsto en el art. 4.2 RDleg. 1/2013-, de manera automática y a todos los efectos, el 33% de discapacidad, o, por el contrario, esa atribución no cabe hacerla en esa forma porque el precepto del Texto Refundido incurre en «ultra vires» en relación con la autorización normativa concedida para desarrollar normativamente la Ley 26/2011, de 1 de agosto, entendiéndose -en tal caso- que se quiere decir tan sólo a efectos de lo previsto en el RDleg. 1/2013.

Sala en este tema. A juicio del Tribunal Supremo el reconocimiento de una IP (en grado total, absoluta o de gran invalidez) no equivale, de forma automática, a una discapacidad, a saber: "... la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003. Así se indica de manera expresa en el art. 10 LISM, que atribuye a 'equipos multiprofesionales de valoración', entre otras competencias, 'la valoración y calificación de la presunta minusvalía, determinando el tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación' (art 10.2.c. LISM). La disposición reglamentaria que desarrolla esta competencia de valoración y calificación es el RD 1971/1999, que contiene en su Anexo I un baremo de los valores porcentuales que corresponden a diferentes dolencias o enfermedades con secuelas discapacitantes» (STSS 21/3/2007 (rcud. 3872/2005); 7/7/2008 (rcud. 1297/2007); 7/4/2016 (rcud. 2026/2014)- entre otras muchas) sigue vigente bajo la nueva norma y ese 33% se atribuye exclusivamente a los propios efectos de la Ley 26/2011, no «a todos los efectos», resultando palmario que si el legislador quería mantener en sus términos la dicción literal del precepto que equiparaba al 33% de discapacidad a los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez a los exclusivos efectos de esa ley, "... no estaba en su espíritu la extensión de este beneficio a todos y cualquiera de los múltiples, variados y muy heterogéneos efectos que despliega en distintas ramas de nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de un grado de discapacidad".

A la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2018 se formula voto particular por parte de la Magistrada Doña Rosa María Viroles (y a la que se adhieren el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina y el Magistrado Excmo. Sr. D. José Manuel López García de la Serrana), quien entiende que el art 4.2 RDleg. 1/2013 no contiene una regulación "ultra vires", y que el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, equivale automáticamente a la condición de discapacidad en su grado mínimo (es decir del 33%). Aluden a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ello "supone la consagración del cambio de paradigma del enfoque de las políticas sobre discapacidad. Supera definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad para abordar una basada en los derechos humanos". Afirman que el marco de la asimilación que se contiene en el Texto refundido es el mismo que existía antes, aunque ahora se ha encajado en el conjunto de servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en el Texto Refundido.

Esta doctrina se ha visto, a posteriori, ratificada por las SSTS nº 156/2020, de 19 de febrero y nº 302/2020, de 12 de mayo³⁴, al considerar que- efectivamente- el art. 4.2 de la Ley de Discapacidad ha incurrido en *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, porque no ha respetado el contenido del art.1 de la propia Ley 26/2011, de 1 de agosto , que, además de atribuirle esa delegación, ratifica el contenido de aquel art. 2.1 de la Ley 51/2003 en los términos que hemos expuesto, y que se han visto sustancialmente alterados en la redacción final del texto refundido, al sustituir la frase “a los efectos de esta ley” por la de “a todos los efectos”, en una evidente alteración del mandato legislativo que modifica de manera esencial el texto que debía refundir, hasta el extremo de que su aplicación conduciría a una interpretación contraria a la mantenida hasta ahora por el Tribunal Supremo conforme al contenido de la norma que el legislador no ha querido variar.

Tras esta doctrina se han abierto otros interrogantes³⁵, sobre todo respecto a los certificados de discapacidad que equipararon el grado de 33% a personas con grado inferior por asimilación o equiparación a situaciones de incapacidad permanente. Y es que, todos ellos, han dejado de tener validez a todos los efectos legales. Por otra parte, la doctrina se pregunta por las personas que accedieron a una plaza de empleo preferente u obtuvieron un tratamiento fiscal más favorable³⁶; teniéndose que respetar las situaciones adquiridas o consolidadas antes de la declaración de “ultra vires”.

