



Universidad  
de Alcalá

# “Relaciones entre la discapacidad y la incapacidad laboral”

Reflexiones desde la perspectiva de la Clínica  
Legal de la UAH

“Relations between disability and labor inhability”

Reflections from the perspective of the UAH’s legal clinic

Departamento de Ciencias Jurídicas

Máster Universitario en

Acceso a la Profesión de Abogado

Autor: D. PEDRO PABLO LORENZO DURÁN

Tutor: Dr. D. J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA

Alcalá de Henares, a 8 de enero de 2018

## ÍNDICE

<b>Índice de abreviaturas .....</b>	<b>4</b>
<b>Resumen .....</b>	<b>6</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>1. Las Clínicas Legales.....</b>	<b>8</b>
1.1. Origen y evolución de las Clínicas Legales.....	8
1.2. Características y objetivos de las Clínicas Legales .....	10
1.3. El método clínico .....	11
<b>2. La Incapacidad y la Discapacidad.....</b>	<b>12</b>
2.1. Derechos de las personas con discapacidad. Algunas referencias normativas con especial atención al Derecho del Trabajo ..	16
2.2. Breve diferencia entre “discapacidad a efectos de protección social” y “discapacidad como requisito para la obtención de prestaciones sociales” .....	18
2.3. Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales.	20
<b>3. Análisis de los Casos de la Clínica Legal de la UAH relativos a la Discapacidad e incapacidades laborales en el 2016/2017 .....</b>	<b>27</b>
3.1. En relación con los derechos del trabajador a conciliar su vida laboral y familiar.....	28
3.1.1. Deber de atención y asistencia al menor.....	29
3.1.2. Derecho de reducción de jornada.....	30

3.1.3. Derecho de adaptación de la jornada para la efectividad del derecho a la conciliación familiar.....	31
3.1.4. Supuesto de enfermedad grave y necesidad de hospitalización.....	32
3.1.5. Excedencia.....	35
3.1.6. Supuestos contemplados para personas con discapacidad.....	37
<b>3.2. Derecho de adaptación de la jornada laboral .....</b>	<b>38</b>
3.2.1. Deber de protección del empresario.....	39
3.2.2. El principio de “condición más beneficiosa” .....	41
3.2.3. Régimen protector en la adaptación de la jornada laboral por motivos de salud.....	45
3.2.4. Posibilidades de actuación por parte del trabajador...47	
3.2.5. Representación y defensa en el procedimiento.....	47
3.2.6. La singularidad de la “condición más beneficiosa” por motivos de salud laboral.....	49
<b>3.3.El reconocimiento de la incapacidad durante el desarrollo de la relación laboral, procedimiento a seguir y resolución ...</b>	<b>51</b>
3.3.1. Tipos de incapacidad.....	51
3.3.2. Reconocimiento del derecho de incapacidad temporal.....	52
3.3.3. Grados de incapacidad permanente.....	52
3.3.4. Procedimiento de solicitud del reconocimiento de la incapacidad permanente.....	54

3.3.5. Resolución del procedimiento de incapacidad permanente.....	56
3.3.6. Reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de la Seguridad Social.....	56
<b>3.4. Naturaleza de los documentos que se deben de aportar a la demanda para solicitar la incapacidad tras su denegación en la reclamación previa.....</b>	<b>58</b>
3.4.1. Criterio jurisprudencial en relación a la motivación en las resoluciones del facultativo.....	59
3.4.2. Criterio jurisprudencial en relación a la contradicción entre informes médicos.....	62
3.4.3. Representación y defensa en el procedimiento.....	64
<b>Conclusiones .....</b>	<b>66</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>70</b>
<b>Anexo legislativo.....</b>	<b>72</b>
<b>Anexo jurisprudencial.....</b>	<b>74</b>

## **ABREVIATURAS**

ART	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
DDHH	Derechos Humanos
EII	Enfermedades Inflammatorias Intestinales
ET	Estatuto de los Trabajadores
EVI	Equipo de Valoración de Incapacidades
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
ISM	Instituto Social de la Marina
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LO	Ley Orgánica
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJS	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
RD	Real Decreto
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SMAC	Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación
SS	Seguridad Social
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional

STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organización de Naciones Unidas por la Educación, la Ciencia y la Cultura)
VIH	Virus de la inmunodeficiencia humana

## **Resumen**

Este trabajo ha sido realizado con el objetivo de analizar la evolución y la labor e importancia en la actualidad de las Clínicas Legales en la sociedad, y en particular, la importancia de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. En su misión destaca la labor de asesoramiento legal en supuestos reales de particulares, que han confiado en la misma para la resolución de sus problemas jurídicos. Entre estos casos se incluyen algunos de los presentes en éste estudio, relacionados con la incapacidad y la discapacidad. Así mismo, analizaremos las citadas figuras y haremos incursión sobre diversos supuestos relacionados con el tema a tratar en este título. Estos supuestos han sido objeto de nuestra labor de investigación en el ámbito de actuación de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá en el último año.

Palabras clave: Clínica Legal, Universidad de Alcalá, asesoramiento, incapacidad y discapacidad laboral.

## **Abstract**

This work has been done with the aim of analyzing the evolution and the work in the present of the Legal Clinics in the society, and particularly, the importance of the Legal Clinic of the University of Alcalá. In his mission highlights the work of legal advice in real cases of individuals, who have relied on it for the resolution of their legal problems. Among these cases some of those present are included in this study, related to disability and labor inability. Likewise, we will analyze the aforementioned figures, and we will make a incursion on various assumptions related to the subject to be treated in this title. These assumptions have been the subject of our research work in the field of action of the Legal Clinic of the University of Alcalá in the last year.

Key words: Legal Clinic, University of Alcalá, legal advice, disability and labor inability.

## **Introducción**

Este estudio es fruto del análisis de diferentes casos recibidos en la Clínica legal de la Universidad de Alcalá durante el año 2016 y 2017. El objetivo es poner en contexto la gran labor social que hace esta entidad en cuestiones relacionadas con la incapacidad y discapacidad laboral, tratando de dar una solución legal al usuario de la consulta. Para realizar esta labor utilizamos la metodología específica aplicada en las Clínicas legales. Cada consulta es analizada y resuelta por estudiantes de Grado y Posgrado de Derecho, basadas en el análisis del supuesto. Para relacionar la consulta con la normativa actual aplicable se tiene en cuenta aquellos datos o documentos considerados más relevantes para aplicarlos a la norma. El análisis de la norma permite determinar qué legislación y jurisprudencia aplicar al caso determinado. Una vez realizado el análisis, se redacta la respuesta informándose sobre los derechos de los que posee el usuario.

Las Clínicas Legales son entidades sin ánimo de lucro caracterizadas por un determinado método de enseñanza, enfrentando a los estudiantes a situaciones y problemas cotidianos en la práctica jurídica. Este método de enseñanza se desarrolla en todo momento bajo el control y la evaluación de profesores universitarios. No debemos olvidar la importante función social de las Clínicas Legales, realizando actividades de interés público consistentes en facilitar información legal en diferentes ámbitos a los usuarios que demandan su servicio. Esta actuación conlleva un refuerzo del componente social de las mismas.

Para poder llevar a cabo mi propósito de realizar este estudio, es necesario delimitar, aunque sea mínimamente, los conceptos introducidos en el título. Analizaremos qué es una “Clínica Legal”, la evolución del concepto y la importancia de las mismas en la enseñanza del Derecho. Así mismo, delimitaremos las situaciones de “discapacidad” e “incapacidad”, así como sus diferencias. Para ello, debemos analizar la situación de las personas con discapacidad en el mercado laboral, incidiendo para ello, en los principios de igualdad y no discriminación recogidos en normativas tanto a nivel estatal, comunitario e internacional.



## 1. Las Clínicas Legales

### 1.1. Origen y evolución de las Clínicas Legales<sup>1</sup>

Las Facultades de Derecho empezaron a iniciar la práctica de las primeras clínicas jurídicas a finales del s. XIX y principios del s. XX.<sup>2</sup> Estos programas consistían en el trabajo voluntario de carácter altruista por parte de los estudiantes de Derecho. El planteamiento de un método de educación de los estudios legales, relacionados con una realidad social y jurídica, se atribuye a Jerome Frank. Dicho autor exponía la necesidad de emular de las Facultades de Medicina una enseñanza práctica real, que además repercutiese en la sociedad<sup>3</sup>, proponiendo así un nuevo sistema y criticando el que hasta la fecha se utilizaba.

En su artículo “*Why not a Clinical Lawyer School?*”, Frank asegura que las Facultades de Derecho podrían ser una similitud de las de Medicina, en el uso de las Clínicas gratuitas como ámbitos de desarrollo de la enseñanza, basadas en la práctica con casos reales, en sustitución del estudio de libros de supuestos. Frank culpa a éste último modelo de estudio, por ser el causante de la falta de conocimiento de los estudiantes en relación al funcionamiento de los tribunales y de cómo persuadirlos. Para acabar con éste problema, planteó que en la enseñanza del Derecho se debería de incidir más en un aprendizaje práctico, y no tanto teórico.

---

<sup>1</sup> BLÁZQUEZ MARTÍN, D. “*Apuntes acerca de la Educación jurídica clínica*”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº3, Área de Filosofía del Derecho e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Invierno 2005/2006. pp. 43-60. Se lleva a cabo una renovación en los métodos de estudio del Derecho, derivadas de la evolución del Espacio Económico Europeo y la implantación de leyes reguladoras del acceso a la profesión de abogado. En el citado texto, el autor describe el funcionamiento del modelo clínico, así como su validez.

<sup>2</sup> ÁLVAREZ, A. “*La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho*”, en “*Enseñanza clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*”, ITAM, CLIP, México, 2007, pp. 126 y ss. En épocas anteriores a la implantación de este tipo de enseñanzas, los estudios de Derecho se basaban única y exclusivamente en el análisis de supuestos prácticos “no reales”, así como el estudio teórico del propio Derecho. No existía un estudio práctico del Derecho.

<sup>3</sup> FRANK, J. “*Why Not a Clinical Lawyer-School?*” nº81, University of Pennsylvania. *Law Review* 907 (1933), pp. 907-923.

A lo largo del s. XX, lentamente se fue propagando este tipo de práctica docente iniciada por Frank, principalmente por el sistema universitario norteamericano. Éste sistema no experimentó un gran desarrollo hasta alcanzados los años 60, consolidándose iniciados los años ochenta. En esta época las Law Clinics notan su mayor crecimiento, dándose lugar a un pequeño cambio en su concepto. Este nuevo concepto de clínica jurídica relacionaba el proceso formativo del estudiante con el compromiso a causas sociales o de interés público en la actuación de la Clínica, dándose un mayor hincapié al desarrollo de la sensibilidad social en el estudiante. Al mismo tiempo, el estudiante se inicia en los valores de la ética y deontología de la profesión de la abogacía<sup>4</sup>.

Estas Clínicas se iniciaron con una finalidad principalmente asesora, destinada a personas con pocos recursos, donde los estudiantes ejercían dichas funciones como voluntarios en las mismas, contratando a abogados en ejercicio para que revisaran su trabajo. Fue este el momento cuando las Facultades de Derecho asimilaron las Clínicas como un elemento de desarrollo formativo, donde los abogados contraen un papel formativo en dichas entidades. Con esta nueva formulación, las Clínicas Legales alcanzan su máximo apogeo en los 90, con el Informe del Comité para el futuro de la enseñanza legal clínica de 1991, y con el Informe de la Bar Association de 1992, "*Legal Education and Professional Development: an Educational Continuum*", también conocido como el "*informe MacCrate*"<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> ABRAMOVICH, V.E., "*La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público Materiales para una agenda temática*" en "*Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie de Publicaciones Especiales*", Ed. Universidad Diego Portales, n° 9, "*Defensa Jurídica del Interés Público*", Santiago de Chile, 1999, pp. 5 y ss. Las Clínicas Legales pueden entenderse como un medio de trabajo en el que los estudiantes de Derecho ayuden a proteger los derechos y a facilitar el acceso a la Justicia de un grupo específico de personas, ayudando al mismo tiempo al alumno al estudio del propio Derecho, así como a prepararse para la futura práctica profesional.

<sup>5</sup> BLÁZQUEZ MARTÍN, D., "*Apuntes acerca de la Educación jurídica clínica*", Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, n°3, Invierno 2005/2006. pp. 43-60. Área de Filosofía del Derecho e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid. Según esta documentación, las clínicas jurídicas son caracterizadas por unos métodos de enseñanza, innovadores en la fecha, que permitía a los alumnos de Grado y Posgrado de Derecho asumir situaciones propias de un abogado en ejercicio, acabando así con el modelo tradicional de enseñanza, a través de libros o supuestos inventados.

## 1.2. Características y objetivos de las Clínicas Legales

Teniendo en cuenta la evolución de las Clínicas y los documentos mencionados anteriormente, podemos establecer que las clínicas jurídicas se caracterizan por un determinado método de enseñanza que permite definir las. Según Víctor E. Abramovich, el método clínico se resume en que “*se procura que el alumno aprenda a pensar el derecho ocupando un lugar o un rol en el conflicto*”. A través del método de la Clínica los estudiantes se enfrentan a problemas y situaciones cotidianas que viven los abogados y juristas en la práctica. Esta situación puede ser tanto simulada como real<sup>6</sup>, desde la interpretación, como con clientes reales.

La mayoría de estos casos tratan problemas sociales o de interés público, y los clientes que se atienden son personas de escasos recursos económicos que solo pueden optar al beneficio de la Justicia gratuita. El estudiante es sometido a control y evaluación personal, que comienza por el autoanálisis crítico. Cada paso es examinado, revisado y cuestionado por profesores universitarios y no por profesionales<sup>7</sup>. Por tanto, el objeto principal de las clínicas es la aproximación de los estudiantes al ejercicio profesional. De este modo se consolidan las enseñanzas teóricas y se adquieren las capacidades necesarias para el ejercicio, tanto de negociación como de técnica legislativa, todo ello bajo la supervisión de profesores.

---

<sup>6</sup> ABRAMOVICH, VÍCTOR E, “*La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público Materiales para una agenda temática*”, op cit, pág. 9.

<sup>7</sup> BLÁZQUEZ MARTÍN, D., “*Apuntes acerca de la Educación jurídica clínica*”, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº3, Invierno 2005/2006. pp. 43-60. Área de Filosofía del Derecho e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, op. cit. Pág. 44

### 1.3. El método clínico<sup>8</sup>

Al hablarse de “*educación clínica*”, nos estamos refiriendo a tres modelos o métodos de aprendizaje: la simulación, pasantías en despachos, y el modelo de la Clínica, siendo ésta una especie de bufete en las Facultades de Derecho<sup>9</sup>. A continuación, se analizarán los citados modelos:

- **La simulación**

En este tipo de clases, los alumnos adquieren conocimientos alcanzados por la práctica del abogado, tales como la entrevista con el cliente, las formas de negociación, el asesoramiento, las diferentes técnicas de litigación, etc. Este tipo de enseñanza se basa de forma casi exclusiva en el análisis y estudio de supuestos prácticos ficticios, cuya resolución es facilitada con los conocimientos aportados por los profesionales. En este modelo, los abogados ejercerán una función formativa en el ámbito universitario.

- **La pasantía**

Este método consiste en que el estudiante trabaja en un despacho de abogados y realiza las actividades propias de la profesión, tales como la elaboración de escritos de diferente naturaleza, análisis de sentencias, estudio de doctrina, trato con el cliente, labor de asesoramiento, asistencia a juicios, etc. Estas actividades estarán tuteladas en todo momento por los profesionales del Derecho en ejercicio. La diferencia entre la pasantía y la simulación se basa únicamente en que la pasantía tiene una naturaleza más práctica que la simulación, ya que el estudiante en todo momento está inmerso en el día a día de la profesión. En cambio, en la simulación como su nombre indica, consiste en el análisis de supuestos “simulados” con la ayuda de un profesional, teniendo un carácter más teórico.

---

<sup>8</sup> WITKER, J., “*La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico*”. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 5, número 10, ISN 1667-4154, 2007. Págs. 181 y ss. Las Clínicas Jurídicas se caracterizan por un modelo o métodos de aprendizaje, de naturaleza y contenido más práctico que los modelos de estudio tradicionales.

<sup>9</sup> ÁLVAREZ, A. “*La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho*”. op cit Pág. 132

- **Las Clínicas Jurídicas**

Este último método requiere que los estudiantes asuman una situación real, poniéndose en la situación de un abogado profesional. Dicha actuación es sometida a valoración y revisión. El objetivo de este tipo de enseñanza es la del propio aprendizaje de los alumnos, tanto teóricos como prácticos, así como de los propios valores de la profesión, formándose dicho aprendizaje con la propia experiencia del alumno.

Existen a su vez clínicas especializadas en ciertos tipos de asuntos, es decir, en los que solo aceptan casos como tutela de derechos humanos, de carácter penal, violencia doméstica, o representar a ciertos sectores de la sociedad, como jóvenes, personas con VIH, trabajadores... Como ya se dijo anteriormente, en las Clínicas Jurídicas la supervisión por parte de los profesores es fundamental. Esta supervisión puede tener varias formas, realizándose diferentes actividades como pudiera ser las reuniones con el profesor, la revisión de la actividad del alumno; y por último, el examen del supuesto planteado.<sup>10</sup>

## **2. La Incapacidad y la Discapacidad**

La palabra “discapacidad” así como su forma de entenderla, ha ido evolucionando a lo largo de la historia<sup>11</sup>. La discapacidad refiere a los problemas que afrontan las personas con dicha condición en su vida cotidiana, derivados de las diferentes actitudes y respuestas que los países han ido desarrollando para solucionar los mismos<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> ÁLVAREZ, A. “*La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho*”, op ,cit. Pág. 138. Para que el modelo de la clínica jurídica sea válido y efectivo debe contar en todo momento con la tutela de los profesores de Derecho, validando y corrigiendo la actividad del alumno.

<sup>11</sup> AGUADO DÍAZ, A.L., “*Historia de las deficiencias*”, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995. Evolución en el concepto así como el tratamiento de la discapacidad a lo largo de la historia.

<sup>12</sup>CORDERO GORDILLO, V. “*Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011. Págs. 63 y ss. Actualmente, la discapacidad se considera un problema de la sociedad, derivado de las barreras existentes en la misma, dificultándose la vida cotidiana de las personas en tal condición.

