Universidad de Alcalá

Los derechos de las personas con enfermedades crónicas a través de los casos de la Clínica Legal.

The rights of people with chronic diseases through the cases of the Legal Clinic.

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autora: Dª MARÍA DEL ROCÍO SERRANO GARCÍA

Tutor: D. MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS

Alcalá de Henares, a 5 de febrero de 2018.

ÍNDICE

1.- INTRODUCCIÓN.

2.- CÍNICAS LEGALES: HISTORIA Y EXPERIENCIA PERSONAL.

3.- ¿POR QUÉ HE ESCOGIDO ESTE TEMA?

4.- CASOS DE LA CLÍNICA LEGAL: COLITIS ULCEROSA Y ENFERMEDAD DE CROHN.

- ACCU 2016-24
- ACCU 2017-28
- ACCU 2017-31
- ACCU 2017-43
- ACCU 2017-49

5.-CONCLUSIONES.

6.- BIBLIOGRAFÍA.

1.-INTRODUCCIÓN:

El presente trabajo se basa en la realización de cinco casos a través de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá sobre los derechos de las personas que conviven con la enfermedad de Crohn y la colitis ulcerosa. La finalidad del mismo es dar visibilidad a un problema que afecta a un gran sector de la sociedad española y los cuales son, en muchas ocasiones, perjudicados por normas legales, usos y costumbres que avalan un trato discriminatorio.

Estos casos vienen de la mano de ACCU, Asociación de Crohn y Colitis Ulcerosa, por la que hemos tenido conocimiento de muchas situaciones de discriminación de este colectivo. Los casos expuestos a continuación versan sobre el asesoramiento jurídico solicitado, en relación con temas como: la adopción de personas con enfermedad de Crohn (ACCU 2016-24); solicitud de incapacidad como única salida ante un despido por un ERE colectivo y la imposibilidad de encontrar un nuevo trabajo por su edad y enfermedad (ACCU2017-28); adaptación del puesto de trabajo por discapacidad y reclamación a la empresa por incumplimiento de un acuerdo (ACCU 2017-31); discapacidad e incapacidad por tener colitis ulcerosa y cuáles son sus derechos laborales (ACCU 2017-43) y, por último, adaptación del puesto de trabajo (turno fijo) por las necesidades que conlleva su enfermedad y sus derechos laborales(ACCU 2017-49).

En relación con la metodología y estructura seguidas en el trabajo, inicio el mismo con esta introducción, una breve reseña de la historia y aplicación de las Clínicas Jurídicas junto a mi experiencia personal en una de ellas y la justificación de la elección del tema del trabajo: los derechos de las personas con enfermedad de Crohn y colitis ulcerosa. Posteriormente, expongo los cinco casos ya mencionados sobre los que se fundamenta este trabajo, para finalizar con unas conclusiones acerca de la realidad de diferenciación que padecen las personas con este tipo de enfermedades y la utilidad de las clínicas legales.

Todos los argumentos expresados a lo largo de este trabajo se basan en el principio de igualdad y no discriminación de nuestra Constitución, para poder velar por los derechos de todas las personas con independencia de “su nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Teniendo presente que los poderes públicos tienen el deber constitucional de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y

efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social", tal y como nos recuerda el artículo 9.2 de la Constitución Española.

2.- CÍNICAS LEGALES: HISTORIA Y EXPERIENCIA PERSONAL.

El origen de las Clínicas Legales se sitúa en Estados Unidos, donde se imparte el Derecho de forma distinta que en Europa. La educación jurídica en Estados Unidos se inició con un sistema de aprendiz, en el cual los estudiantes de derecho daban sus primeros pasos leyendo el Derecho en los despachos de los abogados. Este sistema estuvo al orden del día durante el siglo XIX y está basado en el sistema inglés. En cambio, poco después, se establecieron las facultades de derecho como un sistema suplementario al famoso programa de aprendiz. De hecho, ambos sistemas convivieron juntos, hasta que se hizo necesario tener un título de graduado en una facultad de derecho para poder presentarse al examen que habilitaba para el ejercicio de la abogacía[1].

Durante los años 30, Jerome Frank criticó duramente el sistema de educación del Derecho en los Estados Unidos y propuso un método en el que los estudiantes aprendiesen a adivinar lo que los tribunales dictarían y a persuadir para que fallasen a favor de sus clientes, un contacto más directo con juicios y apelaciones. Concretamente pretendía: acabar con la separación entre la teoría y la práctica en las facultades de derecho; introducir el elemento humano en el estudio y práctica del Derecho; que abogados experimentados dieran a conocer las lecciones de la abogacía que no estaban escritas; sintetizar el Derecho sustantivo y procesal aprendido por el estudiante y enseñar a pensar los casos desde el principio y no desde lo que dijera una sentencia[2].

Este movimiento fue tomando forma y fue subvencionado por la Fundación Ford, bajo su programa *Council on Legal Education for Professional Responsability*. En Latinoamérica ocurrió algo parecido, existían programas de asistencia a la comunidad de bajos recursos conocidos como proyección social y el requisito de realizar prácticas antes de poder ejercer la abogacía[3].

De estos orígenes nació el método clínico que, a pesar de no haber cambiado la educación en Estados Unidos, ha logrado que en la mayoría de las facultades de ese país tengan una clínica[4].

---

[1] 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, p. 126.
[2] *Ibidem*, pp. 127-128.
[3] *Ibidem*, pp. 129-130.
[4] *Idem.*

Las primeras clínicas jurídicas empezaron con estudiantes voluntarios que no recibían ninguna remuneración por sus servicios y, con la necesidad que plasmó Jerome Frank de copiar de las facultades de medicina la enseñanza práctica real con una repercusión social. Las *Law Clinics* llegan a su máximo apogeo en los años 80 con la publicación de *The Lawyering Process* en el que se vincula el proceso de formación jurista a un compromiso social o de interés público. Se perfecciona todas estas ideas a lo largo de los años 90 con dos importantes informes que definen las clínicas jurídicas: Informe del Comité para el Futuro de la Enseñanza Legal Clínica y el Informe de la Bar Association, conocido como Informe Macrate[5].

Desde el ámbito pedagógico, el modelo clínico se caracteriza por, como decía Knowles, ser la ciencia de ayudar a los adultos aprender. Esta afirmación se basa en que un adulto no puede aprender con las mismas técnicas que un niño. Por ello, este método de "Andrología" o el arte y la ciencia de ayudar a los adultos a aprender se basa en cuatro pilares: "que los adultos se consideran a sí mismo como personalidades que se conducen autónomamente; que los adultos acumulan una mayor experiencia que los niños, y que esta constituye en sí misma un muy importante recurso de aprendizaje…existen una serie de "funciones desarrollables"…que en el caso de los adultos constituyen su posición social o laboral… y por último, la suposición de que los adultos pretenden aprender con un objetivo inmediato, mientras que los niños de una manera consciente o inconsciente saben que aprenden para el día de mañana"[6]. Se podría resumir que la educación en las clínicas jurídicas se fundamenta en una metodología a través de la relación entre el profesor y el alumno y el contacto con la realidad. Esta experiencia hace que los estudiantes sean los protagonistas de la vida jurídica, con lo que aprenden más rápido y mejoran su capacidad de plantear y resolver problemas jurídicos[7].

Esta propuesta educativa viene a expresar que el Derecho "no ocupe la figura del padre que da respuesta a todos los problemas proveyendo de una vida segura y cierta" sino una propuesta creativa en la que "el hombre no es para el Derecho, sino el Derecho para el hombre"[8].

---

5 BLÁZQUEZ MARTÍN, D., "La educación jurídica clínica en el contexto del "proceso de Bologna": su aplicabilidad en España", en Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, vol.5, núm. 10, Colombia, 2006, pp. 162-163.
6 Ibidem, pp. 164-165.
7 Idem.
8 BLÁZQUEZ MARTÍN, D., op.cit., p. 166.

Con el paso de los años Estados Unidos se ha convertido, posiblemente, en el sistema de educación del Derecho más distinto conocido, pues derecho no es un grado o licenciatura, sino un post grado que puedes estudiar después de haber realizado la carrera que gustes. Este post grado dura, generalmente, 3 años en forma presencial y 4 años a tiempo parcial, con clases de 100 alumnos en el primer año en el que se imparten asignaturas como Derecho constitucional, procesal civil, contratos…Tras este primer año, los alumnos pueden elegir las asignaturas que quieren cursar de entre una gran variedad sobre Derecho penal, civil, administrativo…Un dato a destacar, pues resulta distinto al sistema español y, por lo general, al europeo, es que la asignatura de ética profesional es obligatoria, normalmente, en el primer curso. Sin embargo, la jurisprudencia o la historia del Derecho no son asignaturas obligatorias y no se suelen estudiar[9]. Realmente esto nos hace plantearnos qué sistema es mejor o qué cosas se pueden mejorar.

Parece importante conocer que el sistema de Derecho de los Estados Unidos se basa en el *common law*, es decir, en las decisiones de los tribunales más que en la codificación de las leyes. En conclusión, lo expresado por los tribunales es precedente y la función del abogado consiste en argumentar que los hechos del caso que le es encomendado son distintos o iguales respecto de otros hechos sobres los que ya se han pronunciado los tribunales con sentencia[10].

La aplicación de este método clínico es interesante por los compromisos que plantea el Espacio Común Universitario Europeo. Todo empezó con la *Declaración de La Sorbona* de 1998, por la que se revisó los sistemas universitarios de los Estados miembros de la Unión Europea, más conocido como Proceso Bolonia. Esta iniciativa persigue la construcción de un espacio común en el que se puedan compartir títulos y acabar con las fronteras para desarrollar un marco de enseñanza y aprendizaje. En cambio, no sólo habla de estos objetivos de circulación de estudiantes y académicos, sino de incrementar la competitividad del sistema europeo de educación superior. Un aspecto importante del Proceso Bolonia es, el ya mencionado, contacto con la realidad, una continua interrelación entre la sociedad y la Universidad[11].

Toda esta información, vinculada con las clínicas jurídicas, nos muestra cómo la enseñanza del Derecho a través del método clínico, planteado hace años en Estados

[9] ÁLVAREZ. A., *op. cit.*, pp. 124-125.
[10] *Ibidem.*, pp.125-126.
[11] FEDERICO DE MONTALVO, J., "¿Cómo se interrelaciona Bolonia con la sociedad?: la experiencia desde una facultad de derecho", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.21, 2015, pp. 5-6.

Unidos es una forma más que probada de cumplir con esos objetivos que pretende el Espacio Común Universitario Europeo, a través del Proceso Bolonia. Por lo que se puede concluir, que las clínicas jurídicas son una gran propuesta para el incremento de una sensibilidad social que ayude a formar a profesionales comprometidos con la realidad.

El motivo por el que elegí participar en la Clínica Legal, el cual mantengo actualmente, es el doble objetivo de la función que llevan a cabo. El poder realizar casos prácticos con personas y problemas reales, que te ayuden a aprender, pero al mismo tiempo, a concienciarte de que la discriminación no es un concepto teórico sino muy tangible en nuestra sociedad y que, por desgracia, mucha gente lo sufre. Además, de ser un estímulo positivo el pensamiento de que, con tus pocos conocimientos, pero tu empeño y trabajo puedes ayudar a mermar y aliviar la situación por la que están pasando esas personas apoderándoles con la información necesaria de lo que, en definitiva, son sus derechos y puedes conseguir que luchen por la efectividad de los mismos y por mejorar su calidad de vida.

En mi paso por la Clínica Legal he realizado un total de 8 casos, los cuales versan, la mayoría, sobre la enfermedad de Crohn y colitis ulcerosa expuestos en este trabajo. Sin embargo, también he asesorado sobre: Parkinson en relación con los grados de discapacidad y posibles opciones para esta persona, en el caso ASPARBI 2016-21; la pensión no contributiva de una persona trasplantada de riñón, en el caso ALCER 2017-16 y sobre la financiación de medicamentos biológicos en ACCU 2017-53, uno de los casos más novedosos e interesantes que he realizado.

La forma de trabajo que he llevado a cabo en la Clínica Legal ha sido guiada por el tutor, con las sucesivas reuniones basales, en las que se nos informaba de la consulta realizada y orientaba sobre la forma de resolverla y la oferta de jornadas de formación sobre diversos temas como: la adopción de niños y niñas VIH positivos, los derechos de las personas con VIH, jornadas en las que acudían varias asociaciones a ilustrarnos sobre los iniciativas y problemas de ciertos colectivos… Con todas estas oportunidades de aprendizaje, que he aprovechado, realizábamos nuestros informes en una semana de plazo y posterior corrección del tutor.

3.- ¿POR QUÉ HE ESCOGIDO ESTE TEMA?

El título de este trabajo es "Los derechos de las personas con enfermedades crónicas a través de los casos de la Clínica Legal". Pues bien, ante la amplitud de este encabezado me he decantado por la elección de dos tipos de enfermedades: la colitis ulcerosa y la enfermedad de Crohn, ambas reciben la protección y el apoyo de ACCU España, Asociación de Crohn y Colitis Ulcerosa. Dicha asociación sin ánimo de lucro y declarada de utilidad pública es creada en 1987. Desde entonces viene ejerciendo una función social muy necesaria en cuanto al asesoramiento, ayuda y defensa de las personas que conviven con este tipo de enfermedades, con un objetivo ambicioso pero muy deseable: "crear un mundo en el que la vida de las personas no esté limitada por la enfermedad de Crohn ni la colitis ulcerosa".

Por otra parte, considero que son enfermedades silenciosas, de modo que, no son muy conocidas en la sociedad y además sus síntomas son poco visibles hacia el exterior mientras que, la persona vive un auténtico martirio. Desde mi punto de vista, no se debe disfrazar los términos médicos y las limitaciones que suponen estas enfermedades, pues estaríamos restando importancia a un problema que en España se estima que padecen entre 84.000 y 120.000 personas (el 42% tiene la enfermedad de Crohn y el 48% colitis ulcerosa). Según la Sociedad Española de Patología Digestiva una de cada 450 personas padece de estos problemas.

Por último, y en relación con el ámbito jurídico en el que se basa mi pequeña aportación para lograr el gran objetivo de conseguir que estas personas vivan sin ningún tipo de limitación por su enfermedad, es decir, la no discriminación de estos sujetos titulares de derechos como toda persona perteneciente a un "Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político" tal y como reza el artículo primero de nuestra Carta Magna. Estas personas merecen una protección jurídica efectiva para evitar todas aquellas discriminaciones que viven día a día en temas como despidos por discapacidad, reducción de jornada, acceso a medicamentos, grados de discapacidad, incapacidades laborales, falta de adaptación de su puesto de trabajo… En especial, me centro en las discriminaciones en el ámbito laboral de estas personas que como todo español goza del "deber de trabajar y de derecho al trabajo" según el artículo 35 de la Constitución Española.

