

El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg. 1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad

Ricardo Esteban Legarreta

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad Autónoma de Barcelona

Trabajo y Derecho, Nº 6, Sección Estudios, , Editorial Wolters Kluwer

LA LEY 15255/2017

I. Planteamiento

Este artículo tiene por objeto trazar las líneas fundamentales del concepto de persona con discapacidad, a partir de lo previsto en el artículo 4 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 LEY 19305/2013) (en adelante LGDPD). Para ello se parte de algunas reflexiones terminológicas y de una presentación básica de la noción de discapacidad prevista en el artículo 4 LGDPD (LA LEY 19305/2013), redactada bajo el influjo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. A continuación el artículo se detiene en un breve análisis del concepto de persona con discapacidad determinable mediante el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), para pasar en una perspectiva de comparación, a los rasgos más destacables de la incapacidad permanente, y a sus similitudes y diferencias con el concepto clásico de discapacidad del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000). El comentario se acompaña de algunas reflexiones a propósito de la conveniencia y la necesidad de la asimilación de la incapacidad permanente a la discapacidad acometida por la LGDPD (LA LEY 19305/2013). Seguidamente, el artículo aborda los matices del concepto laboral de persona con discapacidad, haciendo especial hincapié en la escasa exigencia de limitaciones funcionales de peso y, en la consolidación en los últimos años de un concepto de persona con discapacidad severa, lo que ha permitido orientar adecuadamente las iniciativas dirigidas a los trabajadores con mayores dificultades. Dentro del análisis de ese concepto laboral se hace una referencia a otras nociones relacionadas con la discapacidad. Finalmente, cierra el artículo una referencia a la problemática derivada de la asimilación a discapacidad de las enfermedades prolongadas, un ámbito en el que ha sido clave la jurisprudencia del TJUE en aplicación de la Directiva 78/2000 (LA LEY 10544/2000) del Consejo, y en el que se plantean retos importantes para el legislador, a la hora de dar respuesta a la necesidad de un concepto flexible de discapacidad, en clave de protección del derecho a la no discriminación.

II. Reflexiones preliminares. La precisión terminológica y su corrección política en el entorno de la discapacidad

Definir la discapacidad constituye una tarea compleja, teniendo en cuenta la intrínseca dificultad de identificar adecuadamente a la discapacidad y a los elementos integrantes del concepto. A este respecto, el propio artículo 4 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) menciona diversos términos y expresiones —discapacidad, deficiencia, grado de discapacidad, incapacidad— que exigen alguna precisión si se quiere saber de qué hablamos cuando hablamos de discapacidad. A ello se añade la

pervivencia de otros términos que o bien han sido desterrados de nuestro ordenamiento jurídico — minusválido, minusvalía, subnormalidad—, o bien no, aunque hayan perdido terreno —invalidez—, pero que se utilizan ocasionalmente y pueden contribuir al desconcierto conceptual.

Para ello, puede ser de interés traer a colación un texto técnico de la OMS, la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de la Organización Mundial de la Salud (1980). Se trata de un texto superado por la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que constituye un documento de actualización de la anterior (2001) (1) . De todos modos, dado que nuestro legislador sigue anclado en la terminología de la CIDDDM, es conveniente efectuar una rápida referencia al triple nivel conceptual recogido en la CIDDDM, que sigue siendo un texto apto para aportar luz a la cuestión (2) . Así, la CIDDDM parte de un triple nivel:

- La deficiencia (*impairment*), que identificaría alteraciones o anomalías de una estructura anatómica que condiciona la pérdida de una función, de carácter fisiológico o psicológico.
- La discapacidad (*disability*), que comportaría restricción o falta de capacidad para llevar a cabo una actividad determinada y que se presenta como consecuencia de una anomalía.
- Finalmente, tendríamos la minusvalía (*handicap*), que sería una barrera provocada por la discapacidad y que limita el desarrollo normal de un individuo en función de factores como el sexo, la edad o la situación social o cultural.

Trasladada la vieja CIDDDM a un ejemplo, la deficiencia consistente en la falta de extremidades inferiores se materializaría en el plano individual (discapacidad) a claras limitaciones en la deambulación sin asistencia y en el plano social (minusvalía) aparecerían retos a superar en la vida diaria, como el acceso a edificios o transporte público no adaptados, o bien en la movilidad por entornos en los que una silla de ruedas circule con dificultad por un mal diseño o adaptación de entornos urbanos.