Existen dos teorías que explican la misma: el modelo social y el modelo médico.

El modelo médico entiende la discapacidad como un problema individual, derivado de enfermedad o accidente. Problema individual que requiere de control médico o tratamiento especializado. Por todo ello, las medidas que se deben tomar van encaminadas a la adaptación del sujeto al entorno, a través de dichos tratamientos. En este modelo, las personas con discapacidad, más que ser sujetos de derechos, son considerados programas de asistencia social o beneficencia<sup>13</sup>.

Por el contrario, el modelo social considera de mayor importancia el papel de la sociedad, y no tanto al problema individual, de la propia capacidad de la persona. Es importante la respuesta de la sociedad, ya que no se tiene en cuenta las necesidades de este colectivo, creándose barreras que dificultan la plena inclusión de las personas con discapacidad en la vida social<sup>14</sup>. Para acabar con ésta problemática se deben de crear e incentivar medidas encaminadas a la eliminación de dichas barreras. Este cambio se proyecta en la legislación admitida tanto a nivel estatal como internacional, en relación a las personas con discapacidad. Dicha modificación establece que la discapacidad sea entendida en el contexto de los derechos humanos, implantándose así diferentes normativas tendentes a garantizar los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación<sup>15</sup> de las personas con discapacidad.

Una definición, o más bien, diferencia entre discapacidad y sus diferentes sinónimos la encontramos en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Dicho RD

---

<sup>13</sup> CORDERO GORDILLO, V. “*Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*”, op, cit. Págs. 63 y ss. El modelo médico toma fuerza tras la Primera Guerra Mundial, derivado del gran número de personas con discapacidad que surgieron tras el conflicto bélico.

<sup>14</sup> CORDERO GORDILLO, V. “*Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*”, op, cit. Págs. 63 y ss. Es el Estado a través de la aplicación de medidas de fomento el encargado de acabar con las barreras existentes sufridas por el colectivo de las personas con discapacidad, considerándose dichas barreras un problema mayor que la propia discapacidad de las personas para la plena inclusión de las mismas en la sociedad.

<sup>15</sup> QUINN, G., DEGENER, T., “*Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*”. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2002. Págs. 13 y ss.

utiliza tanto “discapacidad” como “minusvalía”<sup>16</sup>. La palabra discapacidad es utilizada para expresar los componentes sociales que puedan agravar el grado de discapacidad. La minusvalía -término ya proscrito-, en cambio es usada para valorar aquellas imperfecciones o problemas de salud de la persona, de naturaleza permanente. En el ámbito nacional, este tema se encuentra algo más desarrollado que en el ámbito internacional. De ello se desprende la Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, la cual establece que *“las referencias que (...) se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”*. Desde la entrada en vigor de esta ley, todas las disposiciones normativas que refieran a este colectivo, deberán usar los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad”.

Otra definición de la palabra discapacidad la encontramos en el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En su artículo segundo se establece “discapacidad” como *“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 los demás.”* Como vemos en las diferentes definiciones de minusvalía, esta condición se encuentra íntimamente relacionada con la respuesta de la sociedad y a las barreras creadas por ella. Estas barreras impiden o dificultan la plena inclusión de las personas con tal condición.

La tenencia de capacidad es la regla general, presunción que está prevista en nuestro ordenamiento, por lo cual, la excepción a esta regla sería la incapacidad<sup>17</sup>. El término incapaz es referido a la posición en la que se encuentra una determinada

---

<sup>16</sup> Tras la entrada en vigor de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, los términos peyorativos se encuentran proscritos, aludiendo todos ellos a las personas con discapacidad.

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. *“Incapacitación y Discapacidad”*. Revistas del Derecho VLex. Págs. 225 – 235. ID: 632496545. Universidad Autónoma de Madrid. 2011.

persona en el momento que una declaración judicial establece su estado civil<sup>18</sup>. Todas las personas poseen, desde que nacen, capacidad jurídica, es decir, ser titular de derechos y obligaciones. De otro modo, denominamos capacidad de obrar a la posibilidad de realizar actos jurídicos y asumir obligaciones específicas derivadas de los mismos. Dicha capacidad se adquiere con la mayoría de edad para la gran parte de los actos jurídicos. La capacidad jurídica no admite grados, existe o no existe, por lo que no puede verse constreñida, caso que en la capacidad de obrar sí puede ocurrir. La incapacidad por tanto, va ligada a la discapacidad, ya que en un primer momento no parece del todo razonable que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad. No obstante, puede darse la situación en la que una persona con discapacidad no sea incapaz, ya sea por no obtener el grado suficiente para limitar su capacidad de obrar, o bien que no exista aun capacidad de obrar, por lo que no haya sido dictada sentencia de incapacidad alguna<sup>19</sup>.

Debe establecerse como conclusión, que las enfermedades o condiciones declaradas discapacitantes, con carácter general se encuentran tasadas legalmente en el Anexo del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, independientemente de las enfermedades que se padezcan, así como las secuelas que puedan derivarse de las mismas<sup>20</sup>, ya que se encuentran tasadas. Ésta regulación fija un criterio de valoración, pudiendo existir otros distintos atendiendo a la situación particular. Se deberá valorar ésta situación para considerar a una persona en situación de discapacidad al encontrarse ligada a dicho grupo<sup>21</sup>. Con ello, podemos determinar que el concepto discapacidad se caracteriza por

---

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. “*Incapacitación y Discapacidad*”, op, cit. Págs. 225 y ss. Toda persona es considerada con plena capacidad por el simple hecho de ser persona, hasta el momento que su capacidad sea mermada y así esté declarada en sentencia.

<sup>19</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. “*Incapacitación y Discapacidad*”, op, cit. Págs. 225 y ss. No toda persona con discapacidad tendrá reconocida en sentencia la condición de incapacidad. En muchos casos, la capacidad de la persona puede verse reducida pero no por ello se le debe declarar incapaz, al no reunir unas condiciones o unas exigencias específicas para declararse incapacitada.

<sup>20</sup> RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>M., “*Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*”. Ed. Bomarzo. Albacete, 2010. Pág.101 y ss.

<sup>21</sup> Cuadro de enfermedades y deficiencias consideradas como discapacidades, establecidas en el Anexo I del RD 1971/1999, de 23 de diciembre.



ser de significado abierto y extensivo, al tener implícito en su definición un fuerte componente social.

### **2.1. Derechos de las personas con discapacidad. Algunas referencias normativas con especial atención al Derecho del trabajo**

El Derecho Internacional contempla en diferentes instrumentos y normativas que nombraremos a continuación, el derecho a la igualdad y libertad de todos los seres humanos, en un contexto de dignidad y no discriminación. En la vida cotidiana existen situaciones donde los derechos y libertades de determinados colectivos pueden verse afectados. Esta situación ha provocado la regulación específica de los derechos y libertades de esta generalidad, como pueden ser las personas con discapacidad<sup>22</sup>.

Entre esta serie de normativas e instrumentos se encuentra uno de los tratados internacionales más importantes, como es la Carta de Naciones Unidas. En esta Carta se recoge el compromiso de los Estados que han ratificado la misma para la creación de medidas, con la intención proteger y garantizar los derechos y libertades fundamentales de todos los seres humanos. Partiendo de la idea que impregna esta Carta, en la que *“todos los seres humanos son considerados libres e iguales, en un ámbito de dignidad, así como titulares de derechos y libertades”*, la Declaración Universal de Derechos Humanos da nombre a éstos - derecho a la vida, libertad y seguridad personal, a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, etc-. Entre estos derechos, se encuentra el que nos atañe, el *“derecho al trabajo, a igual salario por trabajo igual, a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure a la persona de que se trate, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana”*<sup>23</sup>. Estas normas, consideradas costumbre entre los países miembros, constituyen el Sistema Universal de

---

<sup>22</sup> AIELLO, A.L. *“Los derechos humanos de las personas con discapacidad en el sistema regional europeo de protección de derechos humanos”* Revistas del Derecho VLex. Universidad Carlos III Madrid. ID: 38859695. 2007 pp. 69-103.

<sup>23</sup> Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En todo el articulado no se establecen diferencias o especificaciones en las características de la persona, por lo que se desprende del principio de igualdad de todas las personas, así como igualdad de oportunidades en el trabajo.

Protección de los Derechos Humanos<sup>24</sup>, los cuales establecen medidas de implicación y adaptación de las personas con discapacidad en la sociedad.

Entrando en materia específica, en la Declaración de Viena aprobada en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993, encuentra regulación sin discriminación, el derecho de acceso al empleo para personas con discapacidad, la existencia de medidas que incentiven la contratación de este colectivo, y la adaptación de lugares de trabajo accesibles a las mismas. Así mismo, existen medidas de ejecución de carácter estatal, como la creación de contenido informativo sobre éste colectivo, elaboración de programas, provisión de presupuestos para la financiación de los mismos, etc... De todo lo anterior se desprende que, en el ámbito internacional, con el Sistema de Protección de los Derechos Humanos, se ha dotado de unos instrumentos y mecanismos que ofrecen la viabilidad en la actualidad de la defensa de los derechos y libertades de las personas con discapacidad. Sin embargo sigue existiendo un vacío legal, en cuanto a la existencia de una herramienta jurídica de naturaleza vinculante que regule con mayor abundamiento, teniendo en cuenta con especificidad los derechos de las personas con discapacidad<sup>25</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, estos principios se recogen en los artículos 10, 14 y 49 de la C.E. Principio de igualdad y no discriminación regulado en el artículo 14 C.E., en el cual se establece que *“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento...o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Ello supone la integración de las personas con discapacidad, no permitiéndose de modo alguno la discriminación de las personas discapacitadas, otorgándose una protección reconocida en el art. 43 C.E, sobre el derecho de protección de la salud. Los citados artículos 43 y 49 C.E. establecen una protección de este colectivo que será ejercida por los poderes públicos estatales, con la

---

<sup>24</sup> Los Derechos de las personas con discapacidad son regulados y controlados por el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos a través de instrumentos creados a través de la División de DDHH de la ONU y de órganos especializados integrados en ésta última, como la OMS o la UNESCO.

<sup>25</sup> AIELLO, A.L., *“Los derechos humanos de las personas con discapacidad en el sistema regional europeo de protección de derechos humanos”* op, cit. Págs. 73 y ss. Toda normativa reguladora de derechos de las personas con discapacidad se rige por el principio de igualdad para el ejercicio de sus derechos, en relación a las demás personas. El derecho a la igualdad es un principio rector en la normativa actual.

finalidad de garantizar el ejercicio de todos los derechos de las personas con discapacidad.

## **2.2. Breve diferencia entre “discapacidad a efectos de protección social” y “discapacidad como requisito para la obtención de prestaciones sociales”**

Debemos recordar que tendrá la consideración de “persona con discapacidad” aquella que esté ligada a una enfermedad o alteración física o psíquica. Estas alteraciones deberán formar parte de aquellas tasadas en la ley, reconociéndose un grado de discapacidad por el órgano competente según el procedimiento establecido por el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. En dicho RD se establece que, será considerada persona con discapacidad aquella que reúna un grado de discapacidad de al menos un 33%, aunque se puedan exigir grados superiores de discapacidad para una mayor protección de la misma. Por tanto, es importante realizar una diferenciación entre lo que será discapacidad en relación a la defensa de los derechos de igualdad y no discriminación, y discapacidad a efectos de reconocimiento de prestaciones sociales.

Para el reconocimiento de prestaciones se exigen, como ya se ha señalado anteriormente, la limitación de supuestos incluidos en la noción de discapacidad, así como unos requisitos. De estas dos condiciones se desprende el nacimiento del derecho, distinguiéndose distintas modalidades dependiendo del grado de discapacidad reconocido<sup>26</sup>. En este aspecto, es de vital importancia la aportación de los informes médicos del facultativo, órgano encargado de determinar el grado de discapacidad<sup>27</sup>. Sin embargo, para la discapacidad como reconocimiento de derechos más generales, como igualdad y no discriminación, su protección debe estar dirigida únicamente a la situación discriminatoria sufrida por su propia condición, sin límite alguno. Ello hace

---

<sup>26</sup> RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>M., “Igualdad y no discriminación. La proyección...” op cit, pág. 106

<sup>27</sup> Tal y como establece el art. 8 del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, el cual regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, serán los órganos técnicos dependientes de los órganos de las CC.AA. a los que les haya sido transferidas las materias de calificación del grado de discapacidad, así como a los equipos de valoración y orientación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en sus competencias, los órganos competentes para realizar dictámenes técnico-facultativos para el reconocimiento del grado de discapacidad. En dicho articulado se establecen sus funciones, así como el funcionamiento de los mismos y la aplicación del baremo en referencia al art. 27.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

que la discapacidad en este sentido tenga un significado, así como un contenido más amplio que en el anterior supuesto.

Existen por tanto diferencias y a la vez similitud entre definiciones, ya que a la hora de contratar a personas en situación de discapacidad, el legislador ha establecido diferentes beneficios para aquel empresario que decida contratar a éstas personas con dicha condición reconocida. Estas ventajas o beneficios podrán tener el carácter de subvenciones o préstamos para la contratación, así como bonificaciones a la Seguridad Social, y cuantas otras que sean adecuadas para promover la inclusión de dichas personas al mercado laboral. Tal situación conlleva a que el empresario opte por contratar a aquellas personas consideradas con una discapacidad reconocida, según el grado del 33% determinado en la ley. El empleador obtiene beneficios por dicha actuación, dándose una situación desventajosa para la búsqueda de empleo de aquellas personas con un grado de discapacidad menor.

Según la profesora MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO, ésta situación debe ponerse fin mediante el establecimiento de medidas de fomento. Junto a estas medidas se debe establecer una diferenciación o separación interna en la tutela de los derechos de las personas con discapacidad, considerándose una medida adecuada para la resolución de dicho conflicto<sup>28</sup>. En relación a la protección social de las personas con discapacidad, ha de destacarse el ya citado RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En dicho RD-Legislativo se establece un régimen de garantías de los derechos fundamentales, como la igualdad o no discriminación de las personas con discapacidad, así como la igualdad de oportunidades respecto de las demás personas. Este régimen de garantías, reguladas en el Título II de dicho RD, lo constituye el establecimiento de medidas de acción positiva y de medidas contra la discriminación. Estas medidas son fomentadas por los poderes públicos. Para garantizar estos derechos se prevé un régimen de sanciones establecido en el título III del citado RD.

---

<sup>28</sup> RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>M., “Igualdad y no discriminación. La proyección...” op cit, pág. 106. Junto a la implantación de medidas que fomenten la protección de los derechos de las personas con capacidad, debe establecerse una diferenciación entre las personas con dicha condición, fomentando así mismo la igualdad entre personas con discapacidad.

### 2.3. Igualdad y no discriminación en el mercado laboral

Para iniciar este apartado debemos definir “discriminación por razón de discapacidad”, utilizando la contenida en el art. 2 de la Convención de la ONU, la cual establece que *“por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá 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”*. En relación a las personas con discapacidad, la prohibición de la discriminación se encuentra regulada en diferentes normativas, como la citada Convención de la ONU, la C.E o el RD 1/2013, de 29 de noviembre. Esta prohibición está complementada con un régimen de garantías de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad mencionados anteriormente.

La discriminación tiene tanto una vertiente negativa, entendiéndose como prohibición de trato despreciativo, como una vertiente positiva, en cuanto a la implantación a los empresarios de una idea positiva de la discapacidad. Esta idea positiva produce la implantación de medidas de adaptación de los lugares de trabajo, así como normas de trabajo que regulen específicamente las necesidades de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta el caso concreto<sup>29</sup>. El RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, hace una distinción entre diferentes tipos de discriminación, diferenciándose discriminación directa, indirecta, discriminación por asociación o acoso<sup>30</sup>. Se define como “discriminación directa” *aquella “situación en la que una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación*

---

<sup>29</sup> CORDERO GORDILLO, V. *“Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”*, op. cit. Págs. 68 y ss. En la práctica, los empresarios tienen una idea negativa preconcebida de la discapacidad, en relación a la aptitud del trabajador en la realización de las actividades a desarrollar en el puesto en concreto.

<sup>30</sup> Diferentes tipos de discriminación, así como sus definiciones incluidas en la redacción de los arts. 2 y 36 del RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

*análoga por motivo de su discapacidad*”<sup>31</sup>. Dicha discriminación es originada en la mayoría de las ocasiones por ideas preconcebidas negativas hacia este colectivo por parte del empresario. La directiva 2000/78/CE establece que, para determinar si una persona ha sido objeto de discriminación directa, es necesaria una comparación en la que aparezcan los ajustes razonables necesarios. Si tenemos en cuenta dichos ajustes, se llegará a la conclusión de que la persona está en una situación análoga a la persona con la que se compara. En caso contrario, se habrá llevado a cabo una discriminación directa por parte del empleador<sup>32</sup>.

En cambio, se define como “discriminación indirecta”<sup>33</sup> la situación producida a consecuencia de la existencia de “*una disposición legal o reglamentaria, cláusula contractual o convencional, pacto individual o decisión unilateral del empresario, (...) que puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40 (obligación del empresario de adoptar medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de igualdad en el trabajo), para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión*”. El empresario estará obligado en todo momento, siempre y cuando fuera necesario y posible, a la adaptación del puesto de trabajo, así como la adopción de medidas necesarias, que sean adecuadas para facilitar

---

<sup>31</sup> Definición de discriminación directa establecida también en la Directiva 2000/78/CE. Como ya hemos señalado, es lógico que la normativa establezca una definición y unas diferencias entre discriminaciones, al ser el derecho de igualdad un principio rector, y considerándose estas prácticas contrarias a las normas y principios éticos de toda regulación.

<sup>32</sup> CORDERO GORDILLO, V. “*Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*”, op, cit. Págs. 71 y ss. El empresario deberá en todo momento asegurar y proteger en todo momento el cumplimiento del derecho a la igualdad de todos sus trabajadores, teniendo en cuenta las circunstancias personales o cualidades de los mismos.