En conclusión, he elegido la enfermedad de Crohn y la colitis ulcerosa para ser consciente y sensibilizar, en la medida de mis posibilidades, a la sociedad que tan falta esta del conocimiento de estas enfermedades y para luchar contra la discriminación de estas personas en muchos ámbitos de sus vidas, sin olvidar lo que nuestra Constitución nos regala en su artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

4.- CASOS DE LA CLÍNICA LEGAL: COLITIS ULCEROSA Y ENFERMEDAD DE CROHN.

ACCU 2016-24

Fecha: 14 de noviembre de 2016

Nombre/s del alumno/a que ha redactado la ficha:

-. Rocío Serrano García

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

-. Miguel Ángel Ramiro Avilés

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. La consulta hace referencia a los requisitos y, en su caso, impedimentos que las personas con enfermedad de Crohn están teniendo a la hora de iniciar un procedimiento de adopción.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

Respuesta fundamentada

Para empezar, muchas gracias por ponerse en contacto con nosotros y esperamos que le sea de gran utilidad.

- En primer lugar, teniendo en cuenta las posibles dificultades que aquellos que conviven con la enfermedad de Crohn pueden estar encontrando a la hora de querer adoptar, es necesario analizar el texto constitucional, para dejar claro cuáles son los derechos fundamentales que estas personas ostentan y de qué modo pueden hacer uso de los mismos. En virtud del artículo 14 CE, se pone de manifiesto que todos los españoles son iguales ante la ley*, "sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".* Aunque ni la enfermedad ni la discapacidad aparecen reflejadas de forma expresa, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como

la legislación vigente ponen de manifiesto que ninguna persona pueda ser discriminada por dichas razones. En este caso relativo al acceso a un procedimiento de adopción, todas aquellas personas que deseen hacerlo tendrán el derecho de entrar a formar parte de ello, sin que, por razón de sus circunstancias personales, puedan impedirles adoptar. La Constitución en su artículo 39 CE, recoge que los poderes públicos asegurarán la protección de la familia y de los hijos, independientemente de su filiación. Por lo tanto, al ser un derecho constitucional, los poderes públicos deben promover y garantizar que aquellas parejas o aquellas personas que deseen formar una familia lo hagan, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos, pero sin interpretar éstos de manera demasiado estricta. Así viene por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª) en su Auto núm. 38/1999 de 19 de marzo. Ahora bien, como hemos dicho, habrá que prestar especial atención a los requisitos que las diferentes normas nacionales y autonómicas establecen para acceder, y en caso de que a estas personas con enfermedad de Crohn les impidan hacerlo, interponer los recursos necesarios.

En primer lugar, vemos necesario exponer el cuadro legal sobre la adopción nacional, la capacidad de los solicitantes y los requisitos requeridos. Después, añadiremos lo recogido en la norma autonómica sobre la adopción, y los requisitos que en ésta se establecer.

Por un lado, el Código Civil (en adelante CC), es la norma principal que establece el marco principal de los requisitos para adoptar. Además, encontramos la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modifica el Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyos artículos 24 y 25, referidos a la adopción de menores, sirve de apoyo al resto de normativa.

Por un lado, el artículo 108 CC prevé la filiación tanto matrimonial como no matrimonial, además de la producida por vía de la adopción, siendo idénticos los efectos de todas ellas. Por otro lado, en los artículos 175 CC y siguientes del mismo texto normativo, se recoge que los adoptantes deben ser mayores de 25 años y que deberá tener 14 años más que la persona adoptada. Asimismo, con que uno de los componentes de la pareja supere esa edad es suficiente. Con respecto a este requisito, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª) núm. 16/2000 de 19 de febrero recoge *"que en lo que a éste particular se refiere, es el de estarse en presencia de un requisito imperativo y, por tanto, condición sine qua non, para poder adoptar, dada la contundente expresión "en todo caso", que cierra la vía a la*

excepción, lo que hace que sea un requisito ineludible legalmente para todos los supuestos". Si se da el caso de querer adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia de edad podrá ser mayor que los 45 años exigidos comúnmente.

La diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando tendrá que ser de 16 años como mínimo y 45 años como máximo, salvo que el menor que va a ser adoptado sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo y ser mayor de edad o menor emancipado, son los presupuestos establecidos en la norma.

Como regla general, sólo se podrán adoptar a menores no emancipados, salvo que tras la emancipación hubieran comenzado una situación de acogimiento o convivencia con los futuros adoptantes durante, al menos, un año.

Por otra parte, en un sentido más negativo, no podrán adoptar las personas que no tengan la capacidad para ser tutores, privados del ejercicio de la patria potestad o suspendido su ejercicio o aquellos que tengan la guarda de su hijo confiada a la Entidad Pública. Conviene, por tanto, saber a qué se refiere el concepto de patria potestad, el cual, tal y como expresa el artículo 154CC, es la responsabilidad parental que debe ser ejercida conforme al interés de los hijos de acuerdo con su personalidad, con respeto a sus derechos, integridad física y mental.

Por último, el Código Civil en su artículo 176, establece que se tendrá en cuenta en primer lugar el interés superior del menor o del adoptando y la Entidad Pública determinará la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad sobre el primero.

En segundo lugar, vamos a analizar la adopción internacional, ya que es una posibilidad con la que se puede contar. Este tipo de adopción presenta una mayor complejidad, ya que está implicada la legislación de dos países, así como algunos principios internacionales que se han desarrollado para asegurar la protección adecuada de la infancia. En adopción internacional, hay que tener en cuenta a las administraciones de protección de menores de los países de origen y las entidades que en España están acreditadas para la intermediación en adopción internacional. Como

consecuencia, a finales de 2007, se promulgó la Ley 54/2007 de Adopción Internacional.

La valoración de idoneidad requiere un examen psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los solicitantes de adopción. El objetivo es determinar su capacidad para la vinculación afectiva estable y segura, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de la singularidad de sus características individuales. La ley prohíbe expresamente que en el proceso de declaración de idoneidad se produzca cualquier discriminación por razón de discapacidad o de cualquier otra circunstancia. Ahora bien, esto es lo que establece la ley nacional de los futuros padres, pero habrá que tener en cuenta, también, la ley de origen del menor y los requisitos y capacidades exigidos en la misma, ya que será ésta la que establecerá el régimen jurídico que regirá en el procedimiento. Por lo tanto, los adoptantes deberán ser considerados capaces, idóneos y elegibles, de acuerdo con las normas y estándares del país de origen, pero también deberán cumplir con las exigencias de capacidad e idoneidad del sistema jurídico español. Esta doble garantía ha quedado recogida en el Convenio de la Haya de 1993, como en nuestra legislación interna.

Estas exigencias pueden ser en relación con las Entidades de Colaboración para la Adopción Internacional (ECAI's) y las entidades administrativas competentes. En muchos países solo valoran los expedientes de idoneidad emitidos por las ECAI's, como India, Bolivia, Rusia, Rumanía, Etiopía y Vietnam, y otros como Colombia y China admiten ambas. También, pueden exigir un determinado estado civil. Por ejemplo, Bolivia, Chile, Eslovaquia, Estonia, República Checa, República Dominicana, Sri Lanka o Tailandia, establecen que los adoptantes deben estar casados. Otros, admiten a divorciados (Brasil o Colombia), mujeres solteras, pero no hombres (Etiopía o India) o parejas de hecho (Ecuador, Colombia o Nicaragua). Otro tipo de exigencias pueden ser las relativas al tiempo de convivencia o a la existencia de hijos biológicos, ya que muchos países no permiten la adopción si hay hijos biológicos de los adoptantes, pero sí (Senegal), si éstos son adoptados. Con respecto a la salud, Ucrania exige un certificado médico en el que conste un diagnóstico de venerólogo, psiquiatra, neumólogo, traumatólogo y narcólogo y análisis, entre otros, del VIH. Asimismo, la nueva normativa de China exige que los adoptantes no padezcan SIDA, discapacidad mental, enfermedad infecciosa, problemas de visión (ceguera), pérdida de capacidad auditiva o pérdida de la función del lenguaje.

El cumplimiento de las exigencias establecidas en las normativas del Estado de origen del menor constituye un requisito ineludible por la naturaleza jurídico-antropológica de la adopción. Así queda recogido en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, donde en su artículo 20.3, se prevé que, en caso de adopción, se respetará el origen étnico, religioso, cultural y lingüístico del menor.

Por otra parte, el principio fundamental de la adopción es siempre el interés superior del menor, que es el bien fundamental a proteger en todos los casos, aunque, como es lógico, se tengan también en cuenta los legítimos intereses de las demás personas implicadas.

Cuando hablamos del interés superior del menor, nos referimos a un concepto jurídico indeterminado o una cláusula abstracta. Así queda reflejado en el artículo 39 CE, el Código Civil y la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Al ser un concepto indeterminado, éste debe ser interpretado de manera flexible y dinámica, analizando el caso concreto que se nos presente. El interés del menor es considerado como un principio general que abarca todos los derechos fundamentales, garantizando la efectiva protección del menor, con miras a posibilitar el libre desarrollo de su personalidad. Deberán tenerse en cuenta, por tanto, la vida, supervivencia y desarrollo del menor, así como sus necesidades básicas, materiales, físicas y educativas. Además de los deseos, sentimientos y opiniones, en función de su edad, su madurez y su desarrollo, y el entorno familiar, el cual debe ser adecuado y libre de violencia, respetando su cultura o religión y garantizando el pleno desarrollo de su personalidad. En definitiva, el interés superior del niño supone la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que el Juez tiene y adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le van facilitando.

Si analizamos la jurisprudencia española en torno a este concepto de interés superior del menor, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). núm. 9149/1987 de 18 de marzo, en su Fundamento Jurídico 1º, hace referencia a que *"los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de la menor que son, sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas […] tan peculiares de las relaciones propias del Derecho*

de Familia." El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), en su Sentencia núm. 713/1996 de 17 de septiembre, viene a decir que, ese principio del interés superior del menor vincula tanto a Jueces y poderes públicos. En relación a la adopción, son las entidades públicas encargadas de aprobar los diversos expedientes o certificados, que permitirán la continuación del procedimiento de adopción, las que deberán observar por encima de todo este interés superior del menor. La sentencia citada, también hace hincapié en la importancia de prestar atención a la figura del menor como sujeto de derechos, que necesita hacerse partícipe en la construcción de su propia vida.

Por otro lado, la Convención de los Derechos del Niño también reconoce la obligación de tener en cuenta, como primordial, el interés superior del menor, concretamente en el artículo 3 y en el artículo 21 b). En este último, se menciona la adopción en otro país como "otro medio de cuidar al niño" cuando no se pueda ocupar una familia adoptiva del país de origen o el propio estado de origen. Sin embargo, deberán velar para que el niño goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes en esta materia en el país de origen. No debemos olvidar que la adopción es, en muchas ocasiones, una nueva oportunidad para menores en riesgo de exclusión social y, que en virtud del artículo 6 de la Convención de los Derechos del Niño, *"los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida"*, teniendo que garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. Desde los Tribunales se ha establecido que habrá que tenerse en cuenta *"aquello que convenga a la estabilidad emocional y desarrollo de la personalidad de la menor de la manera más equilibrada posible lo que prime al fijar medidas con respecto a los hijos (en el presente caso el régimen de visitas)".*

Una vez fijados los requisitos requeridos por la Administración para iniciar un procedimiento de adopción, y tras haber explicado qué se entiende por interés superior del menor, vemos necesario incorporar los presupuestos exigidos por la correspondiente Comunidad Autónoma, cuyas normativas son similares, pero pueden apreciarse ciertas diferencias puntuales. La razón de acudir a esta legislación complementaria es porque en materia de adopción, que es el tema que tratamos, las Comunidades Autónomas tiene transferida la competencia para que cada una de ellas pueda establecer sus propios criterios y requisitos. En este caso, partimos de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid, donde en su artículo 3 se establece que, ante las solicitudes

planteadas, se tendrá en cuenta en primer lugar, el interés superior del menor y que las autoridades dedicadas a admitir o inadmitir las solicitudes, supriman en lo posible cualquier tipo de discriminación *"en razón de nacimiento, sexo, color, raza, religión, origen nacional, étnico o social, idioma, opinión, impedimentos físicos, condiciones sociales, económicas o personales de los menores o sus familias, o cualquier otra circunstancia discriminatoria."*

A continuación, vemos necesario hacer un análisis de qué se entiende por idoneidad para poder adoptar, y si la enfermedad con la que viven los futuros padres supone un impedimento para ello, así como si se está produciendo una discriminación y si hay posibilidad de recurrir contra la decisión de la Administración.

En primer lugar, se entiende por idoneidad, *"la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción"*. De forma similar se define en la Ley de Adopción Internacional.

Esto es, el certificado de idoneidad es, fundamentalmente, el documento que acredita la capacidad para poder cuidar a un menor adoptado y otorgarle la calidad de vida que merece. Dicha declaración de idoneidad tiene que ir acompañada de una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes y su capacidad para establecer vínculos seguros, así como establecer habilidades educativas y su aptitud para atender al menor según sus circunstancias personales. Deberán disponer de ciertas habilidades y recursos educativos, conocer las necesidades y dificultades propias de cada etapa evolutiva, dar atención y ofrecer comprensión y cuidados. Además, tener una capacidad de resolver los problemas y dificultades, de adaptarse a las situaciones nuevas y de cubrir sus capacidades educativas. La vigencia máxima de los certificados de idoneidad es de tres años, siempre y cuando no se produzcan antes cambios sustanciales de las circunstancias personales y familiares existentes en el momento de la valoración.

En segundo lugar, al acudir a la norma autonómica que determina los requisitos concretos, en el artículo 58 de la Ley 6/1995, se pone de manifiesto que los adoptantes deben *"disfrutar de un estado de salud, física y psíquica, que no dificulte el normal cuidado del menor."* Lo que de verdad interesa en este caso es el estado de salud de los adoptantes y si éste influye en el procedimiento de adopción.

Junto con las enfermedades físicas, se incluyen enfermedades infecciosas, enfermedades degenerativas o incapacitantes, enfermedades crónicas graves que requieran condiciones de vida especiales, enfermedades que supongan tratamientos intensos o prolongados (radiológicos, químicos o quirúrgicos), o enfermedades graves ya tratadas que puedan reproducirse. En todos estos casos, será necesario contar con los Certificados Médicos correspondientes y se podrán solicitar los informes médicos del especialista que corresponda, en los que se deberá especificar el diagnóstico de la enfermedad, situación actual, evolución, tratamiento y pronóstico de la misma.

En general, la presencia de alguna de estas enfermedades se valorará negativamente, pero no por ello tienen que tener un carácter excluyente por sí mismas, ya que se valoran muchos otros factores. Lo que es verdaderamente importante es valorar el grado de afectación, las circunstancias que la rodean y los apoyos con los que cuentan, para determinar si podría suponer algún riesgo para el cuidado y atención del menor.