Nuestra legislación mantiene sin definirla la noción de deficiencia (art. 4.1 LGDPD (LA LEY 19305/2013)) para expresar una idea similar a la planteada por la CIDDDM en el primer nivel (3) , si bien, para expresar las consecuencias de la deficiencia en la esfera individual (discapacidad o segundo nivel CIDDDM) y en la esfera social (minusvalía o tercer nivel CIDDDM), no se utilizan hoy en día los mismos términos de la CIDDDM (4) . En este sentido, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (LA LEY 12016/2006), de Promoción de la Autonomía Personal y de atención a las situaciones de dependencia, se ha suprimido el concepto minusvalía y se ha substituido por el de discapacidad (5) , que ocuparía hoy en día el tercer nivel CIDDDM, y serviría como término de alcance más general.

En coherencia con lo anterior, el vacío dejado por la nueva orientación del término discapacidad, se ha llenado con la expresión «limitaciones en la actividad», que en adelante define la falta de capacidad para realizar una actividad determinada (segundo nivel CIDDDM), todo ello de acuerdo con la disposición adicional segunda del RD 1971/1999, de 23 de diciembre (LA LEY 365/2000), de procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación del grado de discapacidad. Por lo tanto, la vieja secuencia de la CIDDDM consistente en a) deficiencia b) discapacidad y c) minusvalía, se traslada actualmente al derecho español mediante la secuencia a) deficiencia, b) limitación en la actividad y c) discapacidad.

En perspectiva evolutiva podemos destacar, de un lado, que en la regulación del fenómeno conviven todavía denominaciones diversas, como de hecho ocurre con una mejorable terminología constitucional (6) —«disminuidos» (arts. 49 CE (LA LEY 2500/1978) pero también 20.3 TRLET (LA LEY 16117/2015)) — que se mantiene junto al término general presente en leyes y reglamentos: «discapacidad» o «persona con discapacidad». Por lo contrario, otras denominaciones han sido

desterradas ya de nuestra normativa. Es el caso ya mencionado de la minusvalía y persona con minusvalía o bien los términos subnormalidad y subnormal, estos últimos con un contundente sesgo negativo y que fueron suprimidos por el Real Decreto 348/1986, de 10 de febrero (LA LEY 296/1986). Por lo demás, perviven en nuestro ordenamiento conceptos notablemente próximos a la discapacidad como es el de incapacidad permanente, casi monopolístico en el terreno de la Seguridad Social desde 1997.

Por lo demás, cabe advertir que la terminología en torno a este fenómeno tiende a adquirir un peso negativo, lo que ha alimentado la emergencia de nuevos términos para substituir al concepto «quemado» o sobrecargado de connotaciones negativas. De todos modos, tengo la impresión de que la consideración social de la discapacidad ha virado significativamente a lo largo de los últimos años, razón por la cual el término discapacidad no aparece tan lastrado por consideraciones negativas, de modo que cabría augurarle una vida más larga (7) .

III. El concepto de persona con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. Un proceso de convergencia desde la LISMI y la LIONDAU

La LGDPD (LA LEY 19305/2013) condensa en su artículo 4 (LA LEY 19305/2013) un concepto de discapacidad amplio, resolviendo una de las diversas disfunciones que había generado la existencia de una suerte de «trinidad» legislativa en materia de discapacidad, en la que dos leyes representaban un papel clave hasta el año 2013. De un lado, la ya clásica Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad (LA LEY 886/1982) (en adelante LISMI), y de otro, la Ley 51/2003 de 2 de diciembre (LA LEY 1828/2003), de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad (en adelante LIONDAU (LA LEY 1828/2003)) (8) .

La LGDPD (LA LEY 19305/2013), un texto de refundición aprobado por el Gobierno en base a la previsión del artículo 82 de nuestra Carta Magna (LA LEY 2500/1978) llevo a cabo una refundición legislativa discutible (9) , si bien en relación con el concepto de persona con discapacidad era necesario clarificar las contradicciones entre los conceptos recogidos en ambos textos (10) . De este modo, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) unifica y armoniza el concepto de persona con discapacidad recogido en el artículo 7 de la LISMI (LA LEY 886/1982) —vinculado tácitamente a un porcentaje mínimo de discapacidad del 33 por 100 y fundamentado en baremo (11) —, y el concepto de persona con discapacidad previsto en el artículo 1.2 de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003), que consideraba también persona con discapacidad a los individuos que hubiesen sido declarados en situación de incapacidad permanente en grado de total o superior. La actividad armonizadora de la nueva Ley en el terreno del concepto de persona con discapacidad viene acompañada de algunos claroscuros en materia laboral, a los que dedicaré algunas reflexiones en un momento más avanzado de este trabajo.