<sup>33</sup> Concepto que ha evolucionado, en parte, gracias a diferente jurisprudencia del TJCE, entre los que podemos nombrar el CASO BILKA-KAUFHAUS, de 13 de mayo de 1986, Asunto C-170/84. En dicha sentencia se concluye que, la exclusión de un régimen de pensiones realizado por la empresa a trabajadores a tiempo parcial, siempre que dicha situación afectara a un mayor porcentaje de mujeres que de hombres, infringe el principio de igualdad de retribución, salvo que la empresa demostrara objetivamente una idoneidad en la medida efectuada, la cual no se sostuviera en la propia discriminación en relación al sexo del trabajador.

la inclusión de las personas con discapacidad en el empleo. A tenor de la definición anterior, se considerará como situación necesaria aquella que suponga una clara desventaja para las personas con discapacidad en relación a los demás trabajadores.

Todas las disposiciones de naturaleza legal como contractual que den lugar a discriminación tanto directa como indirecta, serán consideradas nulas y no desplegarán efectos. El ET en su artículo 17 así lo establece, reconociéndose el carácter nulo de aquellos *“preceptos reglamentarios, cláusulas de los convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario, que den lugar en el empleo (...) a situaciones de discriminación directa o indirecta.* A mayor abundamiento, debemos tener en cuenta la consideración del derecho de igualdad establecida en el art. 14 C.E. Este derecho tiene la consideración de derecho fundamental, y como todos los derechos fundamentales, gozan de la protección establecida en el art. 53 C.E. Esta protección vincula tanto a los Tribunales ordinarios como al Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo. En relación a la discriminación indirecta debemos nombrar la STC 145/1991, de 1 de julio, la cual define la discriminación indirecta como *“tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.*

Como ejemplo, en dicha sentencia queda acreditada la discriminación indirecta, donde las limpiadoras de un hospital exigen la misma remuneración que los peones, realizando idénticas actividades. Tanto los peones (hombres) como las limpiadoras (mujeres) realizaban las mismas actividades, recibiendo las limpiadoras un salario anual inferior a la categoría de peones. Dicha diferencia salarial estaba contenida en el Convenio Colectivo de aplicación, no siendo discriminatoria en cuanto que implanta unas diferencias salariales atendiendo a la categoría profesional. Sin embargo, una categoría profesional distinta conlleva la realización de unas actividades diferentes. Al realizarse en este supuesto las mismas actuaciones con una diferencia salarial no justificada, se utiliza la norma convencional para ejercer un tratamiento discriminatorio,

por razón al sexo del trabajador. No es tanto el carácter discriminatorio de la norma convencional, sino el uso del que se derive de la misma<sup>34</sup>.

En cuanto a la discriminación por asociación, define el art. 2 del citado RD-Legislativo, como la situación en la que “*una persona o grupo en que se integra es objeto de un trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o por razón de discapacidad*”. En este sentido y a modo de ejemplo de discriminación por asociación, debemos mencionar la STJUE de 17 de julio de 2008, C-303/06, CASO COLEMAN. En esta sentencia se enjuicia el caso de una trabajadora que recibía un trato desigual y despectivo por solicitar permisos y reducción de jornada, con la finalidad de atender las necesidades de su hijo menor discapacitado<sup>35</sup>. Por último, el artículo 2.3 de la Directiva 2000/78/CE, establece al acoso como “*toda conducta no deseada relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”. Para combatir los supuestos anteriores, el RD-Legislativo establece un régimen de garantías para la defensa de derechos fundamentales como son el de la igualdad o no discriminación de las personas con discapacidad, así como la igualdad de oportunidades respecto de las demás personas.

De todo ello se desprende que es necesario para la garantía de los derechos fundamentales de estas personas la adopción de unas reglas para la adaptación o acondicionamiento. Estas medidas permitirán a las personas con discapacidad implicarse con total normalidad en el desempeño de su trabajo, derribándose así las barreras que implantan una desigualdad o trato discriminatorio. Se producirá así una integración plena de este colectivo en el mercado laboral<sup>36</sup>. El objetivo de este planteamiento supone la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

---

<sup>34</sup> STC 145/1991, de 1 de Julio. Ejemplo de discriminación indirecta en relación al sexo de los trabajadores. Presencia de una desigualdad salarial injustificada.

<sup>35</sup> En el CASO COLEMAN, STJUE 17 de julio de 2008, C-303/06, el tribunal entendió que el principio de igualdad de trato incluye tanto a las personas con discapacidad como a aquellas personas que, por tener alguna relación con las primeras, son tratadas de modo discriminatorio.

<sup>36</sup> CABRA DE LUNA, M.A., “*Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con*



Esta igualdad de oportunidades se traduce en proporcionar a todas las personas, independientemente de su condición, la posibilidad de acceder al empleo en condiciones de equidad<sup>37</sup>. Dicha igualdad es aplicable tanto en el ámbito privado como en el público, conforme a lo establecido en el art. 5 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, el cual dice que “*el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el empleo público...*”. La igualdad de oportunidades se encuentra íntimamente relacionada con la igualdad de trato, tal y como se desprende de los artículos 3 y 4 de la citada LO 3/2007. La igualdad en el trato supone la desaparición de cualquier tipo de discriminación, estableciéndose como un principio informador del ordenamiento jurídico, implicando que dicha igualdad se añada a la aplicación e interpretación de las normas jurídicas. En este aspecto, también debemos señalar el ya citado RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, recogiendo los principios mencionados así como la obligación del empresario de adoptar medidas efectivas o “ajustes razonables” que sean necesarias para la plena inclusión del trabajador con discapacidad en su trabajo.

Este sistema produce un régimen de garantías para la defensa de los derechos de este colectivo, estableciéndose en el mismo RD-Legislativo, diferentes sanciones tanto administrativas como civiles y penales, a aquellos empresarios que hagan caso omiso a este deber. La omisión de este deber supone la vulneración del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral. Para ayudar a la efectividad de estas medidas, son las Administraciones Públicas con el establecimiento de medidas de fomento y defensa, tanto por medio del arbitraje como con carácter judicial, las que velarán por evitar cualquier lesión o vulneración de tales derechos. No hay que olvidar

---

*discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social*”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº50, 2004, pág.25.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M., “*Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo*”, en Borrajo Dacruz, E, “*Comentarios a las Leyes Laborales*”, Tomo IV, Ed. Edersa, Madrid, 1983, págs. 456-457. Según RODRÍGUEZ- PIÑERO, se define igualdad de oportunidades a “*conceder a todos iguales posibilidades, iguales chances de una libre elección*”, y como tal afecta a problemas no sólo de desigualdades “*transmitidas*” a través de los mecanismos de la herencia material y cultural..., sino también la existencia de individuos o grupos que a causa de sus condiciones personales o sociales tienen una menor oportunidad de acceder a empleos de cierta relevancia”.

en este aspecto que, para las personas con discapacidad, es una realidad la existencia de un obstáculo añadido por su condición. Esto conlleva un conflicto con las obligaciones propias del empleado en la relación laboral que le liga con el empresario. Éste puede ver como aspecto negativo contratar personas con discapacidad, al pensar que dicha persona no podrá realizar su trabajo con el rendimiento y la diligencia exigible a cualquier empleado<sup>38</sup>. Por ello, la Directiva 2000/78/CE protege únicamente a aquellas personas con discapacidad que sean válidas para desempeñar las tareas esenciales del puesto de trabajo en cuestión. En su Considerando nº 17 se establece que “*no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate o para seguir una formación dada, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad*”. Hay que reflexionar sobre la exigencia de aptitud, fruto del principio de igualdad de trato. En este sentido, la ineptitud del trabajador en su puesto es causa de extinción del contrato, tal y como se establece en el art. 52 ET. Es lógico pensar que si queremos una igualdad para las personas con discapacidad, esta igualdad debe ser plena. Para ello es necesario establecerse la equidad de todos los trabajadores en las exigencias para el mantenimiento del puesto de trabajo, siendo una de ellas la aptitud para la realización de las actividades propias del puesto.

Debemos dar importancia la inexistencia de obligación alguna por parte del empresario de contratación, ascenso o formación de las personas discapacitadas, tal y como establece la Directiva 2000/78CE, imponiéndose como única excepción la realización de “ajustes razonables del puesto de trabajo”<sup>39</sup>. De dicha Directiva

---

<sup>38</sup> ESTEBAN LEGARRETA, R., “*Contrato de trabajo y Discapacidad*”, *Ibidem/ MTAS*. 1999. Págs. 83-84.

<sup>39</sup> GARRIDO PÉREZ, E., “*Prohibición de discriminación y la razonable adaptación de los puestos de trabajo*” en “*Anuario de conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*” Primer Trimestre 2007. Ed. Carl. Sevilla, 2008, págs. 277 y ss. Ruiz Castillo, M<sup>a</sup> M., “*Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*”, Ed. Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 63-79. Podemos ayudarnos de la definición de “ajustes razonables” que nos establece el art. 2 del RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, definiéndose como tales “las modificaciones y adaptaciones necesarias adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para

comunitaria resulta una desventaja con respecto a la normativa interna, en cuanto a que la legislación española, tal y como se señaló anteriormente, considera la realización de dichos ajustes como un derecho inherente de las personas con discapacidad a la igualdad en el ámbito laboral<sup>40</sup>. Teniendo en cuenta el principio de igualdad de oportunidades, es de especial importancia la aptitud del trabajador, ya que la persona con discapacidad no debe ser objeto de trato diferente. Dicha aptitud toma importancia en el ámbito estatal a través del art. 4.2.c) ET, reconociéndose la igualdad de los trabajadores, sin discriminación para el empleo, siempre que se hallasen en “condiciones de aptitud”<sup>41</sup> para el empleo o trabajo en cuestión, teniéndose siempre en cuenta la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.<sup>42</sup>

En síntesis, la decisión del empresario de no realizar dichos ajustes deberá basarse en criterios justificados. La empresa deberá probar que no existen ajustes razonables en el puesto de trabajo para que la persona en cuestión pueda desenvolverse en el mismo, o bien que dichos ajustes supongan un gasto superior al cual la empresa no pueda someterse. Siendo una “carga excesiva” para la empresa, teniendo en cuenta si el gasto que conlleva la adopción de la medida es “*paliada en grado suficiente mediante las ayudas o subvenciones públicas, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y volumen de negocios total de la organización o empresa*”<sup>43</sup>, el empresario no estará obligado a adoptarlas.

---

garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

<sup>40</sup> MOLINA NAVARRETE, C., “Del “principio” al “derecho” a la igualdad de oportunidades. Las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos. Nº 251, 2004. Págs. 178 y 181-183.

<sup>41</sup> En el citado art. 4.2.c ET, hay que establecer un matiz, ya que la valoración de la aptitud del trabajador con discapacidad deberá ser valorada una vez realizadas todos los ajustes en el puesto de trabajo necesarios para que dicho trabajador pueda realizarlo.

<sup>42</sup> Esta condición de aptitud encuentra su referencia en el art. 20.3 ET, en relación a la adopción de medidas para el control de las obligaciones y deberes de todo trabajador.

<sup>43</sup> Art. 40.2 RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, acotando la situación en la que se produzca una carga excesiva para la empresa en la adopción de la medida.

Al igual que podemos encontrarnos ante la situación de desigualdades entre personas de diferente condición, puede darse la posibilidad de que se establezcan diferencias sin fundamento entre personas con discapacidad. En dicho colectivo se encuentran personas con diferentes grados y tipos de la misma, distinguiéndose así diferentes categorías, por lo que es fácil pensar que exista un tratamiento más favorable, no solo respecto a personas sin discapacidad, sino dentro del propio colectivo.<sup>44</sup>

### **3. Casos de la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de Universidad de Alcalá relativos a la discapacidad e incapacidad en 2016/2017**

En este capítulo se analizan supuestos reales que guardan una estrecha relación con el tema a tratar en este trabajo. Estos casos refieren a la discapacidad o a la incapacidad de la persona, manteniendo en todo momento el anonimato de aquellos datos que pudieren resultar perjudiciales para la misma.

Como ya he señalado anteriormente, se trata de casos reales de personas que han acudido a la Clínica Legal de la UAH, buscando solución a sus problemas jurídicos. Estas personas son asistidas por la Clínica Legal, confiando en la capacidad de los alumnos que participan en ella voluntariamente. Para la resolución de los casos se acude a diversas fuentes y legislación aplicable al caso concreto. Cabe destacar que la resolución de los mismos ha contado en todo momento con la orientación y tutela de los profesores D. Eduardo López Ahumada y D. Miguel Ángel Ramiro Avilés.

---

<sup>44</sup> CORDERO GORDILLO, V. “Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo”, op, cit. Pág. 66. Como demostración de ésta discriminación positiva, la podemos encontrar en el art. 2.2.2 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, en la que se prevé para el empresario, bonificaciones a las cuotas de la Seguridad Social superiores cuando el empleador contrata a “*personas con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual, con grado de minusvalía igual o superior al 33%, o a personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía igual o superior al 65%*”.

### **3.1. En relación con los derechos del trabajador a conciliar su vida laboral y familiar**

El primer caso que nos ocupa guarda relación con los derechos laborales que puede ejercer una madre. Esta trabajadora tiene que abandonar frecuentemente su lugar de trabajo para acompañar a su hija al hospital, para que se le administre el tratamiento y se realicen las pruebas oportunas por colitis ulcerosa, siendo la niña menor de edad.

Debemos indicar que el Estatuto de los Trabajadores establece, en su artículo 37 un listado de derechos del trabajador, previo aviso y justificación<sup>45</sup>, a ausentarse de su trabajo. En dicho artículo, su apartado tercero establece una lista de aquellos derechos que tienen la condición de remunerados. Entre ellos, dos días por enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando se necesite desplazamiento, el plazo será de 4 días, tal y como se establece en el ya citado art. 37.3 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Los derechos mencionados tendrán la condición de remunerados, ya que así vienen establecidos por ley. En cambio, la visita al médico no tiene tal carácter, al no reconocerse en la ley dicha consideración. Esto no quiere decir que el hecho de acudir a la cita del médico no tenga carácter retribuido. La reclamación de los permisos no contemplados en la ley pueden hacerse efectivos, siempre que se encuentren recogidos en el Convenio Colectivo de aplicación al trabajador. El Convenio Colectivo podrá establecerse como complemento o mejora de lo establecido por ley.

En una primera aproximación a nuestra duda, con lo anteriormente expuesto podríamos determinar que la asistencia al médico con nuestro hijo/a no tendría la consideración de retribuido, al no estar contemplado en el Estatuto. Por tanto, debemos acudir al Convenio Colectivo de aplicación. Si dicho Convenio no contemplase este

---

<sup>45</sup> Aviso y justificación, que se entiende que no será necesario en aquellos supuestos en los que “*el problema de compatibilidad entre obligaciones laborales y necesidades familiares*” se presume. Situación que podemos encontrarla en STS 5926/2012, de 19 de julio, donde se desprende la presunción de incompatibilidad, al versar sobre los cuidados de una madre en atención a su bebé de pocos meses de edad. Situación nada comparable, como señala la citada sentencia, a los cuidados que pueda percibir los hijos menores de edad, no siendo bebés, por lo que el plazo reservado para establecer dicho aviso y justificaciones en los supuestos de existencia de bebés no pueden ser comparables.

permiso como retribuido, ni tampoco existiera pacto expreso entre las partes en el contrato por concesión de la empresa al trabajador, no sería un permiso a considerar como retribuido. En cambio, si el Convenio Colectivo de aplicación otorgara el carácter de retribuido a dicho permiso, éste tendrá tal condición.

En estos casos se deberá avisar a la empresa de la ausencia, así como justificarla debidamente, para no considerarse abandono del trabajo. Las faltas de asistencia al trabajo, aun siendo justificadas, son causa objetiva de extinción del contrato<sup>46</sup>, tal y como dispone el art. 52 ET. En tal caso, el trabajador deberá compensar las horas o días de ausencia con alguno de los días de asuntos propios, vacaciones, con más horas de trabajo o deberá aplicarse en nómina el descuento correspondiente. Ya analizado el carácter retribuido o no retribuido que pudiera tener dicho derecho, entramos a estudiar las diferentes posibilidades o derechos que el trabajador puede ejercer.

### **3.1.1. Deber de atención y asistencia al menor**

Como hemos visto en el apartado anterior, éste permiso debe estar contemplado en el Convenio Colectivo de aplicación al puesto de trabajo en cuestión. De lo contrario, el trabajador no podrá disfrutar este derecho de forma retribuida. Cabe la opción de considerar el deber de la madre de prestar atención y asistencia a sus hijos durante su minoría de edad, conforme al art. 39 C.E. y arts. 110 y 142 C.Civil. Este derecho no nos permite posicionarlo dentro del supuesto del art. 37.3 apartado d del E.T, ya que no nos encontramos en presencia de un deber inexcusable encuadrable en tal artículo<sup>47</sup>. La

---

<sup>46</sup> No serán consideradas falta de asistencia al trabajo las *ausencias debidas a huelga legal, derivadas del ejercicio de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia, enfermedades causadas por el embarazo, maternidad, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de 20 días consecutivos, así como las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los Servicios Sociales o de Salud*. Tampoco tendrán dicha consideración las que obedezcan a un *tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave*. Se considerará falta de asistencia aquellas que alcancen el *20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, siempre que el total de faltas en los doce meses anteriores alcance el 5%, o el 25% en cuatro meses anteriores discontinuos en un periodo de doce meses*.

<sup>47</sup> Así lo establece la STSJ de Galicia 5127/2017, de 14 de julio. En la citada sentencia se declara que la *asistencia a la consulta médica podría ser realizada por el padre, no necesariamente por la madre, al ser compartidas las atribuciones de la patria potestad*.

obligación de velar por los hijos y el cumplimiento de los deberes de la patria potestad establecidos en el art. 110 CC consiste en obligaciones de naturaleza privada y no pública. A su vez, no se trata de un deber de carácter personal, pudiendo ser cumplido igualmente por el otro progenitor. Sin embargo, esta teoría encuentra conflicto con el art. 39.2 C.E., siendo la protección integral de los hijos un principio rector de la política social.

La doctrina señalada en STSJ de Galicia 5127/2017 no establece como deber inexcusable de carácter público y personal la atención y asistencia al menor. Este deber tiene una condición diferente, *siendo una obligación legal impuesta a los padres por el Código Civil*. En sentencia se establece que, conforme a lo anterior, se establezca el deber de atención del menor en el ámbito de la empresa, *un régimen de permisos no retribuidos* para que los progenitores *puedan atender a situaciones que exijan su presencia*. Se constituye como un deber no retribuido, al ser de naturaleza privada. Será el Convenio Colectivo correspondiente el que pueda prever una mejora de la situación establecida en la ley<sup>48</sup>. De no establecerse dicha mejora, el deber de atención y asistencia al menor no tendrá carácter retributivo, al no encuadrarse las asistencias al médico del menor dentro de éste tipo de permiso.