Para la valoración de todo ello, el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, al hablar de las enfermedades relacionadas con el aparato digestivo, como lo es la enfermedad de Crohn, establece que el grado de discapacidad se determinará en virtud del número de brotes y la duración de éstos. Esta misma norma, otorga un grado nulo de discapacidad (Grado 0) por deficiencias en el tubo digestivo, cuando la persona en concreto, mediante un tratamiento médico controla los síntomas y mantiene un peso adecuado de hasta un 10% inferior al peso ideal para su talla, sexo y edad. Si los síntomas no son controlables o tiene anemia, pérdida de peso o fiebre, que le impiden realizar las actividades de la vida diaria, el grado de discapacidad (Grado 1) variará en virtud de la gravedad de estos síntomas.

Los Tribunales, en relación con estos síntomas de la enfermedad de Crohn, se han pronunciado en alguna ocasión. Así lo demuestra, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Barcelona), (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1185/2011 de 14 de febrero, que viene a decir que, aunque los síntomas varían de una persona a otra, sí se les debería reconocer una capacidad residual para realizar ciertas actividades profesionales acordes a su cuadro clínico. Por ello, si pueden ser capaces de desarrollar ciertas actividades laborales, el ejercicio de la patria potestad podría

quedar incluido, siendo ciertamente discriminatorio el negarles la posibilidad de adopción, cuando tienen reconocida esa capacidad para trabajar.

Otra sentencia más reciente, emitida por el TSJ de Canarias (Las Palmas), (Sala de los Social, Sección 1ª), núm. 811/2014 de 16 de mayo, falla a favor de la parte actora, estableciendo que los síntomas que padece la han obligado a estar largos períodos de tiempo en una situación de incapacidad temporal, por lo que se consideran lo suficientemente graves como para que no pueda llevar a cabo ninguna actividad, por liviana o sedentaria que sea. Si la gravedad de la enfermedad de los adoptantes se asemeja a la aquí descrita, el ejercicio de la patria potestad sobre un menor a través de la adopción resulta complicada.

Como se puede observar, el grado de discapacidad depende en gran medida del estado en el que se encuentre la enfermedad. Recientemente, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) en su Sentencia núm. 143/2016, de 9 de marzo, otorga la custodia de los hijos a una madre que convive con la enfermedad de Parkinson, por encontrarse ésta en estado leve. El Tribunal llega a la conclusión de que *"la enfermedad de Parkinson se encuentra en estado leve y controlada, lo que no impide a la recurrida hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución*". Por lo tanto, será necesario que se valore correctamente la más o menos gravedad del estado de la enfermedad en la que se encuentren los futuros adoptantes, sin que por aquélla se inhabilite a los padres a ejercer la patria potestad sobre un menor.

- Para acabar con la idoneidad, nos gustaría resaltar este auto de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª) núm. 38/1999 de 19 de marzo, que establece en líneas generales que, a la hora de reconocer la idoneidad para adoptar, no cabe hacer de este concepto algo tan estricto y excluyente, que impida, en última instancia, la adopción, produciendo un perjuicio sobre los menores. Esto es, que lleguen a *"producir un perjuicio en los menores susceptibles de ser adoptados, cuya situación de desamparo exige la adopción de un remedio".*

Por último, queremos resaltar qué ocurrirá si el certificado de idoneidad es denegado y cuáles son <u>las vías de impugnación</u> que los interesados tienen para ello. Cabe decir, en primer lugar, que la resolución que declara esa falta de idoneidad de una persona como adoptante es recurrible.

La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en su artículo 780.1 hace referencia a la posibilidad de iniciar un procedimiento judicial, sin necesidad de

interponer reclamación alguna en la vía administrativa. El artículo anterior al citado, es decir, el 799 LEC, recoge la preferencia del procedimiento por tratarse de resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Además, será competente para resolver, el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad administrativa y, en su defecto, el domicilio de los adoptantes.

En virtud del artículo 249.2º LEC, el procedimiento tendrá carácter preferente porque el objeto principal es la tutela de un derecho fundamental, como podría ser el artículo 14 CE. El principio de igualdad y no discriminación, recogido en este precepto constitucional, se pone de manifiesto en el momento en el que se ha denegado el certificado de idoneidad a unos adoptantes por razón de su enfermedad.

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 artículo 66, se pone de manifiesto que los poderes públicos, para luchar contra la posible discriminación que se produce, establecerán exigencias de accesibilidad y de eliminación de los obstáculos para que las personas con discapacidad puedan acceder en los mismos términos a un determinado proceso. Todo ello, teniendo en cuenta que los adoptantes tengan reconocido cierto grado de discapacidad en virtud de su estado de gravedad. Si no fuera así, la discriminación se estaría produciendo por el mero hecho de tener una enfermedad crónica pues las medidas de denegación adoptadas no cumplirían con las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad característicos del juicio de igualdad al que debe someterse toda medida.

La tramitación de este tipo de resoluciones denegatorias irá por el Juicio Verbal (art. 437 y siguientes de la LEC), por lo que será necesaria la presencia de abogado y procurador para la interposición de la demanda. Se podría pensar la posibilidad de que los adoptantes accedieran a la asistencia jurídica gratuita porque cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Estos requisitos son la insuficiencia de recursos para litigar y la condición de víctima, derivada del proceso. Esta última, no podrá presentarse, ya que la condición de víctima se adquirirá en el momento de formulación de la denuncia o querella. Por otro lado, el derecho de asistencia jurídica gratuita se reconocerá a los menores de edad. Sin embargo, son los adoptantes los que inician el procedimiento, por lo cual, sobre ellos, no podrá recaer el beneficio de la asistencia jurídica gratuita. Se

puede obtener más información sobre este derecho en los Colegios de Abogados y en la página web www.justiciagratuita.es

Esperamos que esta información sea de utilidad.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

ACCU 2017-28

Fecha: 22 de mayo de 2017

Nombre/s del alumno/a que ha redactado la ficha:

-. Mª del Rocío Serrano García

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

-. Miguel Ángel Ramiro.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Persona con enfermedad de Crohn con varias patologías como consecuencia de la misma, solicita información acerca de la solicitud de una incapacidad, puesto que ha sido despedido por un ERE colectivo y, dado a su enfermedad y edad, no encuentra un nuevo puesto de trabajo.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

-. ¿Toma tratamiento continuado para el control de los síntomas de su enfermedad?

-. Tipo de fístula intestinal. ¿Ha sido operado de la fístula?

-. Síntomas que padece de la uveítis.

-. Grado de la condromalacia.

-. Especificación médica de las poliartralgías.

Respuesta fundamentada:

Para comenzar, darle las gracias por su consulta y esperamos que le sirva de utilidad, tanto como a nosotras para aprender sobre las incapacidades laborales, sistema de grados de discapacidad y jubilación anticipada.

Primeramente, le explicaremos los tipos de incapacidades y requisitos que existen. La incapacidad permanente es una prestación económica que trata de cubrir la

pérdida de ingresos que sufre un trabajador cuando por enfermedad o accidente ve reducida o anulada su capacidad laboral.

Es importante tener en cuenta que la enfermedad de Crohn es una enfermedad común, por tanto, para tener derecho a pensión se tiene que haber cotizado un tiempo determinado a la Seguridad Social, y de la misma dependerá la base reguladora que fijará la cuantía de la pensión.

Para el supuesto de no alcanzar los periodos mínimos de cotización exigidos, se ha establecido una modalidad no contributiva, para las personas que acrediten una insuficiencia de recursos.

Además, es importante diferenciar entre los grados de incapacidades laborales, siendo los siguientes:

• Incapacidad permanente parcial, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Para el caso de enfermedad común, se requiere tener cubierto un período previo de cotización de 1.800 días comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores. La cuantía será un pago único de 24 mensualidades de la base reguladora (la misma que sirve para el cálculo de la incapacidad temporal, como norma general es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador del mes anterior entre el número de días a que se refiere dicha cotización)

• Incapacidad permanente total, inhabilita al trabajador para su profesión habitual, pero puede dedicarse a otra distinta. Para el caso de enfermedad común, se requiere tener cotizado un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años. Además, un quinto del periodo de cotización exigido debe estar comprendido en los últimos 10 años.

La cuantía será el 55% de la base reguladora, se incrementará un 20% a partir de los 55 años cuando por diversas circunstancias se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la habitual.

• Incapacidad permanente absoluta, inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio. En el caso de enfermedad común, se requieren tener cotizado un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante,

con un mínimo, en todo caso, de 5 años. Además, un quinto del periodo de cotización exigido debe estar comprendido en los últimos 10 años.

Si el trabajador no estuviera en situación de alta al momento del hecho causante se exigen 15 años cotizados, de los cuales 3, deben estar comprendidos en los últimos 10 años

La cuantía será el 100% de la base reguladora.

• Gran invalidez, el trabajador incapacitado permanente necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida (vestirse, desplazarse, comer o análogos)Los períodos de cotización exigidos se fijan de la misma manera que para la incapacidad permanente absoluta.

Pues bien, el procedimiento tiene dos vías, la administrativa y la judicial. Para acudir a los juzgados se tiene que haber agotado la vía administrativa, en virtud del artículo 69 de la Ley de Jurisdicción Social. Por lo que primero, se realiza una solicitud ante el INSS por el trabajador.

El equipo de valoración de incapacidades (EVI) formulará el dictamen-propuesta y los directores provinciales del INSS 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.

Si no se está de acuerdo con esta resolución se tiene un plazo de 30 días para presentar recurso. En la mayoría de los casos la reclamación previa no tiene éxito y hay que pasar a la vía judicial.

En el Procedimiento judicial a seguir ante los juzgados de lo social, lo ideal sería que el perito que acompaña al abogado fuera especialista de digestivo, pero normalmente no es así. El médico de la sanidad pública puede acudir como testigo, pero no como perito. Finalmente se dicta sentencia y si no se está de acuerdo se puede recurrir ante los tribunales.

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. También debemos hablar de la incapacidad en los pacientes con enfermedad de Crohn. La enfermedad de Crohn, como patología invalidante, se mueve en el campo legal desde Incapacidad permanente total a la absoluta sin llegar al grado de Gran invalidez, siendo determinante el estado en que se encuentra la evolución de la enfermedad y la incidencia de los efectos en la capacidad laboral del sujeto afectado. En las fases de

crisis, la imposibilidad de trabajar es evidente y está fuera de toda duda, mientras que, si los periodos de mejoría tienen una duración suficiente, está claro que la enfermedad por sí misma no determinará una situación de incapacidad permanente.

Como vienen manteniendo las resoluciones judiciales, la anemia, los dolores abdominales, la pérdida de peso, la sensación constante de cansancio y la depresión, son aspectos habituales de esta enfermedad. De acuerdo con esto, según declara la jurisprudencia, la enfermedad de Crohn es incompatible con las actividades que exijan a la persona afectada sobreesfuerzos físicos importantes, que impliquen estar de pie o sentado de forma prolongada y continua, que no le permitan el seguimiento del tratamiento prescrito, que dificulten el uso de los servicios en los supuestos habituales de urgencia intestinal o que conlleven la realización de constantes desplazamientos.

En el momento de solicitar la incapacidad es importante aportar buenos informes médicos en los que se explique bien la enfermedad y sus repercusiones en la vida del enfermo.

Los jueces trabajan con una gran incertidumbre, la abundancia de síntomas diversos y la falta de criterios claros para su evaluación hacen que tengan problemas a la hora de dictar sentencia. Además, el médico especialista no tiene por qué tener conocimiento de la parte judicial y esto a veces causa malentendidos por la interpretación que pueda hacer el tribunal de sus observaciones.

En esta enfermedad, es determinante para valorar la posible incapacidad permanente el número de deposiciones o evacuaciones que como consecuencia de la enfermedad precisa realizar diariamente el enfermo. Si el número es muy elevado supone la imposibilidad de realizar cualquier tipo de trabajo por cuenta ajena y por lo tanto estaríamos ante una incapacidad permanente absoluta, mientras que, si las deposiciones no son muy elevadas, pero sí lo bastante como para suponer la necesidad de un lavabo próximo, se entiende que estamos ante una incapacidad permanente total.

Por tanto, la profesión del paciente resulta fundamental, para el caso de la incapacidad permanente total hay que determinar la correlación entre las limitaciones del paciente y las tareas que la persona debe realizar en su actividad laboral o profesional, para ello, debe aportarse una descripción pormenorizada de la profesión y lo que conlleva el puesto de trabajo.

Para que pueda ser reconocido el grado de incapacidad absoluta, ha de exigirse que el trabajador se encuentre totalmente inhabilitado para toda profesión u oficio. Esta

ausencia de habilidad ha de entenderse como pérdida de la aptitud psico-física necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad empresarial.

Con todo esto, a su pregunta de si es factible o no solicitar la incapacidad, he de decir que es un camino largo. Actualmente se reconocen en torno a un 30% de las incapacidades y para poder conseguirla lo más seguro es que tenga que recurrir tanto la resolución del INSS como la sentencia del Juzgado de lo Social. Hemos encontrado varias sentencias que estiman los recursos interpuestos por pacientes con enfermedad de Crohn que establecen algunos aspectos que se suelen tener en cuenta a la hora de estimar la solicitud de incapacidad.

En cuanto a la incapacidad permanente total se establece que hay reiterada y constante jurisprudencia en el sentido de que la situación invalidante de incapacidad permanente total para la profesión habitual, se caracteriza por un doble elemento: primero, por su carácter profesional lo que implica que para su calificación jurídica habrán de valorarse más que la naturaleza de los padecimientos que presenta el trabajador, la limitación que ellos generen en cuanto impedimentos reales, esto es susceptibles de determinación suficiente para dejar imposibilitado a quien los padece, de iniciar y consumar las tareas propias de su oficio, por cuanto son esas limitaciones funcionales las que determinan la efectiva reducción de la capacidad de ganancia; y segundo, por su carácter de permanencia que implica la necesidad de estabilización de su estado residual en el sentido que las patologías o secuelas tengan un carácter previsiblemente definitivo dado que la posibilidad de recuperación clínica se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

En cuanto a la incapacidad permanente absoluta, la posibilidad de que el trabajador pueda dedicarse a esas tareas "marginales" no impide que se aprecie la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo pues el art. 137.5 LGSS la define como la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio, y desarrollar una profesión o un oficio exige, como se ha dicho, hacerlo con un mínimo de asiduidad, dedicación y rendimiento, sin que ese grado impida (art. 141.2) ciertas actividades, sean o no lucrativas pues," si llevásemos al extremo la exigencia de que la inhabilitación deber ser "por completo", no se reconocería a nadie pues, incluso un tetrapléjico o un afectado por otras dolencias gravísimas, puede desarrollar ciertas actividades."