2.2. Discriminación por razón de discapacidad: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional 5/2022, de 24 de enero (número de recurso de amparo 4120/2020)

La pensión de jubilación constituye otro punto conflictivo que se confunde, a veces, con la discapacidad e incluso con la incapacidad permanente debido al factor “edad” y la longevidad. Así es, la jubilación, que su razón de ser radica en la “vejez” (sin que ello suponga automáticamente la incapacidad para trabajar; lo que de entenderse así en sus propios términos indiferenciados podría ser, entre otras cosas, contrario al derecho constitucional al trabajo ex art. 35.1 CE), puede coincidir con la pérdida de capacidad y ello es debido a que se relaciona con la edad. En el caso del Régimen de clases pasivas la cuestión se vuelve aún más conflictiva debido a que se prevé la “jubilación por incapacidad”, pues -como regla general- a partir de la edad ordinaria de jubilación no se

³⁴ VICENTE PALACIO, M.A: “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, *Revista Jurisprudencia Laboral*, nº 6 de 2020.

³⁵ TOMÁS JIMÉNEZ, N: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad” ..., op.cit.

³⁶ TOMÁS JIMÉNEZ, N: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad” ..., op.cit.

puede acceder a la situación de incapacidad permanente. En esta línea, varias sentencias del Tribunal Supremo³⁷ niegan el acceso a la incapacidad permanente desde una situación previa de jubilación por discapacidad y, de igual modo, impiden el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de gran invalidez (o en cualquier otro) y, en su caso, el cálculo de la base reguladora que procedería reconocer. Matiza el Tribunal Supremo su postura anterior tendente a permitir que una persona en situación de jubilación anticipada sí pudiese ser declarado en situación de incapacidad permanente hasta que cumplierse la edad ordinaria de jubilación, entendiendo ahora que quien accede a la jubilación con edad inferior a la ordinaria por razón de su discapacidad -anticipada, según la norma-, no puede acceder a la pensión de incapacidad permanente, ya que su jubilación se ha realizado según su edad ordinaria (ficticia)³⁸. Son pronunciamientos polémicos, tal y como pone de manifiesto el voto particular en donde sí se acepta el tránsito desde la jubilación por discapacidad a la incapacidad permanente. Afirman los magistrados discrepantes que, con esta negativa, se incurre en una discriminación por discapacidad prohibida por la Constitución Española y los arts. 4.2 c) y 17.1 ET³⁹.

La prestación contributiva de incapacidad permanente proporciona a la persona beneficiaria una renta de sustitución ante la situación de necesidad por la reducción o falta de ingresos que conlleva la disminución o anulación definitiva de su capacidad de trabajo⁴⁰, mientras que en la prestación no contributiva se observa especialmente la concurrencia del requisito de carencia de rentas suficientes (“umbral de pobreza”) y estar afectado por una discapacidad o enfermedad crónica, independientemente del impacto en la capacidad de trabajar⁴¹.

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

³⁷ Véanse las SSTS de 29 de junio de 2020 (nº 541/2020, rec. 1062/2018) y 1 de julio de 2020 (nº 563/2020, rec.1935/2018),

³⁸ TOMÁS JIMÉNEZ, N: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad” ..., op.cit., págs. 743 y ss.

³⁹ Véase https://miquelonarenas.blogspot.com/2020/07/sts-relevantes-en-materia-de-seguridad_31.html, considerándose que la sentencia es injusta.

⁴⁰ Puede verse un estudio exhaustivo de la incapacidad permanente y su evolución hasta la fecha de su publicación, entre otros, en ROQUETA BUJ, R., FERNÁNDEZ PRATS, C.: *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014. En esta línea, RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) *et alrri: Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*, Cizur Menor Navarra, Thomson-Aranzadi, 2008.