### 3.1.2. Derecho de reducción de jornada<sup>49</sup>

Como ya hemos visto, el deber de asistencia y atención al menor tiene difícil encuadramiento en cuanto a su carácter retributivo como permiso en el trabajo en la ley. En cambio, el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores otorga el derecho de reducción de la jornada de trabajo diaria, con disminución proporcional del salario entre, al menos,

---

<sup>48</sup> En la STSJ de Galicia 5127/2017, de 14 de julio, se establecía en el Convenio Colectivo el reconocimiento de una serie de horas retribuidas para asistir a consultas de médicos de la Seguridad Social, así como un permiso no retribuido para acompañar a sus hijos menores de 9 años o ascendientes mayores de 65, por el tiempo necesario.

<sup>49</sup> Tratándose de una norma dispositiva la cual contempla el auxilio a trabajadores con necesidades en el entorno familiar las cuales debe atender. Por STS 3902/2009, de 20 de mayo, así como la STS 1625/2007, de 18 de junio, recogen la finalidad del artículo 37.6 y 7, que es la del reconocimiento “*a quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de - “12 años o a una persona con discapacidad”, tras la reforma del ET de 2015-” que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo*”. Dicha concreción horaria corresponde al trabajador, mirando así por el interés del mismo.

un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella, en aquellas situaciones en las que una persona, por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 12 años<sup>50</sup>. La determinación de reducción de jornada corresponde al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para su concreción. El trabajador, salvo fuerza mayor, debe preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el Convenio Colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará la reducción de jornada, tal y como se recoge en el artículo 37.6 ET<sup>51</sup>.

Este derecho está concebido para otorgar una situación más favorable en interés del trabajador, por cuanto a que es éste quien concreta el horario y el periodo de disfrute del derecho. Éste derecho debe estar siempre relacionado con la reducción de la jornada laboral, y por consiguiente, a la reducción del salario. El derecho de reducción de jornada tiene su importancia, en cuanto que posibilita al trabajador a conciliar su vida familiar y laboral, sin dejar desatendida ninguna de las dos.

### **3.1.3. Derecho de adaptación de la jornada para la efectividad del derecho a la conciliación familiar**

También cabe la posibilidad, a tenor del art. 34.8 ET, de adaptación de la duración y distribución de la jornada laboral para hacer efectivo su derecho a la conciliación familiar en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario<sup>52</sup>. Todo lo anteriormente expresado es de

---

<sup>50</sup> Anterior a la reforma del 2015, el ET contemplaba una protección bastante menor en este sentido en relación a los intereses del trabajador, estableciéndose el límite de edad de 6 años del menor, así como una reducción de entre un tercio y un máximo de la mitad del salario en el periodo de duración.

<sup>51</sup> Aviso y justificación, los cuales como ya se ha señalado en notas anteriores, ya se señala en STS 5926/2012, de 19 de julio, no serán necesarios cuando la incompatibilidad se presuma.

<sup>52</sup> Derecho de adaptación de la jornada siempre y cuando se haya llegado a un acuerdo con el empresario, de lo contrario, no será posible la adaptación de jornada sin haber reducción de la misma. Esta teoría se desprende de la STS 4494/2008, de 13 de junio, al establecer el órgano juzgador que, al ser una petición de cambio de horario sin reducción, este derecho no se encuentra contemplado en el ámbito del art. 37ET, por lo que la Sala no puede decidir en relación a dicho supuesto, ya que de lo contrario se violaría el principio de legalidad establecido en el art. 117 C.E., no entrando siquiera en discutir si dicha adaptación fuera o no ventajosa para la conciliación de su vida laboral y familiar.



aplicación para el supuesto normal y ordinario, tratándose de la situación en la que nos encontramos, en la que se acompañe al menor a la cita con el médico.

Tal y como se establece en el ET., el articulado regulador del derecho de adaptación de jornada deja a lo establecido en el Convenio Colectivo o al acuerdo entre las partes. El art. 34.8 ET otorga flexibilidad en aras de facilitar o permitir la conciliación de la vida laboral y familiar, respetándose los límites legales que regulan la jornada laboral. Esta posibilidad solo se podrá ejercitar teniendo en cuenta los límites establecidos en Convenio. Es necesario indicar que éste derecho irá acompañado de la correspondiente reducción de jornada, como ya se ha indicado en sentencias del TS, entre ellas la STS 4494/2008, de 13 de junio. La adaptación de la jornada debe ir acompañada de reducción en la misma, ya que la situación de adaptación sin reducción no está contemplada en el pretexto legal del art. 37 ET. Es el legislador quien debe de añadir ésta posibilidad en la ley.

#### **3.1.4. Supuesto de enfermedad grave y se necesite hospitalización**

En los casos de mayor gravedad, en la que dicha enfermedad tenga la condición de enfermedad grave y se necesite un periodo de tiempo de hospitalización o ingreso, el Estatuto de los Trabajadores otorga al trabajador un derecho de naturaleza retributiva. En el art. 37.3 apartado b) ET se establece el derecho a disfrutar, previo aviso y justificación, con derecho a remuneración, de un periodo de 2 días en aquellos casos en los que se requieran hospitalización, o estemos ante una enfermedad grave. Cuando además se necesite desplazamiento, este plazo será de 4 días.

Es un derecho que tiene carácter potestativo para el trabajador, que puede o no ejercerlo, pero en todo caso, es obligatorio para el empresario. Éste no estará facultado para impedir su ejercicio, pero sí tiene derecho a conocer con suficiente antelación su uso por parte del trabajador. El ejercicio de este derecho está condicionado por la suficiente acreditación o justificación de la necesidad en la ausencia en el trabajo, así como la obligación de avisar con un plazo suficiente al empresario, a efectos de evitar

futuros problemas en la organización del trabajo por el empresario<sup>53</sup>. Para el ejercicio de este derecho se presume la buena fe entre las partes, por tanto el trabajador deberá preavisar con un plazo considerado suficiente. Es importante prever que esta obligación de avisar no es incondicional, pudiendo darse situaciones imprevisibles por parte del trabajador, como un accidente o la enfermedad repentina de un familiar<sup>54</sup>.

El Estatuto de los Trabajadores nada establece sobre la forma de realizar dicha comunicación, por lo que entendemos correcto hacer uso de cualquier medio de comunicación, siempre y cuando dicho medio garantice la recepción correcta del mensaje emitido y a tiempo. Señalamos, como ya hemos hecho anteriormente, la realización del aviso conforme a la buena fe del trabajador, utilizando tanto los medios más óptimos, como realizando el aviso en un plazo lógico. Como ya se señala anteriormente pero es importante recordar, este derecho es retribuido, pero solo se podrá ejercer en caso de que se requiera hospitalización o ingreso, o cuando la enfermedad tenga la condición de enfermedad grave.

Dichas enfermedades están contempladas en el Anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, en relación con el art. 3 del citado RD. Esta situación se dará solo en los casos en los que la enfermedad implique un ingreso hospitalario de larga duración, por el que se requiera de cuidado directo, continuo y permanente. El art. 4 de dicho Real Decreto establece un subsidio por parte de la Seguridad Social, por el cuidado de los menores afectados por estas enfermedades, siempre que la jornada de trabajo, se reduzca en al menos un 50% de duración de la misma. Ello conllevará la suspensión del contrato de trabajo, reconociéndose por tanto el subsidio de la Seguridad Social. Este subsidio se reconocerá siempre que el trabajador reúna la condición de afiliado, se sitúe en algún régimen del sistema de la Seguridad Social, y se acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles. Estos periodos mínimos de cotización, tal y como se contiene en el

---

<sup>53</sup> Sentencias TS 5918/2009 de 22 de septiembre de 2009 , y STS 2203/2007, 13 de marzo de 2007, sobre el deber de aviso y justificación para el disfrute de los permisos convencionales.

<sup>54</sup> La exigencia de aviso y justificación no será necesaria en aquellos supuestos en los que *“el problema de compatibilidad entre obligaciones laborales y necesidades familiares”* se presuma. Situación que podemos encontrarla en la ya citada STS 5926/2012, de 19 de julio.

artículo 5 del RD 1148/2011, de 29 de julio, serán de noventa días cotizados, dentro de los siete años anteriores a la fecha, siempre que la persona trabajadora tenga cumplidos 21 años de edad y fuera menor de 26 en la fecha en que inicie la reducción de jornada. En cambio, si la persona trabajadora tuviese cumplidos 26 años de edad en la fecha en que inicie la reducción de jornada, el periodo mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a dicha fecha.

La ley establece que la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave consistirá en un subsidio de devengo diario, equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales o, en su caso, la derivada de contingencias comunes, cuando no se haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales, aplicando el porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo. Según el art. 7 del citado RD, del cual se desprende el nacimiento y duración del derecho, establece que: *“Se tendrá derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción. Transcurrido dicho plazo, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses. El subsidio se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que se acreditará mediante declaración del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica del menor, y, como máximo, hasta que éste cumpla los 18 años”*. El objeto de la norma es compensar la pérdida de ingresos sufridas por la reducción de la jornada laboral.

A modo recordatorio, para el reconocimiento de la prestación será necesaria la reducción de la jornada de al menos el 50%<sup>55</sup> y que ambos progenitores trabajen<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social nº 29 de Madrid 492/2012, de 12 de diciembre. En su fundamento de Derecho segundo se establece la exigencia en la reducción de al menos el 50% en la jornada laboral para el reconocimiento de la prestación.

Además, otro de los requisitos para el reconocimiento del subsidio, obviamente que la enfermedad sea considerada cáncer u otra enfermedad grave, establecidas en el mencionado RD 1148/2011, de 29 de julio. El reconocimiento del derecho al subsidio se iniciará mediante solicitud de la persona trabajadora dirigida a la dirección provincial competente de la correspondiente entidad gestora de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que le corresponda, tal y como establece el art. 9 del citado RD.

### **3.1.5. Excedencia**

Fuera de este último caso, donde reviste una mayor gravedad de la enfermedad, el Estatuto de los Trabajadores otorga al trabajador otra posibilidad, y por tanto derecho a ejercer lo que se denomina como excedencia, contemplada en el art. 46.3 del mismo. El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años<sup>57</sup>.

Esta figura está orientada al propio interés del trabajador, protegiéndose su intimidad, por lo que no se requiere de unas causas concretas para su concesión. El trabajador no se verá en la obligación de justificar las razones de solicitarla. Es necesario mencionar que esta situación no conlleva la reserva del puesto de trabajo, sino que otorga un derecho preferente al reingreso en vacante de similar categoría. Si no existiera dicha vacante en el momento de solicitud de reincorporación, corresponderá al empresario probar dicha situación. La vacante podrá ser cubierta por empleados de nueva contratación, siempre que esta actuación sea anterior a la solicitud de reingreso.

Este derecho solo podrá ser ejercitado por el mismo trabajador si hubieran transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria. Si el

---

<sup>56</sup> En sentencia del Juzgado de lo Social nº19 de Madrid 7/2013, de 9 de enero, se recuerda el requisito establecido en el art. 135 quáter LGSS en cuanto a la exigencia de que ambos progenitores trabajen para el reconocimiento de la prestación económica.

<sup>57</sup> En la STSJ de Castilla y León 879/2006, de 20 de febrero, se establece que la excedencia es un derecho incondicionado, es decir, aunque la misma fuese denegada por la empresa, al ser ésta un derecho incondicionado, no está subordinado por tanto a la aceptación o no de la misma por la empresa, siempre que concurren las circunstancias legales.

trabajador optase por la excedencia para el cuidado del menor por razones de enfermedad, implicaría la suspensión del contrato de trabajo, que llevará aparejada la pérdida del derecho a salario mientras se disfrute de la misma. Este periodo no podrá ser superior a dos años de duración. Sin embargo, el periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en el artículo 37.3 e) ET, “*será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación*”.<sup>58</sup> Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.

Fuera de estos dos casos, tanto por designación como elección para un cargo público, la excedencia tendrá la condición de voluntaria. Recordemos que el trabajador en situación de excedencia voluntaria solo conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que existieran en el momento en la empresa. Esto quiere decir que se tendrá derecho al reingreso en la empresa solo si existiera un puesto en igualdad de condiciones a aquel anterior a la excedencia, o de una categoría similar. Dicha situación podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que se prevean, tal y como se contempla en los arts. 37.5 y 37.6 ET.

---

<sup>58</sup> En este aspecto, la STSJ de Islas Baleares 1047/2007, de 3 de septiembre, indica que la “*situación de excedencia por cuidado de hijos no extingue la relación laboral, sino que la suspende, manteniéndose todos los derechos (...) no altera el cómputo de la antigüedad y tiempo efectivo de prestación a efectos de la indemnización prevista en la extinción contractual por modificación sustancial de las condiciones laborales*”.

### **3.1.6. Supuestos contemplados para personas con discapacidad**

La Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social establece un régimen protector específico para las personas con discapacidad. Estas personas constituyen un sector variado de la población, con necesidades específicas procedentes de su situación de discapacidad, así como de la existencia de barreras que imposibilitan su plena inclusión en la sociedad en condiciones de igualdad. Esta ley incluye un título destinado a los derechos de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad, desde el empleo, la protección de la salud y la educación, hasta la participación en asuntos públicos y la realización de vida independiente.

En el supuesto que el menor tenga algún grado de discapacidad orgánica reconocida, su progenitor podrá beneficiarse del supuesto contemplado en la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social. En su artículo 10 se establece el derecho a la protección de la salud de las personas con discapacidad, incluyendo la prevención y protección de la enfermedad. En su apartado segundo, reconoce que las actuaciones tanto de la Administración Pública como de los sujetos privados estarán encaminadas a una atención específica de las necesidades de la persona con discapacidad. Se deberán promover las medidas necesarias para favorecer el acceso a los servicios y prestaciones relacionadas con su salud, en condiciones de igualdad con el resto de ciudadanos. Entre estas medidas podría establecerse el acompañamiento del progenitor los días que el menor deba acudir al hospital para la atención de la enfermedad. Ciertamente, será difícil la asistencia al mismo por otros medios, al ser menor de edad, Con ello estaríamos limitando las posibilidades del menor para acudir al facultativo, existiendo una diferenciación de trato que nada tendría que ver con la situación de igualdad que contempla la legislación al respecto.

### **3.2. Derecho de adaptación de la jornada laboral**

El siguiente supuesto versa sobre un trabajador que tiene reconocido un grado de discapacidad del 34%, relacionado con el Crohn. Esta persona plantea a la empresa la posibilidad de dejar los turnos rotativos de trabajo por un turno fijo en el mismo. La empresa accedió a dicha petición, tras solicitar informes médicos. Estos informes aconsejaban la convivencia de la estabilidad por turnos. La empresa accedió y se alcanzó un acuerdo entre empresario y trabajador, de manera tácita, sin constar el mismo en documento alguno. Pocos meses después, la empresa incumple con el acuerdo alcanzado entre las partes, alegando necesidades en la empresa. Ante esta situación, el trabajador solicita asesoramiento legal en relación a su situación y a sus posibilidades de actuación.

El disfrute de este derecho por parte del trabajador se encuentra consagrado en el art. 34.8 ET. Como ya se analizó anteriormente, este derecho se caracteriza por otorgar flexibilidad entre las partes, siendo de especial importancia lo establecido en el Convenio Colectivo de aplicación o al acuerdo que hayan llegado las mismas. Las partes podrán establecer tanto la duración como la distribución de la jornada laboral. El objetivo de ésta flexibilidad es facilitar al trabajador su derecho a conciliar su vida familiar y laboral. Como único límite a esta norma sería que los acuerdos o pactos que alcanzaran las partes no fueran contrarios a los límites legales que regulan la jornada de trabajo. El TC en sentencia 3/2007, de 15 de enero establece que el derecho a la elección de turno se podrá ejercitar siempre y cuando no se ponga en dificultades organizativas suficientemente importantes, afectando al funcionamiento de la empresa. Tal situación deberá ser acreditada por la empresa, para que dicha negación a tal derecho se encuentre suficientemente justificada. Por tanto, el derecho a conciliar la vida familiar y laboral, con la adaptación de la jornada laboral no es ilimitado.

Para empezar, debemos referirnos a la obligatoriedad en el cumplimiento del acuerdo entre trabajador y empresario en relación con el cambio de horario en la jornada laboral. Tal y como señala nuestro usuario, la empresa cumplió con lo acordado, durante un periodo de seis meses. El trabajador podrá hacer probar dicha situación con su

registro de la jornada en la empresa, en el que se anota la hora de entrada y salida del trabajo.

### 3.2.1. Deber de protección

En referencia al trabajo nocturno, trabajos a turnos y el ritmo de trabajo, el art. 36 ET contempla una regulación general y estándar para trabajadores ordinarios<sup>59</sup>, por lo que no presenta ningún tipo de referencias en relación con el presente caso. Su aplicación se adapta a diversos artículos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En cuanto al establecimiento del deber de protección que corresponde al empresario en relación con sus trabajadores, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, establece en su art. 14.2, que el empresario *“deberá garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores (...) mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores”*. La infracción del deber de adopción de medidas preventivas relacionadas a las condiciones de trabajo, en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, conllevará importantes sanciones. En STS 6810/2003 se desprende que tal infracción deberá ser probada por la inspección de trabajo, rigiendo el principio de presunción de inocencia.

Prevalece por tanto, las necesidades personales por motivos de salud laboral, sobre las causas empresariales sumamente genéricas y no justificadas por el empresario. Ello es así debido a la aplicación del principio de adaptación del trabajo a la persona, recogido en el art. 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Además, dicho deber se mantiene en el art. 25 de la ya mencionada Ley de prevención de riesgos laborales. En el citado artículo se especifica que el propio empresario deberá garantizar la protección de aquellos trabajadores que por sus características sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. El

---

<sup>59</sup> Deber de protección por parte de la empresa en el ámbito del trabajo, de mantener y adoptar todas aquellas medidas de protección, que sean eficaces, protegiendo así la salud de los trabajadores, tal y como se desprende de la STS 9631/2016, de 22 de septiembre. En dicha sentencia, además de los deberes mencionados, recoge la obligación de la empresa en relación al deber de protección recaída sobre la misma, la obligación de vigilancia de las condiciones del trabajo y de los propios trabajadores en su actuación.



empresario deberá tener en cuenta dicha situación para la adopción de las medidas de protección y prevención que sean necesarias.