Seguidamente, pasamos a explicarle otra posibilidad que usted tiene, que es la solicitud del grado de discapacidad. Pues bien, la discapacidad y la incapacidad no implican lo mismo. Se podrían resumir en que la incapacidad supone la imposibilidad o dificultad en la aptitud laboral del trabajador que, tras un tratamiento médico, las secuelas son previsiblemente definitivas y puede que le impidan o dificulten gravemente el desarrollo de su actividad laboral presente o, en general, para cualquier puesto de trabajo. Mientras que, la discapacidad se define como: las deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales que se prevé que sean definitivas en una persona, pero sin tener relación con la vida laboral de la misma.

Para empezar la calificación del grado de discapacidad se tendrá en cuenta, no sólo las discapacidades presentes que usted padezca, sino también factores sociales, laborales, familiares, educativos y culturales que pudieran dificultar su integración en la sociedad, tal y como expresa el artículo 4 del RD 1971/1999 Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Dicho lo cual, el grado de discapacidad se fija mediante los baremos que se establecen en el mencionado Real Decreto.

La competencia en esta materia ha sido transferida a las Comunidades Autónomas, que deben asignar a algunos de sus órganos el reconocimiento del grado de discapacidad, a su vez, analizar si el sujeto precisa de otra persona para los actos esenciales de la vida ordinaria y la utilización de los transportes públicos colectivos, con el fin de observar si se requiere de prestaciones, servicios o beneficios públicos. Además, también el artículo 6 del RD 1971/1999, les adjudica a estos órganos funciones de diagnóstico, valoración y orientación que les puedan atribuir otras leyes autonómicas o estatales.

Pues bien, para la valoración de su situación de discapacidad y correspondiente grado, deberá acudir a los órganos competentes de la su Comunidad Autónoma, que en el caso de ser la Comunidad de Madrid será, en cualquiera de los Centros Base, en la Red de Oficinas Integradas de Atención al Ciudadano o en las Oficinas del Registro, para el correspondiente examen previo del sujeto por dichos órganos técnicos. Éstos emitirán un dictamen propuesta, que deberá contener, según el artículo 9.3 del RD1971/1999: “el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos

colectivos". Finalmente, los órganos competentes dictarán una resolución expresa sobre el reconocimiento del grado de discapacidad, la puntuación obtenida en los baremos para determinar si se precisa de otra persona y las dificultades de movilidad. Es importante destacar, que dicho reconocimiento se entenderá producido desde la fecha de la solicitud y figurará la fecha de la revisión, que podrá ser tanto por mejoría como por agravamiento de la situación, tal y como expresa el artículo 10.2 y 3 del RD1971/1999. La revisión será como mínimo en el plazo de dos años desde que se dictó la resolución, "excepto en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo" (art.11. 2 RD 1971/1999).

También cabe explicarle que, contra las resoluciones definitivas del reconocimiento del grado de discapacidad se podrá interponer una reclamación previa en la vía jurisdiccional social, tal y como expresa el artículo 12 RD1971/1999 y en base al artículo 71 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril.

A continuación, vamos a analizar el grado de discapacidad que le deberían reconocer en base a lo que usted nos ha expresado en su consulta. Usted padece la enfermedad de Crohn desde hace 30 años, cursando con poliartralgias en hombros, cabellera, tobillos y manos. Además, de una fistula intestinal, condromalacia en rodilla, uveítis y únicamente le funciona un riñón. Pues bien, en el RD 1971/1999, del cual hemos hablado anteriormente, puesto que es el instrumento en el que se regula el proceso de reconocimiento del grado de discapacidad, se regula en su Capítulo VII las enfermedades del aparato digestivo.

Como usted sabe la enfermedad de Crohn Es una afección crónica, por la cual resultan inflamadas partes del tubo digestivo. Por ello, nos dirigimos al mencionado Capítulo VII, en el cual se exige que la enfermedad tenga un curso clínico de mínimo 6 meses desde el diagnóstico y el inicio del tratamiento. Usted padece la enfermedad desde hace 30 años, por lo que cumple el requisito. Al padecer otras manifestaciones causadas por la enfermedad digestiva, como es su caso, se combinarán los porcentajes.

En primer lugar, se le asignará de un 1 a 24% de discapacidad por su afectación orgánica del tubo digestivo y, actualmente, toma un tratamiento biológico que cada 6

semanas debe acudir a un centro médico para ello, por tanto, es continuado para el control de sus síntomas o estado nutricional. Además de si tiene alguna dificultad, por su enfermedad, para la realización de las actividades de la vida ordinaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas. Es decir, que por su enfermedad puede tener dificultades en los actos más básicos del día a día, pero finalmente los puede realizar. Tal y como muestra en su consulta, se deduce que, si ha podido estar desarrollando un puesto de trabajo, puede realizar estas actividades que le mencionamos.

En relación con el porcentaje que se le puede asignar por una discapacidad originada por deficiencias específicas valorando si las fistulas son enterocutáneas permanentes o espontáneas.

En función, de si usted ha sido operado quirúrgicamente por motivo de la fistula intestinal que tiene debemos distinguir entre fístulas enterocutáneas permanentes o espontáneas. Las primeras, serán valoradas conjuntamente con las deficiencias de la enfermedad de Crohn que las causó. Sin embargo, las enterocutáneas espontáneas que aparecieron durante el transcurso de la enfermedad, no serán valoradas si no han sido objeto de tratamiento quirúrgico.

Por tanto, si su fistula es de carácter enterocutánea permanente y operada quirúrgicamente optará a los siguientes grados de discapacidad, tal y como menciona el Capítulo VII del RD 1971/1999:

- Fístulas aferentes:
- Esofagostomía, gastrostomía: 20 %.
- Yeyunostomía: 20 %.
- Fístulas eferentes:
- Ileostomía: 24 %.
- Colostomía: 24 %.

Seguidamente vamos a tratar el tema de su uveítis. Ésta es la hinchazón e irritación de la úvea, capa media del ojo que suministra la mayor parte del flujo sanguíneo a la retina. Esta patología puede tener su casa en la enfermedad de Crohn u otras enfermedades. La uveítis puede provocar visión borrosa, percepción de moscas volantes en la visión, dolor y enrojecimiento en el ojo y sensibilidad a la luz. Por esta razón, nos dirigimos al Capítulo XII del mencionado del real decreto, que hace

referencia al aparato visual. Sólo serán objeto de este Capítulo y, por tanto, a tener en cuenta para el reconocimiento del grado de discapacidad: los déficits visuales definitivos, es decir, todos aquellos que no son susceptibles de tratamiento y recuperación o aquellos en los que ya se ha realizado todos los tratamientos existentes. En especial, se tendrá en cuenta la agudeza visual y el campo visual. Sin embargo, para la correcta determinación del reconocimiento del grado de discapacidad, en cuanto al aparato visual, necesitaríamos conocer con más detalle cuáles son las deficiencias y síntomas de la uveítis.

Sus poliartralgias, deben ser objeto de una valoración médica más estricta para poder determinar el grado de discapacidad en función de las tablas que facilita el RD 1971/1999, o bien, saber qué fármacos toma para soportar el dolor, la escala EVA (o evaluación analógica visual) para valorar el dolor…

Continuando con sus patologías, la condromalacia rotuliana es una en lesión degenerativa que afecta al cartílago de la superficie articular de la rótula. En nuestra opinión, no se debe tener en cuenta dicha lesión, puesto que no es una consecuencia de la enfermedad de Crohn que padece y, por tanto, no se combinarían sus porcentajes. Al igual, que la tenencia de un único riñón no se valoraría, por no impedir la normalidad en la vida cotidiana de una persona y en su estado de salud.

En consecuencia, de lo explicado, usted podría obtener entre el 1 y el 24% del grado de discapacidad por su enfermedad de Crohn. A dicho porcentaje se le podrán aplicar los correspondientes a la fistula, uveítis y poliartralgias. Pero para una mayor determinación, necesitamos saber el tipo de fistulas, sí han sido congeladas, los síntomas que padece de la uveítis y una mayor determinación médica de las poliartralgias. De todas formas, usted, cuando vaya a solicitar el reconocimiento del grado de discapacidad, debe aportar toda la documentación e informes sobre las enfermedades y dolencias que padece, independientemente de ser o no consecuencia de la enfermedad de Chron. Dicho de otra forma, alegue tanto la enfermedad de Chron, como la uveítis, poliartralgías, condromalacia rotuliana y la tenencia de un único riñón.

En caso de que se le reconozca la discapacidad, según 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, usted tendrá derecho a principalmente a ser tratado en igualdad de condiciones y, en especial de la administración pública deberá facilitar y proteger los derechos de las

personas con discapacidad en materia de “salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio así como de participación en los asuntos públicos” (artículo 7 RD 1/2013).

En especial, las personas con discapacidad que no desarrolle ninguna actividad laboral y no están incluidos en el Sistema de la Seguridad Social, tendrán derecho en la extensión, duración y condiciones que se prevean reglamentariamente, según el artículo 8 del RD 1/2013 a:

a) Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica.

b) Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

c) Recuperación profesional.

d) Rehabilitación y habilitación profesionales.

Además, aquellas personas con derecho a estas prestaciones estarán exentos de aportación por el consumo de especialidades farmacéuticas, en virtud del artículo 9 RD 1/2013.

Vamos a hablarle ahora de la jubilación anticipada, para analizar posteriormente si se le aplicaría. Como bien sabemos y del artículo 204 del 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 nos recuerda, la jubilación es una pensión vitalicia cuando se haya alcanzado la edad establecida, o haya cesado el trabajo por cuenta ajena, que se reconoce con las condiciones, cuantía y forma que se establecen reglamentariamente.

Pues bien, para poder ser beneficiario de una jubilación anticipada se deben cumplir el requisito General de estar afiliado quien alta en el régimen General o “en una situación asimilada asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario”, tal y como menciona el artículo 165.1 de la LGSS. En particular, se debe cumplir también esas dos condiciones reflejadas en el artículo 205.1 de la LGSS:

- “Haber cumplido 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 de las pagas extraordinarias. Para el cómputo de los periodos de cotización, se tienen en cuenta los meses y años completos.
- “Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años

inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho". Sin tener en cuenta para el cómputo de los años cotizados las pagas extraordinarias y reúne los requisitos mencionados.

Cabe destacar que, si a usted se la reconoce una incapacidad temporal y reúnen los requisitos que le acabamos de exponer, tendrá derecho a una pensión de jubilación, así lo refiere el artículo 205. 2 LGSS. De hecho, tendrá derecho a una jubilación anticipada incluso no estando en la situación de alta o situación similar al alta, siempre que cumpla con los requisitos del artículo 205.1 y por, ultimo las cotizaciones deben estar acreditadas durante mínimo 15 años.

Respecto su profesión, Técnico de Planificación de Paradas y Mantenimiento Plantas Industriales, entendemos que no existen peligrosidad, penosidad, toxicidad, insalubridad o bien, que es su profesión tenga asociada unos elevados índices de mortalidad. Por esta razón, no se le viene a aplicar el artículo 206 de la LGSS, el cual regula la jubilación anticipada en casos de discapacidad. Sin embargo, se regulan en el apartado segundo de este mismo artículo, que sea usted se le reconoce una discapacidad en un grado igual o superior al 65% o, igual o superior al 45% siempre que sean discapacidades reglamentariamente determinadas, que de forma generalizada y apreciable supongan una reducción de la esperanza de vida. En cualquier caso y el interesado no podrá acceder a la pensión de jubilación antes de los 52 años.

Esperamos que la información le sea de utilidad,

Clínica Legal, Universidad de Alcalá

ACCU 2017-31

Fecha: 26 de junio de 2017.

Nombre/s del alumno/a que ha redactado la ficha:

-. Mª del Rocío Serrano García

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

-. Miguel Ángel Ramiro

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

- Ha llegado a la Clínica Legal de la UAH el caso de una persona con un 34% de grado de discapacidad reconocido por la enfermedad de Crohn, que trabaja como cuidador de personas con discapacidad en un piso tutelado.
- Por motivos de salud, dicho trabajador plantea a la empresa la posibilidad de dejar los turnos rotativos de trabajo, para que se le asigne un turno fijo.
- La empresa accede a esta petición tras solicitar informes médicos, los cuales aconsejaban la convivencia de la estabilidad de los turnos.
- En enero de 2017 la empresa incumple con dicho acuerdo, alegando necesidades de la empresa. Dicho acuerdo entre las partes se realizó tácitamente, sin constar el mismo en ningún medio escrito.
- El trabajador solicita nuestra aprobación para presentar la solicitud que redactó, y nos pregunta sobre el plazo que tiene la empresa para responder a dicha solicitud.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

Respuesta fundamentada

En primer lugar, darle las gracias por haber contactado con nosotros, confiando en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

Contestando a la petición del usuario, hemos revisado el escrito que ha redactado y le damos el visto bueno puesto que la carta está completa y con todos los datos necesarios para enviarla a la empresa.

En cuanto a la pregunta si hay un plazo para que la empresa conteste, no existe regulación legal sobre ello, pero le aconsejamos que incluya en la carta un plazo de 10-15 días para que se le dé una respuesta a la solicitud, entendiendo que otorgan un consentimiento tácito al no contestar, es decir, si no le contestan en el plazo la petición se entiende aceptada por la empresa.

A la hora de presentar el escrito a la empresa, el usuario tiene que llevar dos copias, una para la empresa y la otra para él. La empresa debería devolver la copia del usuario sellada, como constancia de que se ha presentado el escrito, lo que pide, la fecha de cuando se ha pedido y de que la empresa lo ha recibido.

En caso de que la empresa no quiera recibir el escrito o no se le entrega la copia sellada, es mejor no dejarle el escrito a la empresa, y lo presente a través de un burofax con acuse de recibo, acudiendo a su oficina de correos más cercana. Así, aunque la empresa no quiera recibir el burofax se le tendrá por notificado puesto que no puede utilizar el método de no querer recoger las comunicaciones para evitar que un trabajador le pueda presentar una petición.

Con el acuse de recibo se tendrá constancia de que se ha recibido el escrito y con el certificado de texto, queda constancia del contenido del burofax que se ha mandado a la empresa, aunque conllevará un coste para el usuario.

Esperamos que la información le sea de utilidad y gracias por confiar en nosotros.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

ACCU 2017-43

Fecha: 28 de septiembre de 2017

Nombre/s del alumno/a que ha redactado la ficha:

-. Mª del Rocío Serrano García

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

-. Miguel Ángel Ramiro.

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Ha llegado a la Clínica Legal de UAH el caso de una persona con enfermedad Colitis Ulcerosa, solicitando información acerca de si la enfermedad supone alguna discapacidad o incapacidad, y que derechos podría tener laboralmente.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

Respuesta fundamentada

En primer lugar, darle las gracias por haber contactado con nosotros, confiando en la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá, con su consulta nos permite desarrollar nuestros conocimientos y con ello ser mejores profesionales de la abogacía.