⁴¹ DE VAL TENA, Á. L.: “Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos”, en MONEREO PÉREZ, J.L.,; RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRS), MALDONADO MOLINA, J. A., DE VAL TENA, Á. L. (Coords.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Murcia, Laborum. 2017, pág. 772.

cual se traduce en una discriminación por razón de discapacidad. Aspecto que prohíbe, claramente, el art. 14 de la Carta Magna. A este fin, resulta interesante el estudio de la doctrina sentada en la STC 5/2022 de 24 de enero (recurso de amparo nº 4120/2020)⁴².

Los hechos que describe el Tribunal Constitucional 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 artículo 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 nº 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.

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%, sin que el caso sea equiparable a los resueltos por el Tribunal Supremo, que se refieren a jubilación anticipada por pérdida de empleo del

⁴² 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*, nº 3/2022.

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 causas⁴³, máxime cuando se cumplen con todos los requisitos que establece el RDleg. 8/2015, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (art. 195.1 párrafo 2, que remite al art. 205.1 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

⁴³ 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 artículo 195.1, párrafo segundo, LGSS, por remisión al artículo 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”.

de las personas con discapacidad del año 2006, buscando corregir así todas aquellas discriminaciones que en materia de discapacidad se producen en la práctica⁴⁴.

En esta misma línea, se pronuncia la STS 379/2022 de 27 de abril de 2022⁴⁵. De este modo, el Alto Tribunal da un importante giro doctrinal, rompiendo con la línea que -hasta ahora- venía manteniendo el Tribunal Constitucional en sus sentencias 127/2021 y 191/2021, al declarar el derecho de acceso a una incapacidad permanente desde una jubilación anticipada por discapacidad. En concreto, se estudia aquí la posibilidad de que un jubilado anticipado con discapacidad que aún no ha cumplido la edad de jubilación establecida en el art. 205.1 a) LGSS, pueda acceder a una situación de incapacidad permanente.

Acertadamente señala el Tribunal Supremo que la doctrina que venía manteniéndose desde el año 2018 “produce como resultado una discriminación no justificada para el recurrente con discapacidad”. Y ello porque impide que las personas con discapacidad y en situación de jubilación anticipada puedan acceder a una prestación por IP, pese a haber cumplido el único requisito exigido por la norma, esto es, una determinada edad.

Conforme al principio de igualdad y no discriminación que consagran los arts. 14 CE, 4.2 c) y 17 ET, el Tribunal Supremo entiende que no es posible seguir manteniendo aquella línea doctrina porque la misma provoca una especie de “doble discriminación positiva” que, ahora, se trata de corregir pues se tratan, claramente, de “planos valorativos diferentes”. En efecto, defiende el Alto Tribunal que “el legislador, en el ejercicio legítimo de su libertad de configuración del sistema, no ha establecido otro requisito que el de una determinada edad (65 o 67 años) para acceder a una prestación, de forma que no impide su acceso desde una situación de jubilación anticipada, ni distingue entre las causas o presupuestos de este tipo de jubilación para acceder a la incapacidad permanente” (art. 195.1 LGSS). Lo contrario “... genera una diferencia de

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Recurso nº 184/2019. En este caso, el demandante se encontraba en alta en la Seguridad Social desde el año 1977. En el año 1982 sufre un accidente de tráfico que le provoca diversas lesiones que determinaron que necesitase una silla de ruedas para poder desplazarse. Por todo ello, desde el año 1987 tenía reconocida una minusvalía del 90%. Sin embargo, desde 1998 hasta 2015 trabajó como agente vendedor de la ONCE. En ese año le fue reconocida una pensión de jubilación por discapacidad. En 2017 solicitó una incapacidad permanente ante el INSS, que le fue denegada por no presentar “reducciones anatómicas o funcionales que disminuyeran o anularan su capacidad laboral”.