Igualmente cabe mencionar de nuevo el art. 15 de la LPRL, el cual establece como medidas de acción la adaptación del trabajo a la persona, así como elección de equipos y métodos de trabajo, con el objeto de reducir los efectos del mismo en la salud. Este es un principio esencial de vigilancia de la salud en el trabajo y la gestión de los riesgos laborales. Este deber de protección encuentra a mayor abundamiento, refuerzo en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. En su art. 10 se encuentra regulado el derecho de las personas con discapacidad a la protección de la salud, incluyéndose la prevención y recuperación de la misma. Estas garantías contienen un especial desarrollo en la legislación laboral, estableciéndose a las mismas como una tutela cualificada y reforzada en atención a los riesgos laborales existentes.

Además, en su art. 11.1 se establece el derecho de prevención e intensificación de las discapacidades, expresando que se atenderá a la diversidad de las personas con discapacidad, “*dándose un tratamiento diferenciado según las necesidades específicas de cada persona*”<sup>60</sup>, así como a los diferentes principios de acción preventiva en el ya mencionado artículo 15. Como refuerzo, debemos citar el art. 40 de dicha Ley, que establece la adopción de medidas para prevenir o compensar desventajas ocasionadas por la discapacidad, para garantizar así la plena igualdad en el trabajo: “*Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación,*

---

<sup>60</sup> Esta norma se desprende de la STSJ Cataluña 67800/2010, de 22 de octubre. En dicha sentencia se hace referencia al deber del empresario de proteger y atender a las circunstancias de salud de los trabajadores, adoptando todas aquellas medidas necesarias para no agravar sus condiciones de salud. En esta sentencia, la trabajadora, con asma bronquial, obtiene un informe médico donde se establece que dicha enfermedad puede ir agravándose por el puesto de trabajo desempeñado, recomendándose evitar la exposición a gases. La empresa conoce de tal situación, por lo que decide enviarla a una sección diferente, acabando con dichas exposiciones. Pasado el tiempo, vuelven a enviarla a la sección anterior, donde presenta un empeoramiento en la salud.

*salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario*". Si la adopción de estas medidas fueran imposibles para el puesto de trabajo en cuestión, o las mismas supusieran un gasto excesivo para la empresa, el empresario no estará obligado a adoptarlas<sup>61</sup>.

Al concederse el turno fijo, crea una condición más ventajosa para el trabajador derivada de sus circunstancias personales, derivadas de las condiciones de salud, independientemente de la voluntad empresarial. Este beneficio se incorpora a la relación laboral no cabiendo alteración por intereses objetados por la empresa, por lo ya redactado anteriormente. El artículo 8.1 del ET permite que el contrato de trabajo o sus condiciones, se concierten de manera tácita, si bien el artículo 3.1 c del mismo establece que *"en ningún caso podrán establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales o convencionales"*, siendo éste el único límite a la flexibilidad, impuesto por ley.

### **3.2.2. El principio de "condición más beneficiosa"**<sup>62</sup>

Debemos relacionar lo anterior con el principio de condición más beneficiosa, ya que constituye su punto de partida en una *"mejora incorporada al nexo contractual frente a las condiciones estrictamente exigibles"*<sup>63</sup>, según la normativa general aplicable, impidiendo su modificación por el empresario, a aquellas mejoras de las condiciones exigibles, nacidas del contrato individual de trabajo expreso inicial o novatorio, bien

---

<sup>61</sup> Considerando nº17 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. *"Para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, deberían tenerse en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización (...)"*

<sup>62</sup> El principio de "condición más beneficiosa" se desprende del art. 8.1 ET, en cuanto a la forma del contrato, pudiendo establecerse el mismo tanto de manera escrita como tácitamente. En relación a este precepto, se ha de citar el art. 3.1c) ET, en cuanto al nacimiento de derechos y obligaciones por la voluntad de las partes, así como la exigencia de los mismos. Estos derechos y obligaciones no podrán ser contrarias al ordenamiento jurídico.

<sup>63</sup> Tal y como señala la STS 682/2016, de 19 de Julio, *"no basta la repetición o la persistencia en el tiempo, sino que es preciso que la actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o en el convenio... Ni es suficiente que el beneficio tenga duración en el tiempo, ni es tampoco precisa esa nota de la duración o persistencia". Lo fundamental es que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual "en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho"*.

*de la incorporación al nexo contractual por el paso del tiempo o por concesión unilateral*”<sup>64</sup>. El principio de “condición más beneficiosa” refiere a una serie de derechos adquiridos por el trabajador. Estos derechos no se encuentran recogidos en la ley, Convenio Colectivo o contrato de trabajo, sino que se incorporan al nexo contractual por voluntad empresarial. Su fundamento se encuentra en el art. 3.1 c) del ET, según establece que “*los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan (...) por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios antes expresados*”. Es de importancia destacar que la inclusión de esta ventaja al nexo causal deriva de la voluntad inequívoca del empresario en otorgarla, derivándose un beneficio o ventaja superior a la establecida en las leyes o convenios colectivos.

En este supuesto hablamos de dicho principio, ya que supone la alteración en una condición más beneficiosa previa a la situación actual. Dicha condición ha sido adquirida de forma unilateral, por la propia voluntad del empresario. En caso de no haber existido dicha condición previa<sup>65</sup> –supuesto que analizaremos en el siguiente apartado–, no entraríamos a valorar este principio, sino más bien, al análisis tanto de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, como del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Las normativas anteriores establecen un régimen más protector que si atendemos al “*principio de condición más beneficiosa*”, dando mayor importancia al estado de salud del trabajador, así como a la constante adaptación del puesto de trabajo a las circunstancias del empleado.

---

<sup>64</sup> Sala Franco, T., “*El principio de la condición más beneficiosa*”, Revista de política social n°114, 1977.

<sup>65</sup> Tal y como expresa la STS 5169/2009, de 12 de mayo, teniendo en cuenta la doctrina concebida en la STS 3936/2005, de 21 de noviembre, así como la STS 3590/1999, de 29 de marzo, viene a decir que para “*que se sostenga dicha condición más beneficiosa es necesario que se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (...) incorporándose al nexo contractual, y que se pruebe en fin, la voluntad empresarial de atribuir una ventaja o beneficio que supere lo establecido en fuentes legales o convencionales*”.

El anterior art. 8.1 ET constituye doctrina jurisprudencial –respeto a las condiciones contractuales-. Las condiciones han de nacer del contrato, siempre que no contraríen las normas legales y sean más favorables que las legales. Por tanto, las condiciones contractuales, expresas o tácitas, suponen la obligatoriedad en su cumplimiento para las partes, dada su fuerza vinculante con arreglo al artículo 1.278 del Código Civil --“*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”. La eficacia de dichas condiciones estará condicionada a la existencia de dos únicos requisitos: deberá tratarse sobre condiciones nacidas del acuerdo entre empresario y trabajador, y que éstas tengan la consideración de condiciones lícitas. Para ser consideradas lícitas deberán establecer una condición no menos favorable que las ya establecidas en disposiciones legales o convencionales, y que dichas condiciones no sean contrarias a tales disposiciones, respetando los límites recogidos en las mismas.

Es criterio jurisprudencial consolidado que las condiciones que se aplican a una relación laboral deben considerarse, en principio, condiciones contractuales. De manera que aunque su origen pudiera haber sido una concesión unilateral y voluntaria del empresario, por vía repetición se incorpora al contrato. Con ello, dicha condición adquiere naturaleza contractual y se convierte en obligatoria para el empresario, quien más adelante, ya no podrá suprimirlas por sí mismo<sup>66</sup>. En este caso, tal condición podrá unirse al nexo contractual atendiendo a las circunstancias del trabajador por motivos de salud, aunque en circunstancias normales derivan de causas económicas, organizativas o de producción. Estas modificaciones atienden al art. 41 ET, tratándose de una modificación sustancial, con el objetivo de proteger al trabajador como en éste caso.

De la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2007<sup>67</sup>, de unificación de doctrina sobre la condición más beneficiosa, pueden desprenderse las circunstancias necesarias para cumplir con dicha condición. Señala que “*para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y*

---

<sup>66</sup> SAN 657/2007, de 5 febrero 2007; STS 4062/2006, de 22 mayo de 2006, en las que se establece la importancia de la incorporación al nexo contractual dicha condición, siempre que se adquiera y disfrute como consolidación de la ventaja, por voluntad del empresario.

<sup>67</sup> STS 2465/2007, de 4 de abril, sobre las circunstancias existentes para la consideración de “condición más beneficiosa”

*disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual”* en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho” y se prueba *“la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”*. Es de vital importancia que la condición adquirida se haya disfrutado por la voluntad inequívoca del empresario, incorporándose al nexo causal por el disfrute de la misma por un tiempo prolongado.

En cuanto a la mención de trabajadores especialmente sensibles, debemos mencionar que la STSJ Madrid 28 marzo de 2007<sup>68</sup> dicta jurisprudencia en cuanto al reconocimiento de los trabajadores con problemas de salud, del derecho a ser destinados a un horario diferente, y para el que sean profesionalmente aptos. Por tanto podemos decir que el acuerdo llegado entre el trabajador y el empresario es vinculante para ambas partes, obligatorio y eficaz, al reunir los dos requisitos citados anteriormente. Debemos de analizar los criterios jurisprudenciales requeridos para considerar una condición extracontractual como “condición más beneficiosa”, lo que implicaría su incorporación al contrato. Cuando la condición contractual más beneficiosa no se haya documentado, la prueba de su existencia depende de que se acredite realmente que hubo voluntad de las partes, y especialmente del empresario, de asumir el correspondiente compromiso contractual. Esta situación podrá acreditarse por parte del trabajador por el registro de jornada, ya que el mismo nos aclara que durante 6 meses estuvo realizando su oficio en el horario acordado tácitamente. Es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, al tener la condición de intangible, conservando su vigencia mientras las partes no acuerden otra cosa.

---

<sup>68</sup> STSJ 4042/2007, de Madrid de 28 de Marzo de 2007, en cuanto a la adaptación de los puestos de trabajo a las características personales, estado biológico o discapacidad del trabajador, evitándose una situación de peligro o riesgo para la salud del mismo, teniendo en cuenta las exigencias y aptitudes del trabajador para el puesto de trabajo en cuestión.

### **3.2.3. Régimen de mayor protección en la adaptación del puesto de trabajo por motivos de salud**

Como ya se dijo anteriormente, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, establece un régimen más protector que el “principio de condición más beneficiosa” del cual hemos hablado, con atención en los artículos 14, 15 y 25. Este articulado no se refiere única y exclusivamente a personas con discapacidad, existiendo una legislación específica que otorga aún mayor protección a este colectivo -siendo el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social-. La finalidad de dicha ley 31/1995 es proteger el estado de salud del trabajador en general.

Como ya se señaló, si la persona tiene declarada una discapacidad cuenta con la protección establecida en el RD-Legislativo 1/2013. En su artículo 17 se establece en relación a las personas con discapacidad, la protección de idénticos derechos que las demás personas. Entre estos derechos destacan el derecho de igualdad y no discriminación, así como la inclusión de las personas con discapacidad en su trabajo, establecido así por el artículo 35 de dicho RD-Legislativo. Para la garantía de estos derechos, el artículo 40 establece la adopción y el mantenimiento de aquellas medidas específicas que tengan como fin compensar las desventajas derivadas de la discapacidad. Ello constituye una obligación para el empresario, consistente en realizar modificaciones para la plena adaptación del trabajador al puesto de trabajo, por lo que su incumplimiento se considerará una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades, tipificado en el artículo 63. Por su incumplimiento, los arts. 78 y ss establecen un régimen de infracciones y sanciones para el empresario. Como ya hemos dicho anteriormente y tras el análisis de determinadas sentencias<sup>69</sup>, el deber de protección de las personas con discapacidad es de especial importancia en cuanto a garantizar el derecho a la igualdad de trato y oportunidades en el trabajo.

---

<sup>69</sup> En cuanto al deber del empresario de proteger y atender a las circunstancias de salud de los trabajadores, adoptando todas aquellas medidas necesarias para no agravar sus condiciones de salud. STSJ 4042/2007, de Madrid de 28 de Marzo de 2007; STSJ Cataluña 67800/2010, de 22 de octubre

Estas modificaciones pueden afectar a las condiciones reconocidas al trabajador en acuerdos con el empresario, o en decisiones unilaterales del mismo. Se establece por tanto, el derecho a una protección eficaz por parte del empresario, estableciéndose como deber<sup>70</sup> para éste, frente a riesgos laborales<sup>71</sup>. El establecimiento de este derecho implica que el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de sus trabajadores, realizando todas aquellas medidas necesarias para la protección de sus empleados. Entre estas medidas, el artículo 15 establece la adaptación del puesto a la persona, teniendo siempre en cuenta las aptitudes del trabajador para realizar el trabajo en cuestión.

Se debe hacer hincapié en la protección hacia aquellas personas que por su estado, sean especialmente sensibles a determinados tipos de riesgo. Es de vital importancia señalar que el empresario deberá garantizar de una manera específica la protección de estos trabajadores, teniendo siempre en cuenta sus características, evaluándolas y estableciendo medidas en concordancia con esas circunstancias. Dicha condición la tendrá el trabajador en relación a sus propias características o estado biológico, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial. Esta consideración no necesariamente debe ir ligada al trabajador con discapacidad, por lo que no siempre los trabajadores con discapacidad tendrán la condición de “especialmente sensibles”.

Podemos concluir que la Ley 31/1995 establece un contenido más protector. Esta mayor protección es de gran importancia, en cuanto que nos referimos a personas especialmente sensibles por motivos de salud (como ya se dijo anteriormente, se incluyen dentro de este supuesto a las personas con discapacidad atendiendo a sus circunstancias), asegurándose así el establecimiento de las medidas necesarias para la continuación en el trabajo. Se considerarán nulas, conforme a lo dispuesto en el art. 17

---

<sup>70</sup> La Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece en su artículo 14 el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en su trabajo, así como un deber de protección para el empresario en relación a sus trabajadores.

<sup>71</sup> En relación con las sentencias anteriores. STS 633/2017, de 24 de enero, sobre el deber del empresario a la hora de aplicar medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo.

En este caso, la adaptación de la jornada laboral de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, Dicha trabajadora trabajaba en un hospital, y durante su período de adaptación del puesto de trabajo no percibió abono en concepto de guardias, por lo que considera que esa falta supone una discriminación indirecta por razón de su situación.

ET, aquellas condiciones de trabajo que vayan en detrimento de la salud del trabajador, teniendo en cuenta la aptitud del trabajador para la realización del trabajo correspondiente. En todo caso, la ley tendrá un carácter de Derecho necesario mínimo<sup>72</sup>, pudiendo establecerse mejoras en los Convenios Colectivos correspondientes.

#### **3.2.4. Posibilidades de actuación por parte del trabajador**

Si el trabajador no opta por la rescisión del contrato, la decisión del empresario podrá ser impugnada ante la jurisdicción social. En sentencia se declarará si la modificación es o no justificada y en este caso, se reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones. La negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, cuando una sentencia judicial haya declarado las mismas injustificadas, dará opción al trabajador a rescindir su relación laboral por el procedimiento de «Extinción por voluntad del trabajador con causa justificada».

#### **3.2.5. Representación y defensa**

En cuanto a su representación y defensa en el procedimiento, la LRJS establece en su art. 18 y ss. que podrá comparecer por sí mismo o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Dicha representación puede conferirse mediante escritura pública o mediante comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia (antiguo secretario judicial). También puede contarse con la representación por el sindicato al cual sea afiliado, tal y como establece el art. 20 de la LRJS, pudiendo actuar en un proceso en nombre del trabajador para la defensa de sus derechos.

En el caso de que se prefiera conferir la asistencia a abogado o representación a graduado social colegiado o a procurador deberá solicitarse en la demanda, o ponerlo en conocimiento del juzgado por escrito dentro de los dos días siguientes al de su citación

---

<sup>72</sup> Así se establece en el art. 2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, estableciéndose como un contenido mínimo de garantías, pudiendo establecerse mejoras en los Convenios Colectivos.



para el juicio. Pero como ya hemos señalado, dicha representación o asistencia es facultativa en la instancia, no siendo así para posibles recursos posteriores a la sentencia. No es necesaria la tramitación de la papeleta de conciliación ante el SMAC, según el art. 63 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, ya que se trata de una modificación empresarial atendiendo, como elemento importante, a circunstancias de salud del trabajador. Con ello se garantiza la tutela de sus derechos, tanto de igualdad como de protección de la salud. Según un artículo digital de Dña. Irene Bajo García, profesora de Derecho del trabajo y SS de la Universidad de Alicante, “dentro del conjunto de actuaciones que conforman la modificación sustancial, cabe distinguir entre las que afecten a condiciones pactadas en convenios colectivos, y las medidas que hayan sido acordadas entre empresario y trabajador a nivel contractual o a través de pactos”<sup>73</sup>. En este sentido y guardando relación, ésta modificación no debe ser considerada modificación sustancial, ya que no se encuentra integrada en las reguladas en el art. 41 ET. Debe ser considerada modificación empresarial atendiendo a la protección del empleado, garantizándose así la tutela de sus derechos fundamentales. En este caso, es de vital importancia mencionar el art. 50 ET, de contenido más protector que el anterior, ya que estamos hablando de la salud del trabajador. Como ya se ha señalado, no se respetan las condiciones del art. 41 para considerarse modificación sustancial. Dicha modificación se produce a consecuencia del menoscabo producido en la salud del trabajador.

Antes de realizar la demanda para iniciar las acciones judiciales oportunas, es recomendable comunicar previamente a la empresa la intención de acudir a los tribunales, basada en la petición reiterada en ocasiones anteriores, constanding en dicha comunicación la fecha de inicio de la pretensión. Como se señaló anteriormente, para realizar dicha actuación se puede contar con el apoyo y representación de los órganos sindicales. Al realizar la demanda, se debe dejar clara la existencia de relación laboral que une a la empresa, así como el pacto o acuerdo al que se llegó en cuanto a la jornada laboral, en relación a las circunstancias de salud, teniendo en cuenta los informes

---

<sup>73</sup> BAJO GARCÍA, I. “La modificación sustancial de las condiciones del trabajo”. Artículo digital de elderecho.com en “Boletín Social”. Universidad de Alicante. 2014.