Discapacidad: procedimiento estatal y autonómico

Empezaremos por explicarle qué es la solicitud del grado de discapacidad. Pues bien, la discapacidad y la incapacidad no suponen lo mismo. La incapacidad supone la imposibilidad o dificultad en la aptitud laboral del trabajador que, tras un tratamiento médico, las secuelas son previsiblemente definitivas y puede que le impidan o dificulten gravemente el desarrollo de su actividad laboral presente o, en general, para cualquier puesto de trabajo. Mientras que, la discapacidad se define como es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, tal y como refleja el artículo 2 de la 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.

El grado de discapacidad se fija mediante los baremos que se establecen en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Para empezar con el grado de discapacidad, debemos saber que se valoran no solo las discapacidades presentes que usted padezca, sino también factores sociales, laborales, familiares, educativos y culturales que pudieran dificultar su integración en la sociedad, tal y como expresa el artículo 4 del RD 1971/1999. Usted debe saber que, la calificación de su grado de discapacidad que le realicen los órganos técnicos competentes en este procedimiento, que más adelante se le explicará, será totalmente independiente de otras valoraciones efectuadas por otros organismos públicos, tal y como menciona el artículo 4.2 de RD 1971/1999.

Más detalladamente los factores a tener en cuenta son: la familia, la discapacidad de alguno de los miembros de la unidad familiar, enfermedades graves de padres, tutores, hijos o convivientes. También, la ausencia de miembros responsables de la unidad familiar por abandono, muerte... Por último, se tendrá en cuenta si hay alguna dificultad en las relaciones familiares que dificulten la integración de la persona con discapacidad. En relación con el factor económico, se valora los ingresos y gastos de la unidad familiar, desahucios, gastos educativos y sanitarios. En el ámbito laboral se tiene en cuenta la edad y las distintas relaciones con el empleo. El factor cultural se relaciona con el nivel de estudios adquiridos por la persona en cuestión y las dificultades que haya tenido para poder llegar a ese nivel de estudios o que le hayan limitado en la consecución de los mismos. Por último, en el factor entorno se valora la carencia o dificultad de acceso a los medios sanitarios, educativos, culturales, profesionales… siempre que sean necesarios para la integración de la persona. Además de las dificultades en la vivienda, carencia de medio de transporte adaptado y problemas de rechazo social. Todo ello viene regulado en el Anexo 1B del RD 1971/!999.

La valoración de la discapacidad se realizará mediante la aplicación de los baremos expresados en el anexo I, apartado B), de dicho Real Decreto. Estos factores son el entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, y otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad, en virtud del

artículo 5. 2 del RD 1971/1999. Únicamente, se tendrá en cuenta la valoración de los factores sociales cuando se tenga una valoración de al menos un 25% de discapacidad física o psíquica, tal y como se refleja en la introducción del Anexo I B). Estos valores no podrán sobrepasar los 15 puntos, siendo la suma de los posibles puntos a conceder en cada situación que se valore

La competencia en esta materia ha sido transferida a las Comunidades Autónomas, en su caso a la Comunidad Valenciana, que deben asignar a algunos de sus órganos la competencia del reconocimiento del grado de discapacidad. Para este procedimiento también hay que analizar si usted necesita de otra persona para los actos esenciales de la vida ordinaria y si utiliza los transportes públicos colectivos, con el fin de observar, con el objetivo de analizar si requiere prestaciones, servicios o beneficios públicos. Además, también el artículo 6 del RD 1971/1999, les adjudica a estos órganos funciones de diagnóstico, valoración y orientación que les puedan atribuir otras leyes autonómicas o estatales.

Como hemos mencionado antes, la Comunidad Valenciana es la encargada de llevar todo su procedimiento de valoración del grado de discapacidad, regulado en la Orden de 19 de noviembre de 2001, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en ámbito de la Comunidad Valenciana. A continuación, vamos a proceder a indicarle todo este procedimiento de una manera sencilla.

Primeramente, pueden solicitar el grado de discapacidad cualquier persona interesada, su representante legal o de su guardador de hecho, durante todo el año.

Le mostramos las direcciones de dónde dirigirse preferiblemente en Valencia:

- CENTRO DE EVALUACIÓN DE PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL - VALENCIA
  C/ SAN JOSÉ DE CALASANZ, 30, 46008 València
  Tel: 963989550
- CENTRO DE EVALUACIÓN DE PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL, VELLUTERS - VALENCIA
  C/ AROLAS, 1, 46001 València
  Tel: 963868810

Los documentos que se le requerirán son:

- El impreso de solicitud.

- DNI del interesado y, en su caso, de su representante legal o guardador de hecho.
- Fotocopia de todos los informes médicos y psicológicos actualizados que usted tenga en su poder y donde se pueden observar las secuelas que padece tras la aplicación del tratamiento médico prescrito. Es importante que lleve los documentos originales para la comprobación de las fotocopias.

A efectos de informarle, tiene en la página web de la Generalitat Valenciana los escritos de Solicitud para la valoración del grado de discapacidad (http://www.gva.es/downloads/publicados/IN/22021_BI.pdf), el informe médico a efectos de solicitud de reconocimiento de discapacidad (http://www.gva.es/downloads/publicados/IN/22107_BI.pdf) y el informe del psiquiátrico/ psicológico a efectos de solicitud de reconocimiento de discapacidad. (http://www.gva.es/downloads/publicados/IN/22396_ES.pdf).

Son, por tanto, estos órganos los encargados de emitir un dictamen propuesta, que deberá contener, según el artículo 9.3 del RD1971/1999: "el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos". Posteriormente, se dictará una resolución expresa sobre el reconocimiento del grado de discapacidad, la puntuación obtenida en los baremos para determinar si se precisa de otra persona y las dificultades de movilidad. Es importante destacar, que dicho reconocimiento se entenderá producido desde la fecha de la solicitud y figurará la fecha de la revisión, que podrá ser tanto por mejoría como por agravamiento de la situación, tal y como expresa el artículo 10.2 y 3 del RD1971/1999. La revisión será como mínimo en el plazo de dos años desde que se dictó la resolución, "excepto en los casos en que se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado, en que no será preciso agotar el plazo mínimo" (art.11. 2 RD 1971/1999).

Sin embargo, vamos a explicárselo paso a paso:

- Primero deberá presentar la solicitud y documentación requerida en uno de los centros mencionados anteriormente. Seguidamente, los centros de valoración y orientación de discapacitados de las direcciones territoriales de Bienestar Social serán

competentes para la instrucción de los procedimientos y realizarán de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deben dictar la resolución. La valoración y calificación del grado de discapacidad requiere estos informes o actos preceptivos, según el artículo 9 de la Orden de 19 de noviembre de 2001:

- La citación para el reconocimiento: una vez entregada la solicitud, el centro de valoración y orientación de discapacitados notificará al interesado, el día, la hora y la dirección en que haya de realizarse los reconocimientos y pruebas.
- El reconocimiento: se le podrá pedir toda la información que precisen, incluso informes de otros profesionales del propio centro de valoración y orientación o de servicios ajenos. Los informes médicos se los pondrán pedir bien, antes de la citación o bien, para que los aporte en el momento del reconocimiento si se les hubiera olvidado solicitarle algún informe o documentación antes de la citación, pero en ningún caso en el momento de la citación.
- Emisión del dictamen previo: una vez que se han realizado las pruebas y reconocimientos, y solicitado los informes. El equipo de valoración de discapacidad emitirá un dictamen técnico-facultativo, que será elevado, por el director/a del centro de valoración y orientación de discapacitados, al titular de la Dirección Territorial de Bienestar Social.
- Resolución: La Dirección Territorial de Bienestar Social, basándose en los dictámenes técnico-facultativos, dictará resolución expresa sobre el reconocimiento del grado y la puntuación obtenida en el baremo para determinar la existencia de dificultades de movilidad, en el caso de que proceda. Tiene dicho órgano un plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de seis meses, a partir de la fecha de la recepción de la solicitud del reconocimiento del grado de discapacidad. En caso de no verse resuelta y no obtener la notificación del a resolución expresa se entenderá desestimada por silencio administrativo negativo, tal y como reconoce el artículo 10.2 de la Orden de 19 de noviembre de 2001, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en el ámbito de la Comunidad Valenciana.
- Recursos: las resoluciones que recaigan sobre reconocimiento de grado de discapacidad, los interesados podrán interponer, reclamación previa a la vía jurisdiccional social, de conformidad con lo establecido en el artículo 12

RD1971/1999. Esta reclamación se podrá interponer en el plazo de 30 días siguientes a la fecha de la notificación de la resolución que haya recaído y deberá ser dirigida al director territorial de Bienestar Social. Hay que recordar que en todas las resoluciones en que se reconozca un determinado grado de discapacidad se hará constar, en su caso, el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión del mismo por agravamiento o mejoría.

A continuación, vamos a analizar el grado de discapacidad que le deberían reconocer según lo que usted nos ha expresado en su consulta. La enfermedad que usted tiene es colitis ulcerosa, es decir, la inflamación y úlceras en la membrana que recubre el recto y el colon. Pertenece a las enfermedades intestinales inflamatorias. Además, los síntomas más comunes son dolor abdominal y diarrea con sangre.

Visto lo anterior debemos remitirnos al RD 1971/1999, en su Capítulo VII, se regula el proceso de reconocimiento del grado de discapacidad, en relación con las enfermedades del aparato digestivo. Sólo son objeto de valoración las personas que padezcan enfermedades digestivas crónicas con un curso clínico de al menos seis meses tras el diagnóstico y el inicio del tratamiento. Usted menciona que lleva 2 años con la enfermedad.

En su caso, su enfermedad cursa en brotes, o pueden dar brotes. Es más, usted menciona en su consulta dos brotes (febrero y junio) con días de hospitalización entre 7-10 días. Pues bien, según lo establecido en este Capítulo VII, se evaluará su discapacidad en los períodos intercríticos, es decir, entre brote y brote. Siendo evaluables la frecuencia y duración de estos brotes, que deben estar documentados médicamente.

También queremos advertirle de que no serán objeto de valoración las patologías susceptibles de tratamiento quirúrgico mientras éste no se lleve a cabo. Por ello, la valoración se realizará al menos seis meses después de la cirugía. En el supuesto de que el enfermo no acepte la indicación quirúrgica sin causa justificada, no será valorable.

En el caso de la colitis ulcerosa, mencionado como tal en este Real Decreto, en el caso de que se produzcan manifestaciones extraintestinales no sistémicas, se combinará el porcentaje de discapacidad originado por la deficiencia del tubo digestivo con el porcentaje correspondiente a las otras manifestaciones. Sin olvidar, lo explicado anteriormente que, si a usted le reconocen un 25% de discapacidad, le valorarán los

factores sociales hasta 15 puntos. Por lo que no olvide justificar todo lo aquello que tenga que ver con el ámbito familiar, económico, factor laboral, cultura (a nivel de estudios), entorno (vivienda, transporte…)

Incapacidad laboral:

Para empezar a informarle sobre la incapacidad le explicaremos los grados de incapacidades laborales y le queremos mencionar que toda esta información se encuentra regulada en el 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:

• Incapacidad permanente parcial, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Para el caso de enfermedad común, se requiere tener cubierto un período previo de cotización de 1.800 días comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores. La cuantía será un pago único de 24 mensualidades de la base reguladora (la misma que sirve para el cálculo de la incapacidad temporal, como norma general es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador del mes anterior entre el número de días a que se refiere dicha cotización)

• Incapacidad permanente total, inhabilita al trabajador para su profesión habitual, pero puede dedicarse a otra distinta. Para el caso de enfermedad común, se requiere tener cotizado un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años. Además, un quinto del periodo de cotización exigido debe estar comprendido en los últimos 10 años.

La cuantía será el 55% de la base reguladora, se incrementará un 20% a partir de los 55 años cuando por diversas circunstancias se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta a la habitual.

• Incapacidad permanente absoluta, inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio. En el caso de enfermedad común, se requieren tener cotizado un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de 5 años. Además, un quinto del periodo de cotización exigido debe estar comprendido en los últimos 10 años.

Si el trabajador no estuviera en situación de alta al momento del hecho causante se exigen 15 años cotizados, de los cuales 3, deben estar comprendidos en los últimos 10 años

La cuantía será el 100% de la base reguladora.

• Gran invalidez, el trabajador incapacitado permanente necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida (vestirse, desplazarse, comer o análogos). Los períodos de cotización exigidos se fijan de la misma manera que para la incapacidad permanente absoluta.

Pues bien, el procedimiento tiene dos vías, la administrativa y la judicial. Una vez que se realizan los trámites oportunos de la vía administrativa y, por ello, se pone fin a la mencionada vía, se podrá acudir a los juzgados para reclamar la incapacidad laboral que no fue reconocida en la vía administrativa, si así ocurre, en virtud del artículo 69 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Por lo que primero, se realiza una solicitud ante el INSS por el trabajador reclamando una situación de incapacidad laboral. Esta solicitud se puede presentar en los centros de atención e información del INSS o en las direcciones provinciales o locales del Instituto Social de la Marina (ISM), deberán dictar resolución el plazo máximo de 135 días desde la solicitud, entendiendo que la falta de resolución es silencio administrativo negativo y usted tiene que entender que no le han otorgado la incapacidad laboral que pedía. Con dicha solicitud se empieza la fase de instrucción en la que se podrán requerir cualquier información, documentación y pruebas médicas, que sean necesarias. Cabe destacar que, si se pide documentación complementaria o es necesario el trámite de audiencia, el interesado tiene 10 días para presentar las alegaciones o documentación que se le requiere. El procedimiento de solicitud de la incapacidad laboral en vía judicial precisa de abogado. Sin embargo, en toda la vía administrativa no es necesaria la presencia de esta figura.

Ahora le mostraremos lo que debe aportar junto a la solicitud:

- DNI del interesado.
- Documentación acreditativa de la representación legal.
- Justificantes de pago de cotizaciones de los últimos 3 meses.
- Si dispone de su Historial clínico elaborado por el Servicio Público de Salud competente en su Comunidad Autónoma o, el Informe de la Inspección Médica de dicho servicio.

- Si ha tenido algún aborto de más de seis meses o hijos fallecidos antes de las 24 horas de vida, certificado del Registro Civil donde conste su existencia.
- Resolución judicial de separación o divorcio donde conste la custodia de los hijos menores y, en su caso, la cuantía de la pensión compensatoria al cónyuge o ex-cónyuge y la de alimentos a hijos. Únicamente si se encuentra en esta situación.

Acreditación de residencia habitual en España de extranjeros, mediante certificado de empadronamiento del Ayuntamiento o tarjeta de residencia, cuando el funcionario lo considere necesario.