La demanda interpuesta ante el Juzgado nº 3 de Logroño fue desestimada. Empero, el 2018 el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja reconoció que, en efecto, el demandante estaba afecto por una gran invalidez. En dicha sentencia ya se entendió que era posible acceder a la invalidez permanente desde la situación de jubilación anticipada por discapacidad. Aunque el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social recurrieron en casación para la unificación de la doctrina, el Tribunal Supremo -en la presente sentencia- confirma la resolución impugnada.

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”.

Por todo ello, no puede interpretarse la ley más allá de su sentido literal y teleológico, en tanto que la misma no hace distinción alguna en esta materia, “el establecimiento de una diferencia de trato para los supuestos de jubilación anticipada por razón de discapacidad podría suponer una discriminación proscrita por el principio general reconocido en el artículo 14, segundo inciso, de la Constitución Española”, por el que se prohíbe cualquier discriminación.

III. BIBLIOGRAFÍA

CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

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 MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS Y COORDS) *et altri: 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 ASÍS, R.: “De nuevo sobre Constitución y discapacidad”, *Universitas*, N°31, 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.

DE VAL TENA, Á.L.: “Capítulo 7. Incapacidad permanente. Concepto, grados y requisitos”, en MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRS.); MALDONADO MOLINA, J.A.; DE VAL TENA, Á.L. (COORDS.): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social. Tomo I*, Murcia, Laborum, 2017.

ENGISCH, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Capítulo 3. Incapacidad permanente y trabajadores de edad avanzada”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. (DIRS.) *et altri: Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada, Comares, 2019.

GARCÍA VALVERDE, M^a.D.: “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n° 49/200714, 2007.

GARCÍA SABATER, A.: “El Tribunal Supremo vuelve a establecer la necesaria distinción entre discapacidad e incapacidad permanente laboral”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 221, 2019 (BIB 2019\5830).

ITURRI GÁRATE, J. A.: “Incapacidad permanente y personas con discapacidad y dependientes” en RIVAS VALLEJO, P. (Dir.) *et altri: Tratado médico-legal sobre incapacidades laborales: la incapacidad permanente desde el punto de vista médico y jurídico*. Cizur Menor Navarra. Thomson-Aranzadi, 2008.

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 MONEREO PÉREZ, J.L.; FERNÁNDEZ BERNAT, J.A Y LÓPEZ INSUA, B.M. (DIRS Y COORDS) *et altri: Las políticas activas de empleo. Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2016.

LÓPEZ INSUA, B.M.: “Despido discriminatorio por razón de discapacidad y transversalidad de género”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019.

LÓPEZ INSUA, B.M.: “La inclusión social de las personas con discapacidad desde un enfoque de derechos, principios de justicia y obligaciones generales”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M. Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (COORDS) *et atri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

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*, nº 3/2022.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L.: *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L, GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á.L., PÉREZ BUENO, L.C. Y LIDÓN HERAS, L. (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M. (COORD) *et atri: El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

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 MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M. Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (COORDS) *et atri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

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*, nº 177, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L., GORELLI HERNÁNDEZ, J., DE VAL TENA, Á.L. (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M. (COORD) *et alri: El trabajo decente*, Granada, Comares, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F. Y MALDONADO MOLINA, J.A. (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M. Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (COORDS) *et alri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

MONEREO PÉREZ, J.L Y LÓPEZ VICO, S.: “Trabajadores con discapacidad: principio de igualdad de trato y alcance del concepto de ajustes razonables (STJ 3^a 10 de febrero de 2022, as. C-485/20: HR Rail)”, *Revista La Ley Unión Europea*, nº 102 de 2022.

MONEREO PÉREZ, J.L Y MALDONADO MOLINA, J.A.: “Integración de las personas discapacitadas (Artículo 26)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS Y COORDS) *et alri: 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 MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M^a.N. (DirS y CoordS) *et alri: Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L., ORTEGA LOZANO, P.G.: “El cambio de paradigma en el enfoque de los derechos fundamentales en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIERNO, F Y MALDONADO MOLINA, J.A (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (COORDS) *et alri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, págs. 42 y ss.

MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La complejidad de la incapacidad permanente y la necesidad de su abordaje”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, nº 8, 2016.

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 RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F. Y LÓPEZ INSUA, B.M. (COORDS.) *et alri: 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), celebrado en octubre de 2017), Murcia, Laborum, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al trabajo en la Carta Social Europea (Artículo 1 de la Carta Social Europea Revisada)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS. Y COORDS.) *et altri: 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.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Protección en caso del despido injustificado (Artículo 30)”, en MONEREO ATIENZA, C. Y MONEREO PÉREZ, J.L. (DIRS. Y COORDS.) *et altri: 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.: “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.

MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., QUESADA SEGURA, R., MORENO VIDA, M^a. N. MÁRQUEZ PRIETO, A., Y MALDONADO MOLINA, J. A.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos. 2021.

MORENO PUEYO, M.J.: “Asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad. Alcance y límites”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 220, 2019.

MONTOYA MEDINA, D.: “Algunas cuestiones interpretativas asociadas a las cláusulas convencionales reguladoras de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por incapacidad permanente”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 28, 2021.

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 ARENAS ESCRIBANO, R Y CABRA DE LUNA, M.A (Coords) *et altri: Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015.

NUSSBAUM, M.C.: *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, Barcelona, Paidós, 2012.

PANIZO ROBLES, J.A.: “De nuevo sobre las dolencias previas a la afiliación a la Seguridad Social: si la situación de dependencia existe antes de la afiliación a la Seguridad Social, no cabe lucrar pensión de gran invalidez, salvo agravación de aquélla

(Con ocasión de la STS de 19 de julio de 2016. Rcd 3907/2014 [JUR 2016, 193867])”, *Aranzadi digital*, nº 1, 2016, (BIB 2016\4963).

PÉREZ BUENO, L.C: “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, en PÉREZ BUENO, L. C (Ed) *et altri: 2003-2012: Diez años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*, Madrid, Cinca, 2012.

RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *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, Celebrado en Madrid, octubre 2017)*, Murcia, Laborum. 2017.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A: “La compatibilidad entre la pensión de incapacidad permanente y el trabajo por cuenta propia: una vía para el emprendimiento de las personas con discapacidad”, *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, celebrado en Madrid, octubre, 2017)*, Murcia, Laborum. 2017.

ROQUETA BUJ, R.; FERNÁNDEZ PRATS, C: *La incapacidad para trabajar*, Madrid, La Ley, 2014.

RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2019.

RUIZ SANTAMARÍA, J.L.: “La adaptación del puesto de trabajo y la adopción de medidas preventivas y de protección del trabajador con discapacidad, en MONEREO PÉREZ, J.L., y MÁRQUEZ PRIETO, A. (DIRS) *et altri: La política y el derecho del empleo en la nueva sociedad del trabajo: Liber amicorum en honor de la profesora Rosa Quesada Segura*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, págs. 879-889.

SEOANE RODRÍGUEZ, J. A: “La respuesta jurídica a la discapacidad: el modelo de derechos”, en BLÁZQUEZ PEINADO, M.D. Y BIEL PORTERO. I. (COORDS) *et altri: La perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: incidencia en la Comunidad Valenciana*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

TOMÁS JIMÉNEZ, N: “Pensiones por incapacidad permanente para toda profesión u oficio de trabajadores con discapacidad”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., MÁRQUEZ PRIETO, A., VILA TIerno, F Y MALDONADO MOLINA, J.A (DIRS) Y LÓPEZ INSUA, B.M Y RUIZ SANTAMARÍA, J.L (COORDS) *et atri: La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

COMENTARIO DE SENTENCIAS

VICENTE PALACIO, M.A: “No cabe equiparar incapacidad permanente a la discapacidad (de la sintaxis y la semántica)”, *Revista Jurisprudencia Laboral*, nº 6 de 2020.

MARTÍNEZ-PUJALTE, A-L.: *Derechos Fundamentales y discapacidad*, Madrid, Cinca, 2015.