[http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/modificacion\\_condiciones\\_trabajo\\_11\\_702430004.html](http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/modificacion_condiciones_trabajo_11_702430004.html)

médicos relativos al estado de salud, y el incumplimiento del empresario con respecto a este asunto. Podemos incluso alegar la tutela de derechos fundamentales en el ámbito laboral, si se considera que se ha llevado a cabo un tratamiento discriminatorio contra el trabajador, tal y como se establece en el Capítulo XI de la LRJS.

Dichas actuaciones procesales deben practicarse, tal y como señala el art. 43 y ss de la citada Ley, en días y horas hábiles, presentándose en los Registros de la oficina judicial adscritas a las Salas y Juzgados de lo Social. Una vez celebrado juicio, la ley establece que el Juez dispone de un plazo de 5 días para dictar sentencia, indicando si la misma fuera o no firme, aunque en la práctica estos plazos suelen prolongarse.

### **3.2.6. La singularidad de la “condición más beneficiosa” por motivos de salud laboral**

En resumen, para que la concesión del empresario se convierta en condición más beneficiosa, es necesario que se cumplan una serie de condiciones a las que se refiere la jurisprudencia del TS. Dichas condiciones son: que se haya adquirido y disfrutado aquello que se reclama como beneficio, mediante la existencia de una voluntad inequívoca de la concesión por parte del empresario;<sup>74</sup> que dicha voluntad o acto inequívoco de concesión del derecho sea incorporado al nexo del contrato; y que exista prueba que acredite la voluntad del empresario de atribuir dicho beneficio, que supere tanto lo establecido en el convenio, en la ley o en el contrato.

Si todos estos elementos se dan, nos encontramos ante la intangibilidad unilateral de la condición más beneficiosa adquirida y disfrutada. Esto conlleva que sólo a través de acuerdo entre las partes, siempre que sea más favorable para el trabajador, se podrá modificar dicha condición. En cuanto al régimen jurídico, la condición más beneficiosa se rige por el acto o pacto de concesión, por lo que las limitaciones

---

<sup>74</sup> STS 5933/2004, de 24 de septiembre de 2004, la cual repite la teoría ya mencionada anteriormente, la cual recoge que para que se declare el sostenimiento de una condición más beneficiosa, es preciso que ésta se haya disfrutado y se haya consolidado, incorporándose al nexo contractual, siempre que dicha ventaja o beneficio se derive de una “obra de voluntad inequívoca” de concesión por parte del empresario. En dicha sentencia se recoge que “es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas, la cual tendrá eficacia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no haya normativa tanto legal como pactada, más favorable y que por tanto, modifique la ventaja anterior.

establecidas en el mismo determinan el alcance del derecho reconocido. No resulta posible suprimirla unilateralmente por parte del empresario, ni tampoco por Convenio Colectivo.

Como ya se dijo anteriormente, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, establece un régimen más protector, atendiendo a la salud del trabajador. En relación a las personas con discapacidad, la existencia de legislación específica que otorga aún mayor protección a este colectivo tiene como finalidad -siendo el RD-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social- proteger el estado de salud del trabajador en general. En dicho RD-Legislativo se establece en relación a las personas con discapacidad, la protección de idénticos derechos que las demás personas, incluidos en los mismos el derecho de igualdad y no discriminación, y la inclusión en el trabajo.

La adopción y el mantenimiento de medidas específicas tiene como objeto la compensación de las desventajas derivadas de la discapacidad. Los empresarios estarán obligados a realizar dichas modificaciones para la plena adaptación del trabajador al puesto de trabajo. El incumplimiento de este deber se considerará una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades, estableciéndose un régimen de infracciones y sanciones para el empresario, tipificadas en los artículos 78 y ss.

Debemos establecer que el pacto o acuerdo entre trabajador y empresario es totalmente eficaz y vinculante entre las partes. Según lo expuesto en párrafos anteriores, dicho acuerdo establece una condición más ventajosa para el trabajador, incluyéndose dicha condición en el contrato de trabajo. La consideramos como “más ventajosa” al haber nacido teniendo en cuenta los requisitos exigidos para la misma. Tal condición ha sido disfrutada en un periodo prolongado por el trabajador durante 6 meses; nacida de la voluntad inequívoca del propio empresario (actuación continuada y repetida por la empresa). Además, se ha corroborado la existencia de voluntad del empresario y la incorporación tácita de dicho acuerdo al contrato. La incorporación al contrato de trabajo hace que este pacto no pueda ser extraído del mismo de manera unilateral por parte del empresario. Como punto, podemos aludir respecto al comportamiento del empresario, la posible aplicación del art. 50 ET. Como anteriormente se dijo, dicho

artículo otorga una mayor protección al trabajador respecto a un posible incumplimiento del empresario. Por ello, el art. 50 ET otorga el derecho al trabajador de rescindir su contrato de trabajo, y recibir indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con máximo de nueve meses.

### **3.3. El reconocimiento de la incapacidad durante el desarrollo de la relación laboral, procedimiento a seguir y resolución**

El siguiente supuesto versa sobre una persona afectada por Crohn, la cual nos pregunta sobre la posibilidad de obtener derecho a incapacidad derivada de las EII (Enfermedades Inflammatorias Intestinales), ya que de oficio le deniegan dicho derecho. Para iniciar esta consulta, es necesario realizar una distinción entre los diferentes tipos de incapacidades existentes en nuestro ordenamiento, las cuales se encuentran reguladas tanto en la Orden de 15 de abril de 1969, de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social, como en los arts. 169 y ss. del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

#### **3.3.1. Tipos de incapacidad**

En el RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, se distingue la incapacidad temporal de la incapacidad permanente. En la incapacidad temporal, establecida en los art. 169 y ss. RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, el trabajador se ve imposibilitado de forma temporal para ejercer su trabajo, por motivos de enfermedad común, profesional, o por accidente laboral o no laboral. Dicho trabajador se encontrará en periodo de baja laboral, recibiendo asistencia sanitaria. El impedimento para trabajar tendrá una duración máxima de 365 días. Agotado el plazo, el mismo podrá prorrogarse por otros 180 días, cuando se presuma una mejoría en la salud del trabajador, pudiendo éste reincorporarse a su puesto. Se considera enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales. Estas enfermedades encuentran su definición en el artículo 158.2 del RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley

General de la Seguridad Social. En el caso que nos ocupa, la supuesta incapacidad se deriva en todo caso, de una enfermedad común, como es la enfermedad del Crohn.

En la incapacidad permanente, cuya definición se encuentra recogida en el art. 193 RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, el trabajador encuentra limitada su capacidad de trabajo de forma indefinida, en relación a sus capacidades físicas o psíquicas. Esta situación conlleva al trabajador la imposibilidad de desarrollar plenamente su actividad laboral. Igualmente, tras la revisión de la incapacidad temporal, el trabajador puede experimentar una agravación en sus capacidades, pudiendo el mismo ser considerado en situación de incapacidad permanente.

### **3.3.2. Reconocimiento del derecho de incapacidad temporal**

A lo que respecta al reconocimiento del derecho a incapacidad temporal en casos de enfermedad común, corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social. Así está determinado por el art. 7 de la Orden de 15 de abril de 1969, de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen de la Seguridad Social. Sin embargo, el art. 170 RD-Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, establece que durante el plazo de 365 días de la baja, se llevará a cabo la inspección de tal baja, con el fin de emitir un alta médica. Esta inspección será realizada a través de los inspectores médicos adscritos al INSS. Por tanto, el INSS emitirá resolución dependiendo del contenido del informe realizado por los inspectores médicos, acogiéndose al criterio establecido por los mismos.

### **3.3.3. Grados de incapacidad permanente**

En cuanto a la incapacidad permanente, la misma se clasifica en diferentes grados<sup>75</sup>, atendiendo al contenido del art. 194 RD-Legislativo 8/2015. Dicho artículo encuentra desarrollo en la disposición adicional vigesimosexta del citado precepto legal. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual aquella incapacidad que produzca la disminución de al menos el 66% de la capacidad de

---

<sup>75</sup> Art. 194 RDL 8/2015, en relación con su disposición transitoria n 26º, por lo que, hasta que no haya un desarrollo reglamentario de dicho artículo, tanto la “incapacidad permanente parcial, total y absoluta, se entenderán referidas para la profesión habitual.

ganancia en dicha profesión, en los casos de enfermedad común. Por el contrario, se entiende por incapacidad permanente total para la profesión habitual, aquella incapacidad que inhabilite al trabajador para la realización de las tareas fundamentales de su profesión, aunque pueda dedicarse a otra distinta. En cuanto a la incapacidad permanente absoluta, se encuentran incluidas en éste ámbito aquellas incapacidades que inhabiliten al trabajador absolutamente para todo tipo de trabajo, profesión u oficio. Por último, la ley denomina situación de gran invalidez aquella en la cual el trabajador se encuentra afectado por una incapacidad absoluta, y que por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Es de vital importancia señalar que según establece el RD-Legislativo 8/2015, hasta que no se desarrolle reglamentariamente el anterior artículo, todas las referencias que se realicen a la «incapacidad permanente parcial» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente parcial para la profesión habitual». Así mismo, las que se realizasen a la «incapacidad permanente total» deberán entenderse hechas a la «incapacidad permanente total para la profesión habitual», así como las hechas a la «incapacidad permanente absoluta», a la «incapacidad permanente absoluta para todo trabajo».

Se entenderá por profesión habitual<sup>76</sup> la realizada por el trabajador durante los 12 meses anteriores a la fecha en que se hubiera iniciado la incapacidad de la que se derive la invalidez<sup>77</sup>. En STS 4952/2016, de 26 de octubre se establece que los criterios a seguir son diferentes en función del origen de la incapacidad permanente, y así cuando se trataba de enfermedad común la profesión habitual se entendía que era la desempeñada en los doce meses anteriores al hecho causante<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Definición establecida en el art. 11.2 de la Orden del Ministerio de Trabajo, de 15 de abril de 1969, de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>77</sup> ATS 9471/2003, de 25 de septiembre de 2003, en relación a la definición de “profesión habitual”, siendo ésta la desarrollada principalmente por el trabajador, independientemente que éste haya realizado anteriormente otras actividades distintas.

<sup>78</sup> STS 4952/2016, de 26 de octubre, sobre la determinación en el concepto de profesión habitual a los efectos de definir los límites de la incapacidad permanente total. Dicha sentencia define la profesión habitual como “*la ejercida prolongadamente y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante, (...) la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque (...) se haya accedido a*

### **3.3.4. Procedimiento de solicitud de reconocimiento de incapacidad permanente<sup>79</sup>**

El procedimiento establecido para la solicitud de declaración de incapacidad permanente se encuentra regulado en el art. 200 del RD-Leg. 8/2015, así como en los arts. 4 y ss del RD 1300/1995, de 21 de julio. Será el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos correspondientes y en todas las fases del procedimiento (cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate), el encargado de evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente. Así mismo, será el encargado de determinar las contingencias causantes de la misma.

El procedimiento para evaluar la incapacidad permanente, en relación al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas, se podrá iniciar tanto de oficio como por propia iniciativa de la Entidad gestora (INSS). También dicho procedimiento se podrá iniciar a consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente, así como por las mutuas afectadas. El interesado deberá cumplimentar el modelo de solicitud de incapacidad permanente y la documentación personal y específica que se indica en el modelo de solicitud. La solicitud y documentación necesaria deberá presentarse en cualquiera de los centros de atención e información del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o en las direcciones provinciales o locales del Instituto Social de la Marina (ISM). Los trabajadores que no procedan de incapacidad temporal, bien por no tener protegida esta contingencia o por no estar en alta, deberán presentar la solicitud para iniciar el procedimiento. La iniciación del procedimiento, como ya hemos

---

*otra más liviana.* Por tanto, profesión habitual no se identifica con la categoría profesional, sino con las actuaciones que el trabajador esté cualificado para realizarlas, por lo que, en relación al art. 137.2 LGSS podría dar lugar a error, al establecer que para la determinación del grado de incapacidad se deberá tener en cuenta la reducción de la capacidad para la profesión habitual o del grupo profesional en que se encuadre.

<sup>79</sup>Se encuentra una guía orientativa en la página web de trámites y gestiones de la Seguridad Social ([http://www.segsocial.es/Internet\\_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/DescripcionesdeProc43384/ProcedimientodeInca45987/index.htm](http://www.segsocial.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/DescripcionesdeProc43384/ProcedimientodeInca45987/index.htm))

señalado, se encuentra regulado en los arts. 200 del RD-Leg. 8/2015, y art. 4 y ss. del RD 1300/1995, de 21 de julio.

A efectos de revisión del grado de incapacidad reconocido estarán legitimados para instarla, además de las personas y entidades referidas en el apartado anterior, los empresarios responsables de las prestaciones y, en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas.

El art. 200 RD Leg. 8/2015, establece que toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirmen los reconocidos previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado incapacitante. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión. Esta solicitud estará en vigor en tanto que el beneficiario no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 205.1.a), para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Dicha edad está establecida en sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin tener en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

El equipo de valoración de incapacidades (EVI) formulará el dictamen-propuesta teniendo en cuenta el informe médico de síntesis elaborado por los facultativos de la dirección provincial del INSS y el informe de antecedentes profesionales. Los directores provinciales del INSS o del ISM, en su caso, dictarán resolución expresa declarando el grado de incapacidad, la cuantía de la prestación económica y el plazo a partir del cual se puede instar la revisión de la incapacidad por agravación o mejoría. La revisión tendrá como efectos la confirmación del grado de incapacidad, la modificación en el grado de incapacidad y por tanto, de la prestación; o la extinción de la incapacidad y por tanto, de la pensión.



### **3.3.5. Resolución del procedimiento de incapacidad permanente**

El procedimiento de resolución de incapacidad permanente se encuentra regulado en el art. 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Los Directores provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social deberán dictar resolución expresa en todos los procedimientos incoados, sin estar vinculados por las peticiones concretas de los interesados. Por ello, no podrán reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes o a la situación de incapacidad padecida, ya sean superiores o inferiores a las que se deriven de las indicadas peticiones. No obstante lo anterior, cuando la resolución no se dicte en el plazo de ciento treinta y cinco días, la solicitud se entenderá denegada por silencio administrativo. En este caso, el interesado podrá ejercitar las acciones que le confiere el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

### **3.3.6. Reclamación administrativa previa en materia de prestaciones de seguridad social.**

Será requisito necesario para formular la demanda, tal y como se recoge en el art. 71 LRJSS, que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora<sup>80</sup>. Se exceptúan los procedimientos de impugnación de las resoluciones administrativas expresas en las que se acuerde el alta médica al agotarse el plazo citado de 365 días de la prestación de incapacidad temporal. La reclamación previa deberá interponerse ante el órgano competente que haya dictado resolución, en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma, si fuera expresa. Si no se diera notificación, la reclamación deberá realizarse desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo.

---

<sup>80</sup> Previsión legal recogida en STC 60/1989, de 16 de marzo. En dicha sentencia se caracteriza este requisito como un “*privilegio*” de la Administración, que tiene como objetivo “*poner en conocimiento del Organismo correspondiente el contenido y fundamentos de la pretensión, y darle la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando el uso de los mecanismos jurisdiccionales*”.

En los procedimientos de impugnación de altas médicas no exentos de reclamación previa, se interpondrá en el plazo de once días desde la notificación de la resolución. Si la resolución, expresa o presunta, hubiera sido dictada por una entidad colaboradora, la reclamación previa se interpondrá en mismo plazo, ante la propia entidad colaboradora si tuviera atribuida la competencia para resolver. Si no fuera éste el caso, se interpondrá ante el órgano correspondiente de la Entidad gestora u organismo público gestor de la prestación. Formulada reclamación previa, la Entidad deberá contestar expresamente a la misma en el plazo de cuarenta y cinco días. En caso contrario se entenderá denegada la reclamación por silencio administrativo.

En los procedimientos de impugnación de altas médicas en los que deba interponerse reclamación previa, el plazo para la contestación de la misma será de siete días, entendiéndose desestimada una vez transcurrido dicho plazo. La demanda habrá de formularse en el plazo de treinta días, a contar desde la fecha en que se notifique la denegación de la reclamación previa o desde el día en que se entienda denegada por silencio administrativo. En los procesos de impugnación de altas médicas el plazo anterior será de veinte días, que cuando no sea exigible reclamación previa se computará desde la adquisición de plenos efectos del alta médica o desde la notificación del alta definitiva acordada por la Entidad gestora.

Las entidades u organismos gestores de la Seguridad Social expedirán recibo de presentación o sellarán debidamente, con indicación de la fecha, las copias de las reclamaciones que se dirijan en cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley. Este recibo o copia sellada, o el justificante de presentación por los procedimientos y registros alternativos que estén establecidos por la normativa administrativa aplicable, deberán acompañarse inexcusablemente con la demanda. Por tanto, el trabajador podrá iniciar un nuevo procedimiento para el reconocimiento de la incapacidad, si lo considerara oportuno, cumplimentando el modelo de solicitud de incapacidad permanente y la documentación personal y específica que se indica en el modelo de solicitud.

La solicitud y documentación necesaria deberá presentarse en cualquiera de los centros de atención e información del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) o en las direcciones provinciales o locales del Instituto Social de la Marina

(ISM). Esta solicitud siempre será de iniciación de un nuevo proceso, ya que no cabe la solicitud de revisión por no proceder de una situación de incapacidad. El equipo de valoración de incapacidades (EVI) formulará el dictamen-propuesta teniendo en cuenta el informe médico de síntesis elaborado por los facultativos de la dirección provincial del INSS y el informe de antecedentes profesionales.