El equipo de valoración de incapacidades (EVI) formulará el dictamen-propuesta, teniendo en cuenta el informe médico de síntesis elaborado por los facultativos del INSS y el informe de antecedentes profesionales. Los directores provinciales del INSS 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.

Si no se está de acuerdo con esta resolución se tiene un plazo de 30 días para presentar recurso. En la mayoría de los casos la reclamación previa no tiene éxito y hay que pasar a la vía judicial. Esta reclamación previa es el último paso en la vía administrativa y a partir de la cual, se precisa abogado. Esta fase es de vital importancia, puesto que, lo expresado en dicha reclamación previa no puede ser luego modificado en la petición que se realiza en la demanda en vía judicial, es decir, lo que se establece en la reclamación previa tiene que ser lo mismo que se pida en la vía judicial. Esta afirmación se desprende del artículo 72 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, que dice que:

"En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa en materia de prestaciones de Seguridad Social o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad".

Pues bien, una vez agotada la vía administrativa se tienen 2 meses para interponer demanda judicial, en virtud del artículo 69.2 de la Ley 36/2011. En cambio, se debe empezar por formular una reclamación previa antes de interponer la demanda. Es decir, es requisito esencial para poder interponer una demanda que primero se

realice una reclamación previa, de la cual hablábamos anteriormente, esta afirmación viene regulada en el artículo 71.1 de la misma Ley. La reclamación previa se presenta ante el mismo órgano que dictó la resolución sobre la solicitud, es decir, contra el INSS, en el plazo de 30 días desde la notificación de la resolución, tal y como se expresa en el artículo 71.2 de la Ley 36/2011. La entidad gestora tendrá 45 días para contestar a la reclamación previa, sino se entenderá desestimada por silencio administrativo negativo (Artículo 71.5 Ley 36/2011). Una vez que se nos deniegue la reclamación previa tendremos 30 días para presentar la demanda judicial (Artículo 71.6 de la Ley 36/2011). Es importante saber que en el momento de solicitar la incapacidad aportar buenos informes médicos es fundamental, en los que se explique bien la enfermedad y sus repercusiones en la vida del enfermo.

En esta enfermedad, es determinante para valorar la posible incapacidad permanente el número de deposiciones o evacuaciones que como consecuencia de la enfermedad precisa realizar diariamente el enfermo. Si el número es muy elevado supone la imposibilidad de realizar cualquier tipo de trabajo por cuenta ajena y por lo tanto estaríamos ante una incapacidad permanente absoluta mientras que, si las deposiciones no son muy elevadas, pero sí lo bastante como para suponer la necesidad de un lavabo próximo, se entiende que estamos ante una incapacidad permanente total. Se valorará también el estrés al que está sometido en su trabajo, puesto que es un desencadenante para que su enfermedad vaya peor.

Por tanto, la profesión del paciente resulta fundamental, para el caso de la incapacidad permanente total hay que determinar la correlación entre las limitaciones del paciente y las tareas que la persona debe realizar en su actividad laboral o profesional, para ello, debe aportarse una descripción pormenorizada de la profesión y lo que conlleva el puesto de trabajo. Su puesto de trabajo es el de enfermera de una empresa de servicio de prevención laboral, en el que realiza reconocimientos médicos a trabajadores, extracciones de sangre, da cursos formativos… Se analizará más adelante las limitaciones o restricciones que puede encontrar en su puesto de trabajo.

En el caso de la incapacidad permanente absoluta, se debe llegar a la conclusión no únicamente de que el trabajador no puede realizar su puesto de trabajo habitual, sino que no puede desarrollar ninguna actividad profesional de las que actualmente ofrece el mercado laboral.

Para que pueda ser reconocido el grado de incapacidad absoluta, ha de exigirse

que el trabajador se encuentre totalmente inhabilitado para toda profesión u oficio. Esta ausencia de habilidad ha de entenderse como pérdida de la aptitud psico-física necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad empresarial.

Con todo esto, a su pregunta de si es factible o no solicitar la incapacidad, hemos de decir que es un camino largo y complejo.

A continuación, le hablaremos de la prevención de riesgos laborales.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales tiene como objeto "promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo", tal y como reflejan en su Artículo 2. "Establece unos principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales para la protección de la seguridad y de la salud, la eliminación o disminución de los riesgos derivados del trabajo, la información, la consulta, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores en materia preventiva, en los términos señalados en la presente disposición".

Es importante destacar que en la referida Ley se muestra en el artículo 25, que el empresario tiene que garantizar la protección de trabajadores que "por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo" y deberá adoptará medidas preventivas y de protección necesarias. Es por ello, que usted por su especial situación se le deberán hacer las modificaciones y tomar las medidas que sean necesarias para su protección. Podría ser medidas necesarias para usted el situar su puesto de trabajo cerca de unos servicios. También se refieren a que estos trabajadores "no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo". Es, por tanto, una protección doble tanto a la figura del trabajador sensible como a los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa como pueden ser los pacientes que usted tenga.

En cuanto a la segunda parte de su consulta, consistente en los derechos que conlleva la enfermedad Colitis Ulcerosa en el mundo laboral, vamos a distinguir los derechos que le pertenecen en caso de discapacidad y en caso de incapacidad, ya que, aunque son similares, hay algunas diferencias.

- En caso de discapacidad:

Empezando por la norma básica, el 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, en el artículo 17, establece que se entenderán nulos y sin efecto cualquier precepto reglamentario, cláusulas de los convenios colectivos, y las decisiones unilaterales del empresario, que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad. En su artículo 20, se impone tener la consideración debida a la dignidad del trabajador y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad a la hora de tomar medidas de control y vigilancia con el fin de verificar el cumplimiento por el trabajador de los deberes laborales. En cuanto a la movilidad geográfica, es decir, el traslado a otro centro de trabajo que la empresa ostenta, en el artículo 40, se establece que para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento.

Por otro lado, en caso de extinción del contrato por causas objetivas, el Real Decreto en su artículo 53, ofrece a las personas con discapacidad el derecho, sin pérdida del salario mensual, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

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, artículo 37 expone que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo:

a) Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo

b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.

c) Empleo autónomo.

Suponiendo que usted se encuentra dentro de la categoría de empleo ordinario, acudimos al artículo 40 del citado Real Decreto impone la obligación al empresario a adoptar las medidas adecuadas para adaptar el puesto de trabajo a la enfermedad. Más concretamente:

1. *Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.*

2. *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, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa. Esta obligación impuesta a los empresarios se refuerza de igual manera, en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Amparándose en todo ello, puede solicitar al empresario una adaptación del puesto de trabajo, según las necesidades que imponga la enfermedad, por aplicación del principio general del derecho a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, recogida en el artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, aportando todos los informes médicos que tenga a su disposición.

Si una empresa comete un incumplimiento grave de sus obligaciones, entre la que se encuentra proteger la integridad física del trabajador, es posible acudir a un Juzgado de lo Social para que dicho órgano decrete la extinción del contrato de trabajo con causa en dicho incumplimiento de la empresa. En tal caso, el trabajador percibiría

la indemnización prevista para el despido improcedente en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.

Informarle que no existe una obligación legal expresa de que el trabajador comunique al empresario la existencia de una discapacidad, es una decisión personal. Sin embargo, es preferible comunicárselo, para evitar causarse a uno mismo, un perjuicio que podría suponer como represalia la extinción de su contrato de trabajo, por trasgresión de la buena fe contractual, ya que se podría entender como una violación del deber de conducta en el ámbito laboral que da como resultado la facultad del empresario a despedir al trabajador mediante despido disciplinario, amparándose en el artículo 54.2 del 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. De igual manera, hay que tener en cuenta que podría ser beneficioso comunicárselo ya que es probable reforzar su permanencia en el puesto de trabajo, puesto que existen subvenciones a la contratación de trabajadores con discapacidad, y que las empresas, en ciertas ocasiones buscan a trabajadores con discapacidad para tener mayor competitividad integrando la diversidad humana su plantilla y poder beneficiarse de dichas ayudas.

En caso de solicitar al empresario la adaptación del puesto de trabajo, en este caso, la supresión de los viajes a la que está sometida, quizás una jornada laboral con turno fijo.. y el empresario decida extinguir la relación laboral, usted puede acudir a los juzgados de lo social mediante demanda por despido improcedente, previa conciliación en el SMAC en la Comunidad Valenciana. En virtud del artículo 56 del 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, si el despido se declara improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se

entiende que procede la primera. Para interponer la Papeleta de Conciliación en el SMAC y la Demanda ante los Juzgados de lo Social, no es necesaria la intervención de Abogado, sin embargo, aconsejamos que siempre se acuda a uno, puesto que un profesional puede defender mejor sus intereses.

Por otro lado, si obtiene el grado de discapacidad y le deniegan un ajuste razonable, puede demandar, ante los juzgados de lo social, alegando discriminación por razón de discapacidad, y en ese caso, el despido podrá considerarse nulo, puesto que es nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Ello conlleva la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

- En caso de incapacidad

Partiendo del 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, en virtud del artículo 48, en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente.

En caso de que se le reconozca un grado de incapacidad permanente parcial, el contrato de trabajo no se extingue, sino que se reincorporaría a su puesto de trabajo en las siguientes condiciones:

- Si la incapacidad no afecta al desarrollo de las tareas fundamentales de su puesto, ha de reincorporarse al mismo.
- Si la incapacidad afecta al desarrollo de las tareas fundamentales, la empresa tendrá que reubicarle en un nuevo puesto de trabajo que pueda desarrollar y adecuado a su incapacidad. Si no hay un puesto adecuado para usted, la empresa puede reducirle el salario como máximo un 25%, teniendo en cuenta que los ingresos del trabajador no pueden ser inferiores al salario mínimo interprofesional en jornada completa.

Si con el tiempo mejora su situación y recobra su capacidad de trabajo, tiene derecho a reincorporarse a su puesto originario siempre que:

- Durante la incapacidad haya estado ocupando otro puesto de trabajo de categoría inferior al que hacía con anterioridad
- No hayan pasado más de 3 años desde el reconocimiento de la incapacidad
- Lo comunique a la empresa y representantes de los trabajadores, en un mes a contar a partir de que se le reconozca la aptitud para trabajar.

En caso de que se le reconozca el grado de incapacidad permanente total, provoca la extinción del contrato de trabajo, aunque la empresa tiene la obligación de reservarle el puesto de trabajo si se produce una mejoría en un plazo de 2 años o cuando esté prevista su incorporación, según lo establezca el convenio colectivo aplicable. La prestación económica por incapacidad permanente total es compatible con la realización de un trabajo diferente a su profesión habitual y el cobro de un salario.

La prestación económica para los beneficiarios de una incapacidad permanente total será del 55% de la base reguladora correspondiente, que puede ser diferente según si la causa de dicha incapacidad fue una enfermedad común. Esta prestación económica consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.

Por otro lado, en caso de incapacidad permanente absoluta, supone la extinción del contrato de trabajo y el beneficiario recibirá una pensión vitalicia del 100% de su base reguladora.

Y, por último, en caso de la incapacidad en su nivel máximo, es decir gran invalidez, tendrá derecho a una pensión vitalicia, incrementándose su cuantía con un complemento destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de actividades, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo.

Dicho esto, y a modo de información adicional, en caso de no haber comunicado al empresario su situación, o en caso de que, si se lo ha comunicado, y se niegue eliminar obstáculos para desarrollar su trabajo, o si hay ciertos indicios de discriminación por razones de discapacidad, puede emprender acciones judiciales ante los juzgados de lo social, así como denunciarlo en la Inspección del Trabajo y

Seguridad Social. En virtud del artículo 75 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, la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.

Por otro lado, también se puede desencadenar una situación llamada *mobbing*. Nuestros tribunales lo califican el mobbing o acoso laboral como "toda situación o conducta que, por su reiteración en el tiempo, por su carácter degradante de las condiciones de trabajo y por la hostilidad o intimidación del ambiente laboral que genera, tiene por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad del trabajador".

Lo más importante ante una posible situación de mobbing es conseguir pruebas que lo demuestren. Por esta razón, la Sentencia del Tribunal Supremo ((Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 678/2014, de 20 de noviembre, establece la validez de la utilización de las grabaciones magnetofónicas y de las conversaciones de whatsapp, puesto que afirma que no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones siempre que sean utilizadas por el acosado para defenderse en un juicio. Además, se puede contar con otras pruebas como el interrogatorio del trabajador acosado, su declaración, los testigos, informe pericial médico /psicológico, correos electrónicos y los informes del Inspector de Trabajo.

Para poder identificar los elementos que definen el fenómeno del acoso laboral, en caso de que se cumplan en un futuro, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 945/2010 de 28 de octubre, establece que características suelen darse en esta situación:

- Elemento material: una conducta de persecución u hostigamiento de un trabajador bien sea un compañero de trabajo, un superior o un subordinado, en el marco de una relación laboral o funcionarial. Esta conducta tiene que ser de carácter individualizada, es decir, que vaya dirigida contra un trabajador o trabajadores y no hacia un colectivo.
- Elemento temporal: La conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el tiempo. Por tanto, aunque los hechos sean leves de forma aislada, con la

reiteración de los mismos durante un periodo de tiempo, se acentué su gravedad. Además, esta actuación debe tener lugar en el ámbito de la actividad laboral, en el lugar de trabajo y percibida por la víctima como una presión, con independencia de que haya generado bajas laborales.

- Elemento intencional: La conducta tiene que ser intencionada o maliciosa, con el objetivo de presionar y hostigar a un sujeto pasivo concreto.
- Algunas conductas típicas y habituales del acoso laboral son: aislamiento social; apartar al trabajador de funciones de mayor responsabilidad y encomendarle trabajos de inferior categoría; ataques verbales; agresiones físicas o verbales, imitaciones, burlas al trabajador, insultos o criticas constantes acerca de su vida… Por todo ello la doctrina judicial define el acoso laboral como "aquella presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral" (España. Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 33/2013, de 18 de enero.

Por tanto, si llega a estar ante una situación de acoso laboral, tiene la posibilidad emprender un procedimiento judicial por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral, solicitando el cese de la conducta vulneradora y una indemnización por daños y perjuicios.

Esperemos que le sirva de ayuda la información otorgada y reiterar nuestro agradecimiento por su consulta.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

ACCU 2017-49

Fecha: 30 de octubre del 2017

Nombre/s del alumno/a que ha redactado la ficha:

-. Mª del Rocío Serrano García

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

-. Miguel Ángel Ramiro

Resumen de la Consulta (se incluirán exclusivamente y guardando el anonimato los hechos relevantes desde el punto de vista jurídico)

-. Persona vecina de Zaragoza, con Colitis Ulcerosa, con grado de discapacidad del 42% reconocida, con carácter definitivo, que desarrolla su actividad profesional como conductor de autobús, solicita información a la clínica sobre la posibilidad de solicitar la adaptación de su puesto de trabajo a las necesidades que conlleva la enfermedad, concretamente un turno fijo, y demás derechos que ostenta.