En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico recoge el concepto general de discapacidad en el artículo 2 a] de la LGDPD (LA LEY 19305/2013), identificado como «la 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». Se trata de un concepto básico o de partida, ya que el artículo 4.1 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013), define en sentido estricto a las personas con discapacidad, como titulares de los derechos reconocidos en la Ley, estableciendo con carácter general que «Son personas con discapacidad, aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales intelectuales o sensoriales previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás». En este sentido, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) acoge en ambos preceptos un calco de la noción de discapacidad prevista en el segundo párrafo del artículo 1 de la Convención Internacional de los

Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (LA LEY 14088/2006), vigente en España desde 2008 (12) , según el cual «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, a largo plazo que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás» (13) .

Se trata pues de una definición básica con un contundente planteamiento social de la discapacidad, que subraya la necesidad de adaptación del entorno a esta realidad. En este sentido, el eje principal de la discapacidad no gira ya en torno a las deficiencias o a las limitaciones funcionales del propio individuo —perspectiva médica— sino, que subraya la importancia de las barreras generadas por el entorno y sus efectos sobre la persona (14) , en la línea de documentos clave de la OMS, como la mencionada Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF). Como es habitual en estas materias, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) —y también la Convención— se refiere a ciertas tipologías de deficiencias, señalando al respecto que cabrá contemplar las de carácter físico, las de carácter mental que cabría asimilar a las situaciones de trastorno o enfermedad mental (15) , las deficiencias de carácter intelectual, que estarían más bien relacionadas con dificultades de aprendizaje derivadas de limitaciones intelectuales y, en fin, tendríamos las deficiencias de carácter sensorial, que muestran su carácter más discapacitante en las limitaciones en la visión o en la capacidad auditiva del sujeto.

Ahora bien, la noción de persona con discapacidad no puede entenderse si desvinculamos el apartado 1 del apartado 2 del artículo 4 (LA LEY 19305/2013), en el que pervive la perspectiva médica de la discapacidad. En este sentido, el artículo 4.2 (LA LEY 19305/2013) de la Ley establece que «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de persona con discapacidad aquéllas a las que les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100», con lo que la Ley clarifica el umbral de la discapacidad, algo que la LISMI (LA LEY 886/1982) inexplicablemente no hizo (16) , aunque sí la LIONDAU (LA LEY 1828/2003).

Asimismo, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) lleva a cabo una clarificación, de notable calado —al menos en perspectiva laboral—, al establecer la equiparación absoluta e incuestionada a persona con discapacidad, de todo aquel individuo que haya sido declarado en situación de incapacidad permanente en los grados de total, absoluta y gran invalidez. A este respecto, el artículo 4.2 LGDPD (LA LEY 19305/2013) añade que «Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el Servicio o inutilidad». Más adelante tendremos ocasión de señalar los pros y contras de esta equiparación llevada a cabo por la LGDPD (LA LEY 19305/2013), particularmente el ámbito laboral.

Más allá de que el propio legislador propone un concepto general y unificado de persona con discapacidad —como mínimo asimila a las personas declaradas en incapacidad permanente a persona con discapacidad—, el artículo 4 apunta que no siempre y en todo caso, el nivel o el grado de la discapacidad va a ser indiferente. Antes al contrario, el artículo 4.2 (LA LEY 19305/2013) matiza que «las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positivas podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos». No cabe duda que el legislador pretende recordar que cabe establecer requisitos específicos, para ser beneficiarios de medidas de acción positiva.

Por lo demás, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) matiza cómo en algunas esferas no será imprescindible disponer, *a priori*, del reconocimiento formal de persona con discapacidad (17) . Así, en el ámbito del derecho a la igualdad de oportunidades, la protección a través de medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial (art. 63 LGDPD (LA LEY 19305/2013) (18)) serán de aplicación con independencia de que exista o no reconocimiento oficial de la discapacidad, o de su transitoriedad (art. 64.2 LGDPD (LA LEY 19305/2013)). Eso sí, dicho precepto debe interpretarse en el sentido de

que se trataría de personas que podrían contar con la declaración de persona con discapacidad pero no se han sometido a proceso de calificación. Más adelante se efectuará una referencia a situaciones que quedan fuera del presupuesto de hecho del artículo 64.2 LGDPD (LA LEY 19305/2013) los supuestos de enfermedad prolongada no susceptibles de obtener, todavía, la condición de persona con discapacidad, a los que me referiré en el último apartado, dedicado a una perspectiva de Derecho europeo combinada con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

IV. (Sub) Concepto básico de persona con discapacidad y procedimiento para su determinación

A continuación se abordará un somero análisis de los aspectos fundamentales referidos a la valoración y calificación de la discapacidad, en el que nos detendremos en los órganos competentes, procedimiento y los elementos que fundamentan la calificación de un individuo como persona con discapacidad, a partir de la noción general prevista en el artículo 4.2 LGDPD (LA LEY 19305/2013).