Los directores provinciales del INSS o del ISM, en su caso, dictarán resolución expresa declarando el grado de incapacidad, la cuantía de la prestación económica y el plazo a partir del cual se puede instar la revisión de la incapacidad por agravación o mejoría. Dicha resolución deberá dictarse en el plazo de 365 días, entendiéndose desestimada por silencio administrativo negativo si no se diere dicha resolución en el plazo mencionado, teniendo el trabajador opción a ejercitar las acciones del art. 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

### **3.4. Naturaleza de los documentos que se deben aportar a la demanda para solicitar la incapacidad tras ser denegada en la reclamación previa**

En este último caso entramos a analizar los documentos más importantes y su naturaleza, a la hora de aportarlos a la demanda para la solicitud de la incapacidad. En concreto, hablamos de una persona con una disminución en la movilidad de su codo, derivada de una lesión agravada por otra anterior. Este usuario decide solicitar la incapacidad permanente total, la cual le ha sido denegada, por lo que, una vez presentada reclamación previa, nos pregunta sobre sus posibilidades en el procedimiento con la documentación que debe acompañar en la demanda. Para comenzar, señalar que el usuario reclama una prestación por incapacidad permanente, regulada en el art. 193.1 LGSS.

Dentro de la misma encontramos tres tipos, que varían en función del grado de reducción de capacidad en la realización del trabajo, y por tanto, de la salud del trabajador, establecido en el art. 194.1 LGSS. En su defensa, este inciso es clave. Esta persona deberá demostrar que su capacidad de trabajo le impide un desarrollo ordinario de la prestación laboral, con el objeto de conseguir la declaración de dicha incapacidad.

Para que se declare la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, el trabajador debe soportar al menos un 33% de reducción en su capacidad laboral.

En el caso que nos ocupa, la incapacidad permanente total supone la incapacidad para todas o fundamentales tareas de la profesión que desempeñe, pero no de otras distintas. En su caso, si se le declara la incapacidad permanente total, es más que probable que dejará de realizar las tareas que viene desempeñando, ya que, siendo forjador, se necesita ejercer una fuerza con bastante intensidad en ambos brazos. Al haber presentado la solicitud, el equipo de valoración de incapacidades (EVI), examinó la situación, considerando que las lesiones que padece no constituyen grado suficiente de disminución de la capacidad laboral. Se concede un plazo de 30 días para realizar reclamación previa a la vía jurisdiccional, donde se denegó la incapacidad solicitada.

En los informes médicos existen contradicciones de opiniones<sup>81</sup>. El EVI establece que no presenta reducciones anatómicas o funcionales importantes que le impidan o dificulten su capacidad laboral, mientras que su facultativo determina que, en su situación actual, sí presenta dicha discapacidad funcional. Tras analizar el dictamen del Director Provincial se observó la existencia de respuesta bastante genérica sobre el asunto, así como una motivación bastante escueta. Ello no significa que dicha resolución sea nula.

#### **3.4.1. Criterio jurisprudencial en relación a la motivación en las resoluciones del facultativo**

El Tribunal Supremo, en STS de 26 de mayo de 2000, establece que en cuanto a la motivación de los actos administrativos que resuelvan resoluciones del INSS sobre invalidez, serán motivados conforme al art. 35.1 de la Ley 39/2015, de Procedimiento

---

<sup>81</sup> En Sentencia A.P León 15/2011, de 25 de enero, se sustancia esta problemática. Existiendo una controversia entre los datos médicos de una u otra parte, y no pudiera establecerse por medio del análisis racional y objetivo de los mismos, cuál de ellos fuese el más correcto, la presente sentencia declara un “mayor” valor probatorio al informe del médico forense, sustentada en su condición de personal colaborador de la Administración de Justicia. Pero esta regla no es ilimitada. En este caso, el informe aportado por la parte obtuvo mayor valor probatorio. Esta situación encuentra su base en que es el médico de la parte aquel que ha realizado un seguimiento del paciente. Además, dicho médico se sometió al interrogatorio de las partes. Por ello, cabe determinar que habrá que analizar el caso concreto.

Administrativo Común<sup>82</sup>. En cualquier caso, será suficiente con que las propias resoluciones contengan una motivación sucinta, de acuerdo con el citado artículo, ya que según la Sentencia del Tribunal Supremo anteriormente mencionada, “*una motivación más exhaustiva dificultaría la informatización de las resoluciones, dada la multitud de expedientes que el INSS está obligado a resolver con la urgencia que demanda la solución de situaciones de necesidad*”. En Sentencia A.P León 15/2011, de 25 de enero, ésta norma encuentra una problemática en cuanto al valor probatorio de los mismos. En dicha sentencia, la confrontación entre informes médicos periciales derivó que el Tribunal sentenciador considerara de mayor valor el informe aportado por la parte. Ésta valoración se funda en la consistencia y actualidad del propio informe, siendo considerado por el Tribunal, de mayor precisión.

Conviene no olvidar que *las resoluciones de invalidez contienen dos documentos* que se entregan unidos al beneficiario. *En el primero consta el dictamen-propuesta que formula el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), que incluye la profesión del beneficiario, su edad, la clase de dolencias que padece y el estado de evolución de las mismas y el acuerdo del Director Provincial del INSS asumiendo íntegramente dicha propuesta. En el segundo aparece la autentica decisión del Director Provincial que declara la situación invalidante, su fecha de efectos y la cuantía de la pensión (si la hubiera), e indica también la normativa que ha sido aplicada al efecto. Pues bien, en las resoluciones de invalidez, las razones que las motivan se infieren, lógicamente y con claridad tal que elimina toda posible idea de indefensión, de los citados datos, que son los únicos que se tienen en cuenta tanto para declarar el grado de invalidez como para fijar el plazo de revisión, cuya duración depende de la previsible progresión de las enfermedades diagnosticadas*<sup>83</sup>. La inexistencia de fundamentación en las resoluciones provocan indefensión a la parte, ya que ésta no

---

<sup>82</sup> STS 4277/2000, de 26 de mayo de 2000, dado el carácter de acto administrativo correspondiente a toda resolución de invalidez emitida por el INSS, es necesaria que la misma cumpla con tales exigencias de motivación que deben tener dichos actos, en garantía de la seguridad jurídica, aplicación igualitaria de la Ley y del derecho a la igualdad en la defensa de los derechos, así como a la efectividad de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

<sup>83</sup> En relación a la posible indefensión antes citada si dicho acto administrativo no cumpliera con la obligatoriedad en cuanto a su motivación, así como el establecimiento de plazos para la adecuada defensa de los derechos de su destinatario, tal y como se dispone en STS 4277/2000, de 26 de mayo de 2000

puede conocer en ningún momento el motivo de la negativa, así como el motivo para fundamentar sus alegaciones. Con ello hace imposible la garantía del principio de contradicción, siendo éste principio fundamental en todo tipo de procedimientos<sup>84</sup>.

Ello hace innecesario incluir cualquier otro razonamiento en relación con el plazo, que no haría más que redundar sobre los mismos datos fácticos. El contenido explícito de ambos documentos es suficiente para considerar que se ha cumplido con la obligación de motivar sucintamente el grado invalidante y el plazo de revisión. Sí es cierto que en casos especiales, el EVI debe dar una motivación algo más exhaustiva. De la STC 88/2004, de 10 de mayo se desprende el papel fundamental de la motivación en los informes del EVI, tal y como declara en sus fundamentos de derecho “*La cuestión es que ese razonamiento no se construye (o no sólo) a partir de la documental aportada por la Administración, sino precisamente apoyándose en la falta de una prueba "concluyente y categórica" de los hechos alegados por la parte actora. Y ese es el motivo por el que la Sala enjuiciadora termina rechazando la pretensión deducida por la demandante*”. En dicha sentencia se daba la situación en la que el informe del EVI no estaba suficientemente motivado. Del mismo no se podía desprender una valoración claramente objetiva del caso por parte del Juzgador. En esta situación, entra en importancia las pruebas aportadas por la parte, las cuales pueden desvirtuar dicho informe. En dicho caso, se desestima las pretensiones de la parte, no por falta de razón, sino por falta de pruebas “*concluyentes y categóricas*”, como pudiera ser una valoración pericial, desvirtuando el informe del EVI, ya entrados en el procedimiento judicial. De no aportarlos, el informe del EVI tendrá presunción de certeza, prevaleciendo en la decisión del Juzgador.

---

<sup>84</sup> En STC 48/2008, en Pleno de 11 de marzo de 2008. “*El principio de contradicción hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria*”.

### **3.4.2. Criterio jurisprudencial en relación a la contradicción entre informes médicos**

Referente a la cuestión de las diferentes opiniones en los informes médicos, debemos mencionar en relación a este supuesto diversas sentencias, como STS 17376/1990, de 12 de marzo de 1990<sup>85</sup>; STS 3505/1990, de 3 de mayo de 1990<sup>86</sup>; o el caso de la STSJ Murcia 622/2013, de 17 de diciembre, en la que se desprende que ante dictámenes médicos contradictorios, la doctrina jurisprudencial señala que debe de prevalecer la valoración de la prueba que se haya obtenido por el Juzgador. Tal afirmación se encuentra contenida en el art. 97.2 LRJS, ya que los hechos consignados en documento público se encuentran respaldados por presunción legal de certeza.

El Tribunal Constitucional en su doctrina, establece que tendrán la presunción legal de certeza todos aquellos hechos constatados por funcionarios formalizados en documento público con los requisitos legales pertinentes, adquiriendo valor probatorio. La única manera de que el mismo sea desvirtuado sería que en el informe médico aportado por la parte exista tal objetividad, imparcialidad y con prestigio profesional reconocido, que pueda desprenderse del mismo una mayor cualificación científica. Si bien es cierto que el art. 348 LEC establece la valoración de dichos dictámenes conforme a las reglas de la sana crítica, sería conveniente acompañar una prueba pericial, mediante informe del médico forense. Se entiende que este comparece observando una serie de reglas profesionales o criterios deontológicos relacionados con la objetividad o la imparcialidad.

En cuanto a la cualificación científica, señalamos la STSJ de Valencia 513/2013, de 27 de junio, donde se da una situación similar a la que nos encontramos. En sus

---

<sup>85</sup> Se reconoce garantías de objetividad y acierto en los informes emitidos por los servicios públicos correspondientes, por lo que, en esta sentencia, al ser más completos que los aportados por la parte, es obvio que estos serán los que tengan un mayor valor, al ser emitido *colegiadamente y de modo funcional (...) que el aportado a petición de parte.*

<sup>86</sup> En sentencia se aclara que el Juzgador formará su propias conclusiones en base a informes o documentos que considere de mayor concreción y que sean más correctos. En dicha sentencia, el informe es realizado por el Instituto Nacional de Silicosis, el cual es un organismo con competencia y prestigio, por lo que se considera que el informe emitido por esta parte es suficientemente acertado, sin que pueda ser desvirtuado por otros dictámenes o informes médicos aportados por particular, salvo excepciones y supuestos en los que resulte evidente la equivocación en el mismo.

argumentos jurídicos, el Juzgador señala: “*Como ha venido reiterando la jurisprudencia, la incapacidad física es una cuestión que entra en el campo de la ciencia médica y, por tanto, eminentemente técnica, y los informes médicos expedidos a instancia de los interesados, si bien pueden servir como orientación, no pueden constituir la base de tal declaración, precisándose la intervención de un órgano colegiado, el tribunal médico, especialmente creado con tal finalidad, aunque no es menos cierto que la presunción de objetividad de los órganos técnicos de la Administración no puede constituir razón para prescindir de la motivación de sus dictámenes, y en todo caso cabe desvirtuarla mediante la oportuna prueba pericial médica practicada en el seno del procedimiento con las necesarias garantías*”. Para ello, hubiera sido importante acompañar a la demanda, además del informe médico del cirujano, con una prueba pericial médica realizada por un perito imparcial, que pudiera ser designado judicialmente, o por un médico forense, tal y como se recoge en el art. 93 LRJS.

Es importante a la hora de valorar el dictamen pericial tener en cuenta tanto las propias cualidades del perito, así como las circunstancias en las que fue realizada dicha valoración. Además, el Juez dará importancia a la motivación del análisis realizado por el perito, así como la claridad en sus conclusiones, tanto en el escrito como en el acto del juicio. La prueba pericial se valorará teniendo en cuenta el resto de pruebas practicadas en el procedimiento<sup>87</sup>. Así mismo, el juez deberá basar y fundamentar su resolución siempre que sea contraria al dictamen pericial. La aportación del mayor número de informes realizados por médicos que hayan conocido de la situación, y que puedan contrastar la valoración del EVI, irá en beneficio de la parte demandante. Aún así, existe la posibilidad de presentar en el acto de juicio informes médicos complementarios al que ya tiene, siempre y cuando los mismos sean formulados y puedan practicarse en dicho acto<sup>88</sup>. Sería conveniente acompañar junto con el informe

---

<sup>87</sup> CAMPO IZQUIERDO, Á.L. “*La prueba pericial en los procesos judiciales*”. Juzgado de Primera Instancia nº8 (Familia) de Gijón. 2011.

<sup>88</sup> Interpretación a tenor del art. 87.1 LRJS, el cual declara que *se admitirán aquellas pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de aquellos hechos que no hubiere conformidad salvo en los casos que el objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigante, siempre que sean útiles y pertinentes (...)*



del médico, alguno de los anteriormente mencionados, ya que son complementarios, y de esta manera, aportar mayor solidez al contenido de la solicitud de incapacidad<sup>89</sup>.

En cuanto a la aportación de un dictamen del médico forense, el art. 90.3 LRJS establece que se deberá solicitar al menos con cinco días de antelación a la fecha del juicio, ya que requiere del juzgado la realización de diligencias de citación o requerimiento. A modo de ejemplo, en el caso mencionado de la STJ de Valencia 513/2013, de 27 de junio, la parte demandante aportó un total de 15 informes médicos relativos a su situación médica, desde el Informe médico emitido por el médico especialista, hasta el dictamen evaluador. Tales informes fueron analizados y valorados, así como aclarados en juicio con la intervención de las partes, cuyas conclusiones, precisas, concretas, fundadas y correspondientes a la situación patológica de la recurrente, así como a su evolución, desvirtúan la presunción de acierto de los dictámenes del EVI. Con ello se permitía afirmar sobre amplia base probada, la incapacidad de la recurrente para la prestación del servicio de las funciones propias de su cargo.

### **3.4.3. Representación y defensa en el procedimiento**

En cuanto a la representación y defensa en el procedimiento, la LRJS establece en su art. 18 y ss. que podrá comparecer por sí mismo o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Dicha representación puede conferirse mediante escritura pública o mediante comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia (antiguo secretario judicial)

En el caso de que se prefiera conferir asistencia a abogado o representación procesal a graduado social colegiado o a procurador deberá solicitarse en la demanda, o ponerlo en conocimiento del juzgado por escrito dentro de los dos días siguientes al de la citación para el juicio. Pero como ya hemos señalado, dicha representación o asistencia es facultativa en la instancia, no siendo así para posibles recursos posteriores

---

<sup>89</sup> Sentencia A.P León 15/2011, de 25 de enero; Sentencia T.S. 599/2011, Sala 1, de 20 de julio, en la cual, de la confrontación de informes médicos se desprende la mejor valoración de los informes aportados a instancia de parte, en los cuales se recogen los antecedentes médicos del perjudicado, siendo estos informes por tanto, de mayor exactitud que los aportados por el médico forense.

a la sentencia. Una vez celebrado juicio, el Juez dictará sentencia en el plazo de 5 días, indicando si la misma fuera o no firme. Si no se estuviera conforme, siempre cabrá la posibilidad de interponer los recursos que procedan contra la misma, órgano al que deba interponerse y el plazo y requisitos para ello. Todo esto estará indicado en la sentencia.

En el recurso de suplicación los litigantes habrán de estar defendidos por abogado o representados técnicamente por graduado social colegiado. En el recurso de casación y en las actuaciones procesales ante el Tribunal Supremo será preceptiva la defensa de abogado. Podemos resumir las competencias de estos profesionales en actuaciones realizadas en vía administrativa, con el ejercicio de la representación y la dirección técnica del procedimiento administrativo ante la Inspección de Trabajo, INSS, la TGSS, el Servicio de Conciliación y Arbitraje.... En vía judicial, estas competencias se sustanciarán a través de la representación ante los Tribunales del orden Social en todo tipo de procedimientos laborales. Junto a lo anterior, los graduados sociales ofrecen numerosos servicios a empresas y trabajadores, tales como asesoramiento laboral, conflictos colectivos, tramitación de prestaciones ante la Seguridad Social, etc.

## CONCLUSIONES

El presente estudio es resultado de la labor de análisis y posterior resolución de casos reales sobre personas que han acudido a la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá. Durante los años 2016 y 2017 se ha llevado a cabo la correspondiente resolución de éstos asuntos jurídicos, algunos de ellos insertados en este trabajo. Junto a la experiencia adquirida en la Clínica Legal de la UAH y con ayuda de la bibliografía utilizada, podemos dejar claro una serie de conclusiones.

PRIMERA. Las Clínicas Legales son entidades donde los estudiantes de las Facultades de Derecho pueden adquirir una serie de conocimientos relacionados con el ejercicio profesional. Entre estos se incluyen la redacción y argumentación jurídica, la adquisición de conciencia crítica o la obtención de valores y principios que caracterizan la profesión de la abogacía. Las Clínicas Legales no solo refuerzan conocimientos meramente teóricos, sino también se obtienen conocimientos adquiridos por la experiencia, así como principios éticos de la profesión. Además de servir al estudiante en su desarrollo tanto personal como profesional, con su trabajo ayudará a defender o tutelar derechos de personas o colectivos en situación de vulnerabilidad. Por ello, las Clínicas Legales adquieren una importante labor social. Nuestro trabajo en concreto ha ido dirigido a la tutela de personas en situación de discapacidad e incapacidad laboral, así como a la defensa de derechos afectados por tal situación.

SEGUNDA. Las Clínicas Legales se caracterizan por un método de enseñanza diferente al tradicional, siendo de un carácter mayormente práctico. Éste modelo se encuentra en contraposición con el teórico, que ha sido predominante en la enseñanza del Derecho mediante el estudio de manuales de supuestos. El sistema de las Clínicas Legales enseña no sólo un contenido teórico, sino también conlleva la adquisición de un análisis crítico y jurídico por parte del estudiante. Así mismo, el estudiante se involucra con el problema adquiriendo una situación directa con el caso, paralela a la que realizaría un profesional en ejercicio. Con la implantación del conocido “Plan Bologna” este modelo adquiere mayor sentido e importancia, ya que se demanda un carácter más práctico en las enseñanzas jurídicas, por ello las consideramos necesarias actualmente en las Facultades de Derecho. La implantación de éste modelo conlleva un estudio más

dinámico del Derecho, así como una mayor relación de las actividades desarrolladas con las cotidianas de la profesión. De ello se deriva una mayor preparación jurídica de los futuros profesionales.