Preguntas que deberían formularse al usuario del servicio para completar el relato de los hechos

Respuesta fundamentada:

Ante todo, darle las gracias por haber confiado en la Clínica Legal UAH, esperamos que la respuesta le sirva de utilidad. Su consulta nos permite desarrollar nuestros conocimientos y con ello ser mejores profesionales de la abogacía.

En su consulta nos especifica que tiene reconocido un grado de discapacidad del 42%, de carácter definitivo, y su actividad profesional consiste en conductor de autobús. Pues bien, primero hablaremos sobre el derecho a la adaptación al puesto de trabajo, cómo solicitarlo al empresario, y el modo de impugnarlo en caso de que se le deniegue la solicitud. Después, le explicaremos los demás derechos laborales que ostenta y cómo actuar en caso de discriminación por discapacidad laboral.

Nos parece importante empezar por la Directiva 2000/78/CE, aprobada por el Consejo de la Unión Europea, ya que representa un avance muy importante en la lucha por la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, puesto que además

de recoger el derecho de todos los ciudadanos a obtener un trato ausente de discriminación, introduce el concepto de "ajuste razonable" para restablecer la igualdad. Esta Directiva figura dentro de las materias regidas por la Convención de la ONU, por lo que se debe interpretar conforme a dicha Convención.

En dicha Directiva no se define el concepto de discapacidad, por lo que se remite a la Convención de la ONU ratificada por la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009, diciendo en su preámbulo que *"la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*. En esta Convención se dice que las personas con discapacidad son aquellas que muestran deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con barreras pueden impedir su participación plena y en condiciones de igualdad en la sociedad (Artículo 1 de la Convención de la ONU). También, debemos tener presente la existencia de un instrumento normativo específico para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. En el artículo 5 de esta última Convención podemos observar cómo los Estados Partes, entre ellos España, deben reconocer y respetar la igualdad ante la ley y el derecho de todas las personas a la protección legal. Hace claro hincapié en la prohibición de la discriminación por discapacidad, garantizando la protección legal y efectiva de estas personas contra la discriminación por cualquier motivo, tomando las medidas que sean necesarias para llevar a cabo dicho compromiso. Seguidamente en su apartado cuatro la norma menciona un concepto que debe quedar claro desde el principio *"No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad"*.

Además, continuando en el panorama europeo e internacional, le iremos exponiendo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 11 de abril de 2013, en el caso Danmark (C335/11 y C337/11). La importancia de esta Sentencia es la repercusión que causa en el ordenamiento jurídico español. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) es el órgano encargado de garantizar que la legislación de la Unión Europea (UE) se interprete y aplique en todos los países

miembros por igual. Está formado por 47 jueces, uno por cada país miembro y 11 abogados generales. Una de las funciones de este órgano supraestatal es la de resolver cuestiones prejudiciales, como en el caso mencionado anteriormente. Esta función se encuentra regulada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Estas cuestiones son preguntas que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros plantean al TJUE cuando tienen dudas sobre la aplicación del Derecho de la Unión, para garantizar la correcta aplicación de las normas. Pues bien, el TJUE ante dichas cuestiones se pronunciará en forma de sentencia o auto motivado y el órgano jurisdiccional nacional está vinculado por dicha interpretación para resolver el litigio nacional. Esta sentencia del TJUE ya ha sido aplicada en numerosos casos por nuestro ordenamiento.

Continuando con la explicación, nos centraremos ahora en el ámbito nacional, en referencia a la cuestión tratada. Podemos observar que el legislador español ha querido reflejar estos conceptos europeos e internacionales 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, se expone en el artículo 1 que la finalidad de dicha norma es, precisamente, garantizar la igualdad de derechos, oportunidades y de trato de las personas con discapacidad mediante la promoción de la autonomía personal, la accesibilidad universal y la inclusión en la sociedad. Los titulares de los derechos que se reconocen en este instrumento normativo son las personas con discapacidad, es decir, "*que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás".*

Según este artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, la consideración de personas con discapacidad será aquellas que se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Como es su caso, pues tiene reconocida una discapacidad del 42% de carácter definitivo. Por lo tanto, usted ya ha alcanzado la máxima rehabilitación posible o sus deficiencias se prevén definitivas y, por ello, usted ya no se somete a revisiones de su grado de discapacidad (Artículo 12 d) Real Decreto Legislativo 1/2013). En el Estatuto de los Trabajadores también se hace referencia en los derechos de los trabajadores a la no discriminación por razón de discapacidad en el artículo 4.2 c).

Pues bien, como hemos ido explicando, en su caso entra en conflicto el principio jurídico de igualdad de trato, el cual consiste en tratar de manera idéntica a una persona con relación a otra cuando se encuentran en una situación idéntica y tratarla de manera diferente cuando se encuentran en una situación diferente. Usted nos muestra en su consulta, su deseo de seguir trabajando pero que necesariamente por su discapacidad producida por la Colitis Ulcerosa precisa de rutinas y, por esa razón, querría que su trabajo fuese a turnos. Visto hasta ahora su caso, hemos de decirle que a partir de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no se concibe sin la existencia de ajustes razonables. Dentro de estos ajustes razonables, se encuentra la adaptación al puesto de trabajo. Así lo establece en su artículo 5: *"A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte del mismo o progresar profesionalmente […]."*

Además, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en su artículo 2. 4 establece que:

"ajustes razonables» son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

En el ámbito nacional, el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 41 muestra que será una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tanto, la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos. El artículo 23.2 d) del Real Decreto Legislativo 1/2013, expone como condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, la adopción, por parte de la empresa, de normas internas que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables.

Por todos los motivos expuestos, usted tiene derecho a un reajuste de su horario y poder solicitar trabajar en turnos (mañanas o tardes, puesto que trabajar de noche implica un estrés al cual no debe someterse por su Colitis Ulcerosa, pues no le

beneficiará). En el artículo 66.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, se nos explica qué se entiende por ajuste razonable y qué se tendrá en cuenta para ello: *"A efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda*".

Por tanto, el empresario deberá tener en cuenta su situación de discapacidad y lo que puede suponer si no le reajusta el puesto en términos de discriminación. Cabe recordar que, la Directiva 2000/78 tiene el objeto de la eliminación de barreras que supongan una dificultad para la participación de las personas con discapacidad en su vida laboral y conseguir la igualdad de condiciones con los demás trabajadores (párrafo 54 Sentencia del Caso Danmark).

De igual manera al serle reconocida la discapacidad entra en la categoría de trabajadores especialmente sensibles. La Ley 31/95 de Prevención de Riesgos Laborales, garantiza la obligación del empresario a la protección de los trabajadores sensibles, concretamente en su artículo 25.1, en el que establece lo siguiente: *" El empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias."*

Tras dicha regulación ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado su contenido y el protocolo de actuación. De hecho, se ha equiparado a los trabajadores especialmente sensibles a la regulación de protección de la maternidad, por ser más completo el régimen jurídico, aunque con sus correspondientes salvedades. Debemos saber que hasta que el empresario no tenga conocimiento de nuestra especial sensibilidad no activará el protocolo de actuación. Una vez que sea consciente de la situación deberá tomar las medidas preventivas necesarias tal y como menciona el artículo 25.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Primeramente, nos encontraremos en una fase de evaluación general del puesto de trabajo y otra evaluación que analice las sensibilidades especiales que puede tener

ese trabajador. Una vez vistos los riesgos, el empresario debe tratar de eliminar dichos riesgos adaptando el puesto de trabajo a esas necesidades especiales, como puede ser en su caso la retirada del turno de nocturnidad o el abandono de los turnos, pudiendo trabajar únicamente de mañanas o de tardes.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha (Albacete), (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 42/2012 de 19 de enero, expone con claridad la importancia de esta evaluación de riesgos del trabajador para conocer la situación y poder examinar la disponibilidad de puestos compatibles con dicha sensibilidad. La sentencia dice al respecto:

"*el examen médico del trabajador por la entidad que presta el servicio de prevención de riesgos laborales a la empresa demandada, que se ha llevado a cabo precisamente por solicitud expresa del propio trabajador, muestra que éste no presenta aptitud para el desempeño de su cometido habitual…La idoneidad de tal informe para determinar la aptitud laboral del trabajador no es cuestionable, al venir así establecida por la propia Ley de Prevención de riesgos laborales (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2005 ; f.j. cuarto. 1)*".

- Encontramos, también, una sentencia muy interesante para su caso, pues es una persona al cual se le ha reconocido un 65,50% de discapacidad y se aboga por la adaptación de su puesto de trabajo. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha (Albacete) (Sala de lo Social, Sección 1ª). núm. 813/2013, de 18 de junio dice lo siguiente en referencia a la adaptación del puesto de trabajo:

"*Es también una obligación de medio y no de resultado; de contenido variable; de imposible traslado a otros sujetos implicados en la protección; y sin que el costo de la protección laboral pueda recaer sobre los trabajadores"*

"En relación con la adaptación de puesto de trabajo llevado a cabo en el centro y de la situación actual de las condiciones de trabajo de esta trabajadora, la jefatura de estudios del centro nos comunica en conversación telefónica lo siguiente: 1º. Se ha procedido al cambio de las Fotocopiadoras a un espacio con ventilación. - 2º Se ha liberado a los trabajadores/as de consejería de cerrar las puertas de las aulas, tarea que hacen los docentes de cada aula.- 3º La apertura y cierre de la puerta principal del centro, se hace a través de un sistema automáticos asociados al timbre e la puerta.- 4º. Se deja autonomía en la organización del tiempo y carga de trabajo a lo largo de la jornada laboral."

En el caso de no ser posible la adaptación del puesto de trabajo, se le debe cambiar a un puesto que esté exento de riesgos para el trabajador. Es cierto que, el artículo 25 no lo menciona, pero se le aplica el apartado 2 del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, relacionado con la maternidad.

Dado que usted se encuentra dentro de la categoría de empleo ordinario, acudimos al artículo 40 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 que impone la obligación al empresario a adoptar las medidas adecuadas para adaptar el puesto de trabajo a la discapacidad. Más concretamente:

1. *Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.*

2. *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, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa. Esta obligación impuesta a los empresarios se refuerza de igual manera, en el artículo 15 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, imponiendo como deber a todos los empresarios adaptar el puesto de trabajo al trabajador *" El empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales:[…]d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud".*

Amparándose en todo ello, puede solicitar al empresario la adaptación del puesto de trabajo, según las necesidades que imponga la enfermedad, por aplicación del principio general del derecho a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, recogida en el artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, aportando todos los informes médicos que tenga a su disposición.

Al tener un grado de discapacidad del 42% de carácter definitivo ostenta el derecho a un ajuste del puesto del trabajo, en este caso, la adaptación de un horario fijo, que le permita fijar una rutina diaria. En el párrafo 56 de la Sentencia del Caso Danmark o Ring se expresa que:

"La enumeración de medidas adecuadas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, contenida en el vigésimo considerando de la Directiva 2000/78, no es exhaustiva y, por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, aunque no estuviera comprendida en el concepto de «pautas de [tiempo de] trabajo", puede considerarse como una medida de ajuste contemplada en el artículo 5 de esta Directiva en los casos en los que la reducción del tiempo de trabajo permita al trabajador continuar ejerciten su empleo, conforme al objetivo perseguido por dicho artículo". Por tanto, la reducción del tiempo de trabajo, así como el cambio de jornada rotativa a una fija, puede constituir una de las medidas de ajuste, pero corresponde al juez nacional apreciar según las circunstancias del caso, si dicha reducción puede suponer una carga excesiva para el empleador, todo ello en caso de solicitarlo al empresario, y no acepte concedérselo y tenga que acudir a la vía judicial (párrafo 64 de la Sentencia del Caso Danmark o Ring).

Por consiguiente, le recomendamos solicitar a su médico un informe que acredite su problemática para trabajar en turnos rotativos, porque puede afectar al curso de su patología, y adjuntarlo al escrito de solicitud de cambio de horario, a un turno fijo. La solicitud, es mejor que sea en dos copias, una para usted y otra para el empresario, y que éste firme las dos, para tener constancia de la entrega. De igual manera, a su elección puede adjuntar al escrito algún informe médico que acredite su enfermedad, así como la discapacidad que tiene reconocida. Hay que tener en cuenta que podría ser beneficioso comunicar al empresario que tiene una discapacidad reconocida del 42% ya que es probable reforzar su permanencia en el puesto de trabajo, puesto que existen subvenciones a la contratación de trabajadores con discapacidad, y que las empresas, en ciertas ocasiones buscan a trabajadores con discapacidad para

tener mayor competitividad integrando la diversidad humana su plantilla y poder beneficiarse de dichas ayudas. Además, en su grado de discapacidad deberá mencionar si dicho grado es definitivo, es decir, si las lesiones y secuelas son definitivas y por ello, no se someterá a revisión., o aportar directamente la resolución por la que se le reconoce la discapacidad definitiva.

El Real Decreto 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, establece en su artículo 63, que se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, cuando, por motivo de o por razón de discapacidad, se produzcan discriminaciones directas o indirectas e incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas. En caso de que su empresario se niegue a realizar los ajustes necesarios, es decir el cambio de horario a un turno fijo, incurre en infracción grave legalmente. En virtud del artículo 80 del mismo Real Decreto, se consideran infracciones administrativas las acciones y omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación, cuando se produzca incumplimiento de las exigencias de realizar ajustes razonables. En todo caso, tendrán la consideración de infracciones graves, la negativa por parte de las personas obligadas a adoptar un ajuste razonable. Por tanto, el derecho que usted ostenta a la adaptación de su puesto de trabajo está garantizado por ley.

En definitiva, ante la negativa del ajuste por parte del empresario usted tiene la opción de acudir a los Juzgados de lo Social de Zaragoza, alegando discriminación por razón de discapacidad. Previamente a la demanda es necesario interponer papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Comunidad de Aragón, sin ser obligatoria la asistencia de abogado, sin embargo, aconsejamos que siempre se acuda a uno, puesto que un profesional puede defender mejor sus intereses.

Informarle que en virtud de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, es posible que se le conceda el derecho a la asistencia legal de un letrado de forma gratuita, derecho reconocido en el artículo 5, puesto que, al tener una discapacidad reconocida, y para cuestiones relacionadas con la discapacidad, como puede ser un despido por discriminación por razón de discapacidad, no tiene que acreditar insuficiencia de recursos para que se le asigne un abogado de oficio. Se

solicita en Zaragoza, en Plaza del Pilar, 2 (Edificio de los Juzgados. El horario es de lunes a viernes de 9:30 a 13:30.

Por otro lado, le aconsejamos afiliarse a un sindicato, que puede ser el de su empresa u otro, puesto que a cambio de una cuota mensual que no suele ser alta, puede beneficiarse de varios servicios, como por ejemplo en este caso, el servicio legal, que consiste en que se le asigna un abogado gratuito, o subvencionado en parte, para defender sus intereses.