De conformidad con lo previsto en el art. 4.3 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) el reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los términos desarrollados reglamentariamente, aunque tal remisión a reglamento no es total. De hecho, el artículo 12.2 la LGDPD (LA LEY 19305/2013) regula la figura de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad (19) que serán «los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad, para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo correspondiente». Para ello, los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento tienen entre sus funciones (art. 12.3 c] LGDPD (LA LEY 19305/2013)) «La valoración y calificación de la situación de discapacidad, determinando el tipo de grado en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda efectuar al órgano administrativo competente».

Se trata de indicaciones legales que en la práctica pueden ser matizadas tenemos en cuenta que las competencias ejecutivas en esta materias están en manos de las Comunidades Autónomas, y cuentan con la capacidad de autoorganización de sus servicios. A este respecto, el Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) (art. 6.1 (LA LEY 365/2000)) atribuye estas funciones a «los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieren sido transferidas dichas funciones».

A diferencia de lo previsto para la determinación legal de la incapacidad permanente, el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) regula un sistema de calificación de la discapacidad fundamentado en baremos que pretenderían una fijación objetiva de la discapacidad. A este respecto, el artículo 1.1 del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) tiene como objetivo fundamental la aprobación de baremos desarrollados en los anexos I y II (LA LEY 365/2000) (20) , que identifican un amplio listado de deficiencias que, de apreciarse en volumen suficiente darán lugar a la atribución de un concreto porcentaje de discapacidad.

Los elementos de mayor interés se encuentran en el Anexo I A) (LA LEY 365/2000), documento en el que «se fijan las pautas para la determinación de la discapacidad originada por deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas». El Anexo se subdivide a su vez en un total de dieciséis capítulos, dedicándose el primero de los mismos a pautas generales que han de ser aplicadas en la evaluación. Los restantes capítulos establecen «normas para la calificación de deficiencias y discapacidades», sistematizando un amplio listado de deficiencias, que irían desde el sistema músculo esquelético hasta la enfermedad mental (21) . Cabe señalar que el baremo del Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000) es de una notable exhaustividad, si tenemos en cuenta que las dolencias suelen catalogarse con mucho detalle. Ahora bien, la jurisprudencia ha subrayado que cuando concurren diversas deficiencias, no será posible la simple suma de los porcentajes que quepa atribuir a cada una de las deficiencias; antes al contrario, el Tribunal Supremo ha subrayado en su

sentencia de 28 de enero de 2010 (rec. 1523/2009) (LA LEY 3229/2010), que deberá aplicarse una suerte de corrección ponderada —a la baja— mediante las denominadas tablas de valores combinados (22) .

Más allá de las deficiencias previstas en el Anexo I A) (LA LEY 365/2000), en la determinación de la discapacidad intervienen los factores sociales complementarios del Baremo I B) (LA LEY 365/2000). Se trata de factores claramente marginantes que permiten obtener una visión global de la persona con discapacidad (23) y que de conformidad con lo señalado en el artículo 5.2 del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), se sistematizan en cinco bloques (24) que se refieren a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad. Dichos factores sociales complementarios serán valorados en la evaluación y podrían contribuir con un máximo de quince puntos. No obstante, para poder apreciar y añadir los puntos correspondientes a factores sociales complementarios, será necesario que la persona haya obtenido un porcentaje de discapacidad del 25 por 100 en la aplicación del Anexo I A) (LA LEY 365/2000). Partiendo de lo previsto en la LGDPD (LA LEY 19305/2013), obtener la declaración de persona con discapacidad exige alcanzar al menos un grado del 33 por 100 de discapacidad.

En todo caso, más allá de la existencia de baremos, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) subraya que en la calificación los equipos «responderán a criterios técnicos unificados, basados en la evidencia disponible, y tendrán validez ante cualquier organismo público y en todo el territorio del Estado». Ciertamente, parecería que la Ley estatal pretende determinar no solo la existencia de una norma de calificación (el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000)), sino también los criterios de aplicación, lo que correría el riesgo de interferir en las potestades ejecutivas autonómicas. Sin embargo, el artículo 5.5 del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) establece mecanismos de participación a fin de homogeneizar coordinadamente los criterios (25) de carácter complementario o no básico, teniendo en cuenta que el propio Baremo 1 A) (LA LEY 365/2000) en su capítulo primero, recoge con notable detalle los criterios que deberán seguir las administraciones en la calificación de la discapacidad. Se trata de unos criterios *a priori* razonables ya que pretenderían identificar aspectos clave en la calificación técnica de la discapacidad (26) .

El órgano competente dictará su resolución (art. 10 RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000)) a partir del dictamen propuesta de los órganos técnicos (art. 9 (LA LEY 19305/2013)), teniendo en consideración en su caso aportaciones de otros profesionales y emitiendo una propuesta de resolución que debería contener, el diagnóstico, el tipo y grado de discapacidad y, en su caso, puntuaciones para determinar la necesidad de concurso de tercera persona y dificultades de movilidad en la utilización de transportes colectivos. La resolución reconocerá el grado de la discapacidad e indicará la puntuación obtenida en base a la aplicación de los baremos.

Una de las cuestiones que ha generado polémica es la referida a la jurisdicción competente para conocer de las impugnaciones presentadas frente a las resoluciones dictadas en la materia (27) . A este respecto, hay que decir que el artículo 2 o) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (LA LEY 19110/2011), Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS (LA LEY 19110/2011)), refleja en la actualidad esta cuestión en el listado de materias sobre la que conocerá la Jurisdicción Social.

V. La asimilación a la discapacidad de la incapacidad permanente

1. Proximidad y lejanía entre discapacidad y la incapacidad

Una de las aportaciones más significativas de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) ha sido la plena integración de la incapacidad permanente en el concepto general de discapacidad. A estos efectos, el artículo 4 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) prevé que «Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, los pensionistas de la Seguridad Social que

tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». Ciertamente, el legislador señala que «se considerará» a estas personas como sujetos en un grado igual o superior al 33 por 100, lo que resuelve dudas interpretativas ya que la asimilación se lleva a cabo a todos los efectos, cuestión que no quedaba clara en el artículo 1 de la ya derogada LIONDAU (LA LEY 1828/2003) (28) . A partir del dato legal, cabe preguntarse si esta opción ha sido racional y conveniente lo que exige en primer lugar recordar los rasgos fundamentales de la incapacidad permanente y su mayor o menor proximidad a la valoración mediante baremo del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000).

Identificar el concepto aplicable de incapacidad permanente exige recordar una disfunción legislativa no menor ya que la reforma de la incapacidad permanente diseñada mediante la ya lejana Ley 24/1997, de 15 de julio (LA LEY 2592/1997), de Consolidación y Racionalización del sistema de la Seguridad Social, no produce todavía efectos. Así el «nuevo» sistema —basado en una lista de enfermedades o baremo, y ordenado según el legislador a garantizar mayor seguridad jurídica (29) —, no ha sido desarrollado reglamentariamente tras más de veinte años. Tampoco se ha desarrollado reglamentariamente la definición de los grados de incapacidad permanente previstos en el artículo 194 LGSS (LA LEY 16531/2015), que como es sabido, mantienen la misma denominación pero deberían definirse mediante Decreto.

El no desarrollo de la Ley 24/1997 (LA LEY 2592/1997) contribuye a mantener la lejanía entre el concepto legal de discapacidad del primer apartado del artículo 4 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) y el concepto legal de incapacidad permanente que hoy en día despliega efectos (30) , de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria 26ª de la LGSS (LA LEY 16531/2015) (31) . En este sentido, la determinación de la incapacidad permanente no está vinculada a la aplicación de un baremo o lista de enfermedades, como pretendía la Ley 24/1997 (LA LEY 2592/1997), sino que mantiene un criterio de identificación casuística en el que se ponen en relación la profesión habitual (32) del sujeto con las disminuciones anatómicas o funcionales que le afecten (33) .

Como es sabido, constituye incapacidad permanente (art. 193 LGSS (LA LEY 16531/2015)) la situación de la persona que «después de haber estado sometida al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral». En esencia, la incapacidad permanente implica limitaciones en la capacidad funcional del individuo, si bien, en su determinación —especialmente en los grados de parcial y total—, la actividad profesional desempeñada previamente representa un papel relevante (34) , un concepto no exento de debate creciente en torno al alcance de las nociones de profesión habitual y grupo profesional (35) . Todo ello puede matizarse en el grado de incapacidad permanente absoluta ya que las circunstancias profesionales son también una referencia, aunque más difusa, porque ese grado se define por inhabilitar por completo al trabajador para toda profesión u oficio (36) . Por lo demás la equiparación entre incapacidad permanente y discapacidad no es completa si tenemos en cuenta que la LGDPD (LA LEY 19305/2013) excluye de la equiparación al grado más leve, el de la incapacidad permanente parcial (37) .

Como ha quedado apuntado, la determinación de la incapacidad permanente no se fundamenta en la aplicación de baremos o listas de enfermedades sino que se basaría en la identificación de disminuciones anatómicas o funcionales graves y su puesta en relación con la profesión habitual, para lo cual se seguirá el marco reglamentario del RD 1300/1995, de 21 de julio (LA LEY 3077/1995), regulador del procedimiento de incapacidad permanente. Tendrá un peso especial el dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades que, teóricamente y a falta de un baremo oficial, informará poniendo en relación las disminuciones anatómicas o funcionales del interesado en relación con su actividad profesional, y en relación con la capacidad laboral general si

se llegase a la conclusión de que la persona no puede desempeñar las funciones de ninguna profesión.

Por lo demás, el concepto de incapacidad permanente de la LGSS (art. 193 (LA LEY 16531/2015)) contiene una cierta proximidad con el general del artículo 4 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) matizada por otros rasgos en los que las dos nociones se distancian. Ambos preceptos se fundamentan en el menoscabo personal, ya se denomine disminución anatómica o funcional (LGSS (LA LEY 16531/2015)) o deficiencia (LGDPD (LA LEY 19305/2013)). Asimismo, ambas nociones parten de la aceptación dentro de la esfera de la discapacidad/incapacidad de situaciones inciertas o no definitivas (38) si bien —y aquí está la gran diferencia—, mientras el concepto general de persona con discapacidad parte de una afectación de la discapacidad para alcanzar una participación plena y general en la sociedad, el planteamiento de la LGSS difiere notablemente al centrarse en la disminución o anulación de la capacidad laboral (39) . Otra diferencia relevante la encontramos en los reparos que la práctica administrativa sigue poniendo hacia la declaración en incapacidad permanente de personas con deficiencias anteriores a la afiliación, sin perjuicio de las reformas normativas que han pretendido evitarlo (40) . Por lo contrario, en el procedimiento del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) el dato no tendría mayor relevancia.

2. Sobre la racionalidad de la asimilación llevada a cabo por la LGDPD

La asimilación del concepto de la incapacidad permanente a sugiere algunas reflexiones, tras haber puesto de relieve las diferencias entre ambas nociones. Máxime, teniendo en cuenta que la equiparación se produce a todos los efectos, y teniendo en cuenta que no solo afecta a la incapacidad permanente absoluta, sino también a la incapacidad permanente total, un grado que en ocasiones puede generar un menoscabo menor desde la perspectiva del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000). Con anterioridad a la LGDPD (LA LEY 19305/2013) la falta de asimilación exigía que la persona en situación de incapacidad permanente superase el procedimiento del Decreto 1971/1999 a fin de obtener la consideración de persona con discapacidad.

Desde 2003 la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) ya efectuaba dicha asimilación para las materias reguladas en la Ley, si bien dicha asimilación no era ni mucho menos completa o generalizada. Y es que a partir de la equiparación realizada por la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) las Salas de lo Social de nuestros Tribunales Superiores de Justicia se enzarzaron en una disputa interpretativa a propósito de si la equiparación podía o no tener alcance general (41) . A estos efectos, el artículo 1.2 (LA LEY 1828/2003) de la Ley reivindicaba un concepto de discapacidad amplio a los efectos de la Ley (42) , pero es que la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) no tenía aplicación directa en materias e empleo, sino simplemente subsidiaria, de conformidad con su artículo 3 (LA LEY 1828/2003) (43) . Las dudas interpretativas fueron zanjadas por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, mediante la STS de 21 de marzo de 2007 (rec. 3872/2005) (LA LEY 23247/2007), en que se ponía freno a un concepto expansivo de discapacidad mediante una interpretación sistemática de la Ley (44) y unas consideraciones adicionales de carácter finalista en las que sin duda pesaba en la Sala el bajo grado de discapacidad «general» existente en algunas resoluciones declaratorias de incapacidad permanente (45) .

La interpretación restrictiva de la jurisprudencia ha sido superada desde noviembre de 2013 por la LGDPD (LA LEY 19305/2013), que consolidada la equiparación entre discapacidad e incapacidad permanente en grado de total o superior. A este respecto, he de decir que comparto el «sentido práctico» de la asimilación o equiparación ya que las personas declaradas en incapacidad permanente debían de someterse a otro procedimiento de evaluación, y las administraciones autonómicas no podían hacer «economía de escala» con el procedimiento evaluador llevado a cabo por los equipos de valoración de incapacidades del INSS (46) .

Ahora bien, a mi juicio esta equiparación genera bastantes problemas porque ya se ha señalado que

algunas personas declaradas en incapacidad permanente total pueden mostrar un limitado grado de menoscabo, y por ende, podrían quedar por debajo de un grado del 33 por 100 de discapacidad, de manera que quizás habría sido más prudente limitar la equiparación para las personas en situación de incapacidad permanente absoluta (47) . A este respecto, un análisis de la doctrina judicial nos indica que personas declaradas en situación de incapacidad permanente en grado de total o superior han obtenido en la aplicación del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) porcentajes de discapacidad, del 22, del 17 o incluso del 15 por 100 (48) . En todo caso, mis reservas ante la equiparación serían menores si el acceso a determinadas ventajas, en especial las de carácter laboral estuviesen más condicionadas o al menos moduladas en base a la gravedad de la discapacidad, algo que no ha llegado a suceder en algunos ámbitos clave.

Por lo demás, cabe plantearse en qué ha quedado, desde el punto de vista formal, la equiparación de la declaración en situación de incapacidad permanente a la condición de persona con discapacidad. De un lado, es evidente que no es necesario, ni tan siquiera a título formal, que el beneficiario de pensión de incapacidad permanente total o en grado superior, o las correspondientes de clases pasivas, solicite la declaración de persona con discapacidad (49) , salvo cuando se pretenda acreditar un grado de discapacidad superior al 33 por 100 en cuyo caso debería de pasarse la evaluación del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000).

Dicho eso, quedaría otra cuestión formal, la relacionada con la documentación que permita a la persona acreditar su condición. A este respecto, y a raíz de las primeras sentencias que se habían pronunciado a propósito del artículo 1.3 LIONDAU (LA LEY 1828/2003) se sugería que la resolución del INSS podría ser válida a los efectos de la acreditación de la condición de persona con discapacidad (50) . Sin embargo, la opción tomada por las Comunidades Autónomas va en la línea de expedir acreditaciones de discapacidad, no solo a las personas que hayan pasado la evaluación del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) sino que también se expiden a las personas que hayan obtenido la declaración de incapacidad permanente en grado de total o superior (51) . Me parece una opción razonable que va a evitar disfunciones y contratiempos de todo tipo a las personas declaradas en situación de incapacidad permanente en grado de total o superior.

VI. El concepto de persona con discapacidad a efectos laborales en la LGDPD y en otras disposiciones laborales

1. El concepto laboral de persona con discapacidad. Un concepto dual

Llegados a este punto, identificar el concepto de persona con discapacidad a efectos laborales es relativamente simple, dado que el capítulo VI de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) (art. 35 y ss. (LA LEY 19305/2013)) dedicado al derecho al trabajo, no establece un concepto matizado respecto a lo previsto en el artículo 4 (LA LEY 19305/2013) del Texto Refundido.

Por lo tanto, todo apunta a que la LGDPD (LA LEY 19305/2013) ha pretendido apuntalar la idea de que el concepto básico sea un concepto de «mínimo común denominador», el de su artículo 4 (LA LEY 19305/2013), en el que sería suficiente un 33 por 100 de discapacidad basado en la aplicación del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000). De hecho, en el ámbito laboral han resultado fallidos los intentos de que el concepto —«más o menos»— básico de persona con discapacidad vaya acompañado de la exigencia de una sensible disminución de capacidad laboral. Prueba de ello la tenemos en los avatares padecidos por la ya derogada disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (LA LEY 1785/2001) (52) , reguladora de una suerte de concepto de persona con discapacidad para el acceso a incentivos y a medidas de contratación. Se trata de un concepto que exigía una modesta disminución en la capacidad de trabajo, que quedó suprimida en 2003 (53) .

Asimismo, el concepto de persona con discapacidad para la contratación en el marco de la relación laboral en Centros Especiales de Empleo ha quedado reducido, en la práctica y a pesar de lo señalado

en el Decreto regulador, a la mínima expresión: es decir, a la mera valoración de un 33 por 100 de discapacidad, lo que no deja de ser particularmente llamativo (54) .

Este concepto básico de persona con discapacidad debe entenderse aplicable al conjunto de nuestras normas laborales y de Seguridad Social en tanto en cuanto dichas normas no establezcan matices o adaptaciones. En este sentido, cabe interpretarse que cuando el TRLET (55) , la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LA LEY 1905/2003) (56) o la LPRL (LA LEY 3838/1995) (57) se refieren a personas con discapacidad, hemos de remitirnos al concepto del artículo 4 LGDPD (LA LEY 19305/2013), es decir, a personas que hayan alcanzado un grado de 33 por 100 en aplicación del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), o a personas que hayan sido declaradas en incapacidad permanente en grado de total o superior. Otro tanto cabe decir de la LGSS cuando se refiere a personas con discapacidad (58) si bien, pueden darse matices importantes para algunos supuestos de acceso anticipado a la jubilación recogidos en el artículo 206.2 TRLGSS (LA LEY 16531/2015) en los que se plantea la posibilidad de rebajar la edad de acceso a la jubilación si el trabajador ha desempeñado periodos de actividad con una discapacidad no inferior al 65 por 100 o bien con una discapacidad no inferior al 45 por 100, en este último caso limitado a determinadas tipologías de discapacidad, que reduzcan la esperanza de vida.

Ahora bien, más allá de este concepto básico o de «mínimo común denominador», se ha ido abriendo camino la noción de trabajador con discapacidad severa o afectada de especiales dificultades. Se trata de un concepto no recogido en la LGDPD (LA LEY 19305/2013) pero que cuenta con el aval del Texto Refundido ya que su artículo 4.1 (LA LEY 19305/2013) prevé que «las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos», requisitos que evidentemente pueden consistir en un grado cualificado de discapacidad.

En este sentido, ese concepto de persona con discapacidad afectada de especiales dificultades o discapacidad severa (59) contempla a dos colectivos: a] personas con discapacidad física o sensorial y con un grado de discapacidad no inferior al 65 por 100 y b] personas con enfermedad mental, personas con discapacidad intelectual o con parálisis cerebral y una discapacidad no inferior al 33 por 100, y se refleja en diversos textos legales y reglamentarios: la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (LA LEY 12450/2003), para la mejora del crecimiento y el empleo; el RD 290/2004, de 20 de febrero (LA LEY 273/2004), regulador de los enclaves laborales; el RD 469/2006, de 21 de abril (LA LEY 3842/2006), regulador de las unidades de apoyo (laboral) en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo y, en fin, el RD 870/2007, de 2 de julio (LA LEY 7666/2007), regulador del empleo con apoyo (60) .

A mi juicio se trata de una opción necesaria, teniendo en cuenta que no todas las personas con discapacidad necesitan del mismo grado de apoyo, de manera que es racional que determinadas ayudas se diseñen considerando la especial necesidad de la persona beneficiaria. Y creo que ello es particularmente importante en el caso de las bonificaciones en las cuotas patronales a la Seguridad Social de la Ley 43/2006 (LA LEY 12450/2003), dada su clara repercusión presupuestaria (61) . Por lo demás, en otras normas el legislador contempla la concurrencia de especiales dificultades, aunque no se mencionen expresamente. Este es el caso de las adaptaciones o ajustes del artículo 40.2 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013), en las que el legislador apunta a cubrir las «necesidades de cada situación concreta», lo que por lo general va a comportar una especial dificultad del beneficiario de los ajustes (62) .

Como cuestión práctica debe retenerse que en estos casos, las personas afectadas por trastorno mental, discapacidad intelectual o parálisis cerebral que se encuentren entre un 33 y un 64 por 100 de discapacidad, necesitarán algo más que la resolución de discapacidad (art. 10 RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000)) para acreditar su discapacidad severa (63) , ya que la resolución nada dice sobre la deficiencia o deficiencias de base. En este caso, deberán solicitar una segunda resolución, el denominado reconocimiento del tipo de discapacidad (disposición adicional primera RD 1971/1999

(LA LEY 365/2000)), donde constaran «los tipos de deficiencia o deficiencias que determinarán el grado de discapacidad reconocida», un documento delicado en algunos casos, ya que este reconocimiento implica desvelar más datos de salud, cuya acreditación puede suscitar conductas discriminatorias, sobre todo en el caso de personas con trastorno o enfermedad mental.

Más allá de los aspectos formales y de acreditación, he de señalar que el concepto de persona con discapacidad afectada por especiales dificultades no se ha consolidado en dos ámbitos de especial significación: la reserva de empleo y el trabajo protegido en Centros Especiales (64) . En este sentido, se trata de dos espacios en los que valdría la pena potenciar ventajas para los trabajadores con discapacidad afectados por especiales dificultades, dado que son herramientas particularmente incisivas de cara a impulsar su empleo. Sin embargo, de un lado, el legislador mantiene un concepto de persona con discapacidad de bajo perfil, de cara a la cobertura de la reserva de empleo del artículo 42 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013), renunciando a potenciar su utilización en aras a fomentar el empleo de las personas con mayores dificultades (65) . De otro lado, se ha consolidado un concepto «plano» de persona con discapacidad con derecho a acceder a los Centros Especiales de Empleo, de modo que la Ley opta por mantener —y reforzar— la idea de que todos los trabajadores con discapacidad con independencia de la intensidad de su discapacidad puedan desempeñar actividad en estos Centros, disfrutando del mismo nivel de incentivación de su contratación. Ahora bien, en este caso el texto de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) ha mostrado una sutil regresión en relación con la LISMI (LA LEY 886/1982), teniendo en cuenta que el viejo texto de 1982 sugería en su artículo 41.1 (LA LEY 886/1982) que una de las bases de los Centros Especiales estaba, precisamente, en su interés para el empleo de los trabajadores con discapacidad severa (66) , mención que ha desaparecido