TERCERA. Consideramos la implantación de las Clínicas Jurídicas en las Facultades de Derecho como un elemento necesario para la mejor adaptación del estudio del Derecho a la realidad jurídica. A través de estas entidades el estudiante aprende a pensar el Derecho incidiendo directamente en el conflicto, siendo parte directa para la resolución del mismo. Esto conlleva una mayor implicación del alumno en el caso, ya que tiene una responsabilidad en la decisión que tome para la resolución del conflicto. Para el análisis del problema y la toma de decisión en desarrollar una acción u otra, se requiere que el alumno interactúe con el medio. Esta actuación es supervisada en todo momento por profesores. Con la experiencia en la resolución de supuestos el estudiante adquiere y refuerza conocimientos técnicos, y a su vez obtiene una visión interdisciplinaria del Derecho. Esta visión permite al alumno vincular los conocimientos teóricos con la realidad social, así como un mayor aprovechamiento en las herramientas de otras disciplinas, que sirvan para la resolución del problema jurídico planteado. Sólo estas capacidades pueden desarrollarse con la experiencia práctica, siendo únicamente el estudio teórico del Derecho un modelo desfasado. Consideramos desfasado este modelo al no ajustarse a las exigencias actuales de todo profesional en el ejercicio y al no adaptarse a la realidad jurídica. Con ello volvemos a nuestra primera afirmación, al considerar la implantación de las Clínicas Legales como método de estudio en las Facultades de Derecho, siendo necesarias para cumplir con tales exigencias.

CUARTA. En cuanto a los derechos de las personas en situación de discapacidad e incapacidad laboral, ya hemos visto que existe un amplio contenido regulador al respecto, tanto a nivel nacional como comunitario e internacional. Es importante establecer una posición de igualdad para las personas en situación de discapacidad en relación al resto. Por ello se debe de evitar en todo momento el uso de palabras con significados sinónimos a la discapacidad, que degraden u ofendan a dicho colectivo. Esta idea es relativamente novedosa al menos en nuestro país. Se introdujo con la disposición adicional octava de la 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Hasta

entonces la igualdad de la que hablamos no se veía reflejada en el plano normativo, estableciéndose un trato vejatorio por ostentar dicha condición.

QUINTA. Es necesario incidir en el deber de adaptación que atribuye la ley al empresario, con respecto al puesto de trabajo de las personas con discapacidad. Pero esta situación es más compleja ya que el empresario no está obligado a realizarlas, siempre y cuando considere y justifique que dichos ajustes conllevan unos gastos desmesurados para la empresa. Además el empresario tendrá que tener en cuenta en todo momento la aptitud del trabajador, en relación a las actividades a desempeñar en el puesto. Si considera que el trabajador no es apto para el puesto, no estará obligado a contratarlo. Esta situación es generadora de situaciones desiguales entre trabajadores, ya que el empresario puede tener una idea negativa preconcebida de la discapacidad en relación a la aptitud laboral. Ante esta idea el empresario decidirá contratar a otra persona que no esté en tal situación, que generará una desigualdad en la oportunidad de las personas con discapacidad en la inserción laboral.

SEXTA. Debemos dejar claro que la idea de igualdad que se plasma en las diferentes normas tanto nacionales como internacionales no es del todo efectiva, ya que si lo fuese no estaríamos analizando esta cuestión. Como ya hemos señalado, son los poderes públicos estatales a través de la creación de medidas de fomento y la realización de planes de acción, los encargados de acabar con las situaciones generadoras de desigualdad. Bajo nuestro punto de vista es necesario que los poderes públicos fomenten el empleo de estas personas, exigiéndose a los empresarios la contratación de un determinado porcentaje de personas con discapacidad. El progreso hacia la plena igualdad encuentra limitación en la falta de una idea generalizada de la sociedad en relación a las capacidades laborales de las personas con discapacidad, tanto por parte de éstas como por parte de las personas sin discapacidad. Esta desigualdad no solo es fruto de la ausencia de medidas que fomenten la contratación de personas con discapacidad por parte del Estado, sino que está íntimamente relacionada con las barreras existentes en la sociedad. Estos obstáculos se encuentran en la vida cotidiana de toda persona, tales como la existencia de barreras arquitectónicas y actitudinales o medios de transporte público inaccesibles. Si se adoptan las medidas adecuadas, éstas barreras no conllevarían ningún problema para las personas con discapacidad a la hora de obtener y conservar su empleo.

SÉPTIMA. No es necesario hablar de desigualdad en los derechos laborales de las personas con discapacidad con respecto a los demás, ya que las normas actuales se rigen por el principio de igualdad o equidad para todos los trabajadores. Entre estos derechos destacan el derecho al trabajo, en condiciones de igualdad conforme a la dignidad humana. Aunque sí es cierto que en ocasiones la ley puede ser utilizada para generar situaciones de desigualdad, los Convenios Colectivos serán mecanismos que podrán establecer situaciones más ventajosas para el trabajador. Sin embargo ya hemos señalado que en la práctica, la igualdad de oportunidades y la igualdad en el trato conllevan una mayor dificultad en su aplicación. Para que exista una igualdad plena en las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad, es necesario que se ejerza un cambio en la mentalidad de la sociedad en relación a la aptitud laboral de estas personas. Para realizar este cometido es imprescindible que los poderes públicos actúen a través de planes de concienciación ciudadana. Esta concienciación ayudaría a eliminar las barreras sociales existentes, que junto a la realización de medidas de adaptación del medio para las personas con discapacidad por parte de los poderes públicos, harían a la igualdad de estas personas mucho más efectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V.E. “*La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática*”, en “*Cuaderno de Análisis Jurídico. Serie Publicaciones Especiales*” Ed. Universidad Diego Portales, nº9, “*Defensa Jurídica del Interés Público*” Santiago de Chile, 1999.
- AGUADO DÍAZ, A.L. “*Historia de las deficiencias*”. Escuela Libre Editorial, Madrid, 1995.
- AIELLO, A.L. “*Los derechos humanos de las personas con discapacidad en el sistema regional europeo de protección de derechos humanos*”. Revistas del Derecho VLex. ID: 38859695. Universidad Carlos III. Madrid. 2007.
- ALVAREZ, A. “*La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho*”, en “*Enseñanza clínica del Derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*”, ITAM, CLIP, México. 2007.
- BAJO GARCÍA, I. “*La modificación sustancial de las condiciones del trabajo*” Artículo digital de elderecho.com en “*Boletín Social*”. Universidad de Alicante. 2014.  
[http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/modificacion\\_condiciones\\_trabajo\\_11\\_702430004.html](http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/modificacion_condiciones_trabajo_11_702430004.html)
- BLAZQUEZ MARTÍN, D. “*Apuntes acerca de la Educación jurídica clínica*”, Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº3, Área de Filosofía del Derecho e Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid. Invierno 2005/2006.
- CABRA DE LUNA, M.A. “*Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social*” Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº50, 2004.
- CAMPO IZQUIERDO, Á.L. “*La prueba pericial en los procesos judiciales*”. Juzgado de Primera Instancia nº8 (Familia) de Gijón. 2011.
- CORDERO GORDILLO, V. “*Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*”. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

- ESTEBAN LEGARRETA, R. “*Contrato de trabajo y Discapacidad*” Ibídem/MTAS. 1999.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, A. “*Incapacitación y Discapacidad*” Revistas del Derecho VLex. ID: 632496545 Universidad Autónoma de Madrid. 2011.
- FRANK, J. “*Why not a Clinical Lawyer-School?*” nº81, University of Pennsylvania. Law Review 907, 1933.
- GARRIDO PÉREZ, E. “*Prohibición de discriminación y la razonable adaptación de los puestos de trabajo*” en “*Anuario de conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*” Primer Trimestre 2007, Ed. Carl. Sevilla. 2008.
- MOLINA NAVARRETE, C. “*Del “principio” al “derecho” a la igualdad de oportunidades. Las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria*”. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos. Nº 251, 2004.
- MONEREO ATIENZA, C. “*Breves reflexiones sobre el concepto de discapacidad*”, Tribuna Social, núm. 223, 2009.
- QUINN, G. DEGENER, T. “*Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*”. Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2002.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “*Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo*” en BORRAJO DACRUZ, E. “*Comentarios a las Leyes Laborales*”. Tomo IV, Ed. Edersa. Madrid. 1983.
- RUIZ CASTILLO, M<sup>a</sup>.M. “*Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*” Ed. Bomarzo, Albacete, 2010.
- SALA FRANCO, T. “*El principio de la condición más beneficiosa*”. Revista de política social , nº114, 1977.
- WITKER, J. “*La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico*”. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 5, nº 10, ISN 1667-4154, 2007.



## ANEXO LEGISLATIVO

- I. **Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad**
- II. **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia**
- III. **Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social**
- IV. **Carta de las Naciones Unidas**
- V. **Declaración Universal de los Derechos Humanos**
- VI. **Declaración de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993**
- VII. **Constitución Española**
- VIII. **Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad**
- IX. **Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativas al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación**
- X. **LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres**
- XI. **Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores**
- XII. **Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo**
- XIII. **Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.**
- XIV. **Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave**
- XV. **Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.**
- XVI. **Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales**
- XVII. **Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social**
- XVIII. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**

- XIX. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social**
- XX. Orden del Ministerio de Trabajo, de 15 de abril de 1969, de aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social**
- XXI. Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social**
- XXII. Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común**

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### **I. STJUE CASO BILKA-KAUFHAUS, de 13 de mayo, Asunto C-170/84**

Sobre la vulneración del principio de igualdad de retribución en relación al sexo de los trabajadores, derivándose una situación discriminatoria de manera indirecta

### **II. STJUE CASO COLEMAN, de 17 de julio, Asunto C-303/06**

Sobre la discriminación por asociación.

### **III. STC Sala Primera 60/1989, de 16 de marzo**

En relación a la exigencia de reclamación administrativa previa en materia de Seguridad Social.

### **IV. STC Sala Segunda 145/1991, de 1 de julio**

Definición de discriminación indirecta, la cual versa sobre “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que se derivan tratamientos desiguales entre trabajadores”

### **V. STC Sala primera 88/2004, de 10 de mayo**

Importancia de la motivación en los informes emitidos por el EVI

### **VI. STC Sala primera 3/2007, de 15 de enero**

El derecho a elección de turno se podrá ejercitar siempre y cuando no se ponga en dificultades organizativas suficientemente importantes, afectando al funcionamiento de la empresa. Tal situación deberá ser acreditada por la empresa, para que dicha negación a tal derecho se encuentre suficientemente justificada.

### **VII. STC 48/2008, en Pleno de 11 de marzo de 2008**

En relación al principio de contradicción, caracterizándose al mismo como principio exigible en todo procedimiento, haciendo posible el enfrentamiento dialectico entre las partes, así como el conocimiento de los argumentos de la parte contraria.

**VIII. STS Sala de lo Social 17376/1990, de 12 de marzo**

Reconocimiento de garantías y objetividad en los informes emitidos por los servicios públicos correspondientes

**IX. STS Sala de lo Social 3505/1990, de 3 de mayo**

En relación a la función juzgadora del Juez, en cuanto a la realización de la misma teniendo en cuenta los informes o documentos que considere de mayor concreción.

**X. STS Sala de lo Social 4277/2000, de 26 de mayo**

Exigencias formales de todo acto de naturaleza administrativa, en relación a las exigencias de motivación de resoluciones emitidas por el INSS.

**XI. STS Sala de lo Social 5933/2004, de 24 de septiembre**

A mayor abundamiento, en cuanto a la teoría de la condición más beneficiosa, dicha sentencia recoge que para que se declare el sostenimiento de una condición más beneficiosa, es preciso que ésta se haya disfrutado y se haya consolidado, incorporándose al nexo contractual, siempre que dicha ventaja o beneficio se derive de una *“obra de voluntad inequívoca”* de concesión por parte del empresario. En dicha sentencia se recoge que *“es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas*. Dichas condiciones tendrán eficacia mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no haya normativa tanto legal como pactada, más favorable y que por tanto, modifique la ventaja anterior.

**XII. STS Sala de lo Social 4494/2008, de 13 de junio**

Disfrute del derecho de adaptación de la jornada siempre que se haya llegado a un acuerdo con el empresario. De lo contrario, no será posible dicha adaptación sin que no derive de la misma una reducción en la jornada laboral, al no estar el derecho de adaptación de jornada contemplado en el art. 37 ET

**XIII. STS Sala de lo Social 5169/2009, de 12 de mayo; STS Sala de lo Social 3936/2005, de 21 de noviembre; STS Sala de lo Social 3590/1999, de 29 de marzo; SAN Sala de lo Social 657/2007, de 5 de febrero; STS Sala de lo Social 4062/2006, de 22 de mayo; STS Sala de lo Social 2465/2007, de 4 de abril**

Sobre la condición más beneficiosa, en relación a su disfrute en virtud de una consolidación de dicha ventaja, por la voluntad inequívoca del empresario, incorporándose la misma al nexo contractual, la cual tenga condición de prueba.

**XIV. STS Sala de lo Social 3902/2009, de 20 de mayo; STS Sala de lo Social 1625/2007, de 18 de junio**

En ellas se recoge la finalidad de los artículos 37.6 y 37.7 E.T., en cuanto al reconocimiento a reducción de la jornada laboral a quien por guarda legal tenga a su cuidado a un menor de 12 años o persona con discapacidad, así como el derecho a la concreción horaria de su jornada.

**XV. STS Sala de lo Social 5918/2009, de 22 de septiembre; STS Sala de lo Social 2203/2007, de 13 de Marzo**

Deber de aviso y justificación para el disfrute de los permisos convencionales

**XVI. STS Sala de lo Social 599/2011, de 20 de julio**

En relación a la STS 3505/1990, de 3 de mayo, de la confrontación de informes médicos se desprende una mejor valoración por aquellos aportados por la parte, siendo éstos de mayor exactitud.

**XVII. STS Sala de lo Social 5926/2012, de 19 de julio.**

No obligatoriedad en el aviso y justificación para el ejercicio del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar cuando dicha situación se presuma, como el caso de una madre embarazada o con un bebé con pocos meses de edad.

**XVIII. STS Sala de lo Social 682/2016, de 19 de julio**

En relación a la condición más beneficiosa, en la cual, para su consideración como tal, no basta la repetición en el tiempo, sino que se precisa una voluntad empresarial de introducir dicha ventaja en el nexo contractual.

**XIX. STS Sala de lo Social 9631/2016, de 22 de septiembre**

Deber de la empresa de proteger, mantener y adoptar aquellas medidas que sean eficaces para la protección de la salud del trabajador.

**XX. STS Sala de lo Social 4952/2016, de 26 de octubre**

Sobre la determinación en el concepto de profesión habitual a la ejercida prolongadamente y no a la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante. La misma no se identifica con la categoría profesional, sino con las actuaciones que el trabajador esté cualificado para desempeñarlas hasta la fecha.

**XXI. STS Sala de lo Social 633/2017, de 24 de enero**

Deber del empresario de aplicar medidas para la promoción de la seguridad y la salud en el trabajo. En este caso, la adaptación de la jornada laboral de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Dicha trabajadora trabajaba en un hospital y durante su período de adaptación del puesto de trabajo no percibió abono en concepto de guardias, por lo que considera que esa falta supone una discriminación indirecta por razón de su situación.

**XXII. ATS Sala de lo Social 9471/2003, de 25 de septiembre de 2003**

Sobre la determinación en el concepto de profesión habitual, siendo ésta la desarrollada normalmente por el trabajador, con independencia de que anteriormente haya realizado otro tipo de trabajos.

**XXIII. STSJ Sala de lo Social 879/2006, de 20 de febrero, de Castilla y León**

Se establece a la excedencia como un derecho incondicionado, el cual no está subordinado a la aceptación o no de la misma por parte del empresario.

**XXIV. STSJ Sala de lo Social 4042/2007, de Madrid, de 28 de marzo**

En cuanto al derecho de adaptación del puesto de trabajo teniendo en cuenta las características personales del trabajador, evitándose situaciones de riesgo para la salud del mismo, teniendo en cuenta en todo momento sus aptitudes para desempeñar el cargo.

**XXV. STSJ Sala de lo Social 1047/2007, de 3 de septiembre, de Islas Baleares**

La situación de excedencia no provoca la extinción del contrato laboral, sino que deja en suspenso al mismo, manteniéndose los derechos de antigüedad y tiempo efectivo de prestación de servicios a efectos indemnizatorios.

**XXVI. STSJ Sala de lo Social 67800/2010, de 22 de octubre, de Cataluña**

En relación al deber del empresario de proteger y atender a las circunstancias de salud de los trabajadores, adoptando todas aquellas medidas necesarias para no agravar sus condiciones de salud.

**XXVII. STSJ Sala de lo Social 213/2013, de Valencia, de 27 de junio**

En relación con la anterior, dicha sentencia establece que, si bien, los informes médicos expedidos por la parte pueden servir como orientación, no pueden constituir base de la declaración, precisándose la intervención de un órgano colegiado.

**XXVIII. STSJ Sala de lo Social 622/2013, de Murcia, de 17 de diciembre**

Ante dictámenes médicos contradictorios, deberá prevalecer la valoración de la prueba que se haya obtenido por el propio Juzgador, desprendiéndose de los hechos consignados en documento público la presunción legal de certeza

**XXIX. STSJ Sala de lo Social 5127/2017, de Galicia, de 14 de julio**

Se declara la asistencia a citas del médico del menor como una obligación civil de naturaleza privada, no de un deber público inexcusable.

**XXX. Sentencia 492/2012, del Juzgado de lo Social nº29 de Madrid, de 12 de diciembre**

Exigencia en la reducción de al menos el 50% en la jornada laboral para el reconocimiento del subsidio por atención de menor con cáncer u otra enfermedad grave.

**XXXI. Sentencia 7/2013, del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid, de 9 de enero**

Requisito establecido en el art. 135 quáter LGSS en cuanto a la exigencia de que ambos progenitores trabajen para el reconocimiento del subsidio para el cuidado de menor con cáncer u otra enfermedad grave.