En el peor de los casos, el supuesto en el que el empresario decida extinguir la relación laboral, usted puede acudir a los Juzgados de lo Social mediante demanda por Despido NULO, alegando discriminación laboral por motivo de discapacidad, y previa conciliación en el SMAC en la Comunidad de Aragón. El despido podrá considerarse nulo, dado que la ley afirma que el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, es nulo. Ello conlleva la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

De igual manera en relación con los demás derechos que ostenta una persona con discapacidad, empezando por la norma básica, el 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, en el artículo 17, establece que se entenderán nulos y sin efecto cualquier precepto reglamentario, cláusulas de los convenios colectivos, y las decisiones unilaterales del empresario, que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad. En su artículo 20, se impone tener la consideración debida a la dignidad del trabajador y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad a la hora de tomar medidas de control y vigilancia con el fin de verificar el cumplimiento por el trabajador de los deberes laborales. En cuanto a la movilidad geográfica, es decir, el traslado a otro centro de trabajo que la empresa ostenta, en el artículo 40, se establece que para hacer efectivo su derecho de protección a la salud, los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de habilitación o rehabilitación médico-funcional o atención, tratamiento u orientación psicológica relacionado con su discapacidad, tendrán derecho

preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento.

Por otro lado, en caso de extinción del contrato por causas objetivas, el Real Decreto en su artículo 53, ofrece a las personas con discapacidad el derecho, sin pérdida del salario mensual, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

Tener en cuenta que en estos casos también se puede dar una situación llamada *mobbing*. Nuestros tribunales lo definen como mobbing o acoso laboral a "toda situación o conducta que, por su reiteración en el tiempo, por su carácter degradante de las condiciones de trabajo y por la hostilidad o intimidación del ambiente laboral que genera, tiene por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad del trabajador".

Es importante ante una posible situación de mobbing conseguir pruebas que lo demuestren. Por esta razón, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 678/2014, de 20 de noviembre de 2014, establece la validez de la utilización de las grabaciones magnetofónicas y de las conversaciones de whatsapp, puesto que afirma que no vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones siempre que sean utilizadas por el acosado para defenderse en un juicio. Además, de otras pruebas como el interrogatorio del trabajador acosado, su declaración, los testigos, informe pericial médico /psicológico, correos electrónicos y los informes del Inspector de Trabajo.

Para identificar los elementos que definen el acoso laboral, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 945/2010 de 28 de octubre, establece que características suelen darse en esta situación:

- Elemento material: una conducta de persecución u hostigamiento de un trabajador bien sea un compañero de trabajo, un superior o un subordinado, en el marco de una relación laboral o funcionarial. Esta conducta tiene que ser de carácter individualizada, es decir, que vaya dirigida contra un trabajador o trabajadores y no hacia un colectivo.
- Elemento temporal: La conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el tiempo. Por tanto, aunque los hechos sean leves de forma aislada, con la reiteración de los mismos durante un periodo de tiempo, se acentué su gravedad.

Además, esta actuación debe tener lugar en el ámbito de la actividad laboral, en el lugar de trabajo y percibida por la víctima como una presión, con independencia de que haya generado bajas laborales.

- Elemento intencional: La conducta tiene que ser intencionada o maliciosa, con el objetivo de presionar y hostigar a un sujeto pasivo concreto.
- Algunas conductas típicas y habituales del acoso laboral son: aislamiento social; apartar al trabajador de funciones de mayor responsabilidad y encomendarle trabajos de inferior categoría; ataques verbales; agresiones físicas o verbales, imitaciones, burlas al trabajador, insultos o criticas constantes acerca de su vida… Por todo ello la doctrina judicial define el acoso laboral como "aquella presión laboral tendente a la autoeliminación de un trabajador mediante su denigración laboral" (España. Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 33/2013, de 18 de enero).

Por todo esto, si usted llega a sufrir una situación de acoso laboral puede emprender un procedimiento judicial por vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral, pudiendo solicitar el cese de la conducta vulneradora y una indemnización por daños y perjuicios.

Esperemos que le sirva de ayuda la información otorgada y reiterar nuestro agradecimiento por su consulta.

Clínica Legal, Universidad de Alcalá.

5.- CONCLUSIONES:

La enfermedad de Crohn y la colitis ulcerosa son enfermedades con una patología inflamatoria crónica de origen autoinmune que cursan en brotes (fase activa y fase inactiva). En el caso de la enfermedad de Crohn afecta a cualquier parte del aparato digestivo. De ahí, la diversidad de síntomas que se pueden manifestar. Lo más habitual es la inflamación del final del intestino delgado y el comienzo del colon. Mientras que la colitis ulcerosa tiene una afectación más localizada, pues aparece en el colon, recto y ano, dañando todo el tejido interno del intestino grueso.

Respecto de la sintomatología de ambas enfermedades podemos decir que es similar. La aparición, intensidad y duración de los síntomas dependen de la zona y extensión afectadas. Los más frecuentes son: dolor abdominal, diarreas, fistulas, ulceras, fiebre, debilidad, malestar general, cansancio, fatiga, falta de apetito, anemia y pérdida de peso. Aunque también se pueden dar otros fuera del intestino como: dolor de articulaciones, piedras en el riñón o vesícula…

En cambio, la pregunta que más suele preocupar es: ¿se puede curar? Pues bien, a día de hoy, no hay una cura para estas enfermedades, puesto que al ser desconocida la causa se hace compleja la solución de la misma. Motivo de más, para seguir apoyando y promoviendo la investigación de estas enfermedades con el objetivo de lograr que en un futuro próximo se pueda acabar con todas estas dolencias y patologías.

Además, no nos podemos olvidar, de la función que realizan asociaciones y corporaciones como ACCU España que ayudan a dar la visibilidad a las situaciones y necesidades de personas que conviven con la enfermedad, dándoles apoyo, información y promoviendo la investigación de este tipo de síndromes.

Podríamos caer en el error de pensar que estas patologías no son habituales y cerrar los ojos ante la realidad, pero en España se calcula que hay entre 84.000 y 120.000 personas, de las cuales el 42% viven con la enfermedad de Crohn y el 48% con la colitis ulcerosa. Cifras más que reseñables como para afirmar que estas personas se merecen que se investigue su cura y, mientras se llega a ella, precisan de información y tratamiento, sin ignorar la protección y el trato igualitario.

Desde este punto de vista, he emprendido el ámbito jurídico de la cuestión partiendo del problema social y laboral al que están expuestos. A raíz de los casos que he analizado y asesorado en la Clínica Legal, me he podido percatar de la desigualdad que sufren estos hombres y mujeres de nuestra sociedad. En especial en el ámbito laboral, este

tipo de trabajadores reciben un trato distinto al de los demás. En la mayoría de las ocasiones, los síntomas de la enfermedad hacen que el trabajador precise de una estabilidad y un orden en su vida (rutinas, dieta individualizada, ingerir alimentos en pequeñas cantidades en 5 ó 6 tomas al día…) Esto supone no estar sometido a situaciones de estrés. Sin embargo, no hay que entender el estrés como la afectación que puede tener cualquier persona en ciertas situaciones de demasiada actividad o responsabilidad, sino como la consecuencia, tanto psíquica como física, que causa una situación determinada en el estado de salud de una persona con enfermedad de Crohn o Colitis ulcerosa, que podrían no suponer estrés en otro trabajador. Un ejemplo claro son los trabajos a turnos, nada recomendados para ellos, pues suponen ese estado de inestabilidad al que me refiero anteriormente.

En los casos expuestos observamos cómo personas con este tipo de patologías tiene muy complicada la adaptación de su puesto de trabajo, no por la dificultad que pueda suponer sino, generalmente, por la negativa de la empresa. Hasta el punto de tener que cursar baja voluntaria por el trato que reciben y el malestar que les causa, pudiendo hablar claramente, en muchos casos, de *mobbing*. También, se enfrentan a despidos disfrazados por causas objetivas, cuando realmente son despidos nulos por su discriminación palpable.

Es por todas estas razones por la que tenemos que empezar a crear una conciencia social hacia las injusticias que viven ciertos colectivos. Convivir con la enfermedad de Crohn o la colitis ulcerosa no implicada dejar de trabajar, sino adaptar tu trabajo a tus limitaciones, igual que aprendes a vivir con los síntomas, tratamiento y rutinas alimentarias. No se puede apartar a una persona del ámbito laboral por el mero hecho que para el empleador suponga un esfuerzo de adaptación, dado que el trabajo es un deber y un derecho expresado en el artículo 35 de la Constitución Española y el sustento económico de nuestras vidas. Muchas personas, por estas privaciones del derecho al trabajo, se ven obligadas a abandonar con el consiguiente malestar psicológico de considerar que no son útiles para la sociedad. Trabajadores que no son tratados como tales, sino como enfermos. Personas que se les asocia como minusválidos, es decir, menos válidos pero que realmente pueden llevar una vida normal y ser totalmente eficientes en su trabajo con un poco de apoyo. Por esta razón, veo esencial el fomento de la igualdad de oportunidades.

Honestamente, pienso que la discriminación es la suma de los pequeños gestos de desigualdad que se realizan en el día a día y, que con la ayuda de todos podríamos mejorar,

no sólo, la vida de estos colectivos sino incrementar la calidad y los valores de las personas que formamos esta sociedad.

Como bien expresa la exposición de motivos 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, unos argumentos muy lícitos y lógicos:

"El anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad. Este es el caso en que se encuentran aún hoy mujeres y hombres con discapacidad, quienes, a pesar de los innegables progresos sociales alcanzados, ven limitados esos derechos en el acceso o uso de entornos, procesos o servicios que o bien no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas o bien se revelan expresamente restrictivos a su participación en ellos".

Concluyendo, es esta exclusión social la que hay que erradicar con la no limitación de estas personas en todos los ámbitos que les rodean. Incidiendo en que "la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respecto a la ley a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social" en virtud del artículo 10 de nuestra Carta Magna, que acompañado con el principio de no discriminación del artículo 14, la justicia, igualdad, libertad y el pluralismo político deben formar la mejor de las bases de un Estado Social y democrático de Derecho.

Es por ello, que finalizo este trabajo refiriéndome a ese objetivo anterior, el cual es perseguido por la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá de la cual he aprendido a mirar con ojos de igualdad, justicia y solidaridad.

6.- BIBLIOGRAFÍA.

1.LEGISLACIÓN:

LEGISLACIÓN NACIONAL

- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.
- España. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado de 17 de enero de 1996, núm.15.
- España. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Boletín Oficial del Estado de 10 de noviembre de 1995, núm.269.
- España. Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. Boletín Oficial del Estado de 12 de enero de 1996, núm.11.
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2000, núm.7.
- España. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre de 2007, núm.312.
- España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2011, núm.245.
- España. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Boletín Oficial del Estado de 2 de octubre de 2015, núm.236.
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 25 de julio de 1889, núm. 206.
- España. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 26 de enero de 2000, núm. 22.
- España. 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. Boletín oficial del Estado, 3 de diciembre de 2013, núm. 289.

- España. 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. Boletín oficial del Estado, 24 de octubre de 2015, núm. 255.
- España. 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. Boletín oficial del Estado, 31 de octubre de 2015, núm. 261.

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

- Comunidad de Madrid. Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid. Boletín Oficial del Estado de 2 de agosto de 1995, núm.183.
- Comunidad Valenciana. Orden 11320/ 2001de 19 de noviembre de 2001, de la Conselleria de Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad en ámbito de la Comunidad Valenciana. Diario Oficial de la Comunidad Valenciana de 27 de noviembre de 2001, núm. 4136.

2. NORMATIVA COMUNITARIA:

- Unión Europea. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. Diario Oficial de la Unión Europea C 202, 7 de junio de 2016.
- Unión Europea. 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. Diario Oficial de la Unión Europea L 303 de 2 diciembre de 2000.

3. NORMATIVA INTERNACIONAL:

- Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Boletín oficial del Estado, 31 de diciembre de 1990, núm. 313.
- Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Boletín oficial del Estado, 21 de abril de 2008, núm. 96.

4. JURISPRUDENCIA:

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Caso Danmark (C-335/11 y C-337/11). Sentencia de 11 de abril de 2013.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Sala de lo Civil:

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia ROJ. STS 9149/1987 de 18 de marzo.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 713/1996 de 17 de septiembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 678/2014, del 20 de noviembre.
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 143/2016, de 9 de marzo.

Sala de lo Penal:

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 945/2010 de 28 de octubre.

Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia:

Canarias:

- España. Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 811/2014 de16 de mayo.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 33/2013, de 18 de enero.

Castilla- La Mancha:

- España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha (Albacete) (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 42/2012 de 19 de enero.
- España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha (Albacete) (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 813/2013, de 18 de junio.

Cataluña:

- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Barcelona) (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 1185 /2011 de 14 de febrero.

Jurisprudencia de la Audiencias Provinciales:

- España. Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª). Auto núm. 38/1999 de 19 de marzo.
- España. Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª). Sentencia núm. 16/2000 de 19 de febrero.

5.OTROS INSTRUMENTOS NORMATIVOS:

- España, Dirección General de Empleo. Resolución de 20 de septiembre de 2012, por la que se registra y publica el XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Boletín oficial del Estado, 9 de octubre de 2012, núm. 243

6. DOCTRINA:

- 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.
- BLÁZQUEZ MARTÍN, D., "La educación jurídica clínica en el contexto del "proceso de Bologna": su aplicabilidad en España", en *Opinión Jurídica, Universidad de Medellín*, vol.5, núm. 10, Colombia, 2006.
- CASADILLA GALÁN, J.A, BERMEJO CUADRILLERO, F.A, ROMERO GONZÁLEZ, A., Manual para la Valoración de la Idoneidad en Adopción Internacional, Edit. Instituto Madrileño del Menor y la Familia (IMMF), Madrid, 2008.
- FEDERICO DE MONTALVO, J., "¿Cómo se interrelaciona Bolonia con la sociedad?: la experiencia desde una facultad de derecho", en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.21, 2015.

- NAVAL, C., GARCÍA, R., PUIG, J. y SANTOS, M.A., "La formación ético-cívica y el compromiso social de los estudiantes universitarios", en *Encounters on Education,* vol.12, 2011.
- WITKER, J., "La enseñanza clínica como recurso de aprendizaje jurídico", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho,* núm.10, 2007.

7. WEBGRAFÍA:

- ACCU, *Confederación ACCU Crohn y Colitis Ulcerosa* (en línea), https://www.accuesp.com/ (consulta 14 de noviembre de 2016 hasta 10 de enero de 2018).
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social, *Pensión de incapacidad permanente* (en línea) http://www.empleo.gob.es/es/index.htm (consulta 24 de mayo de 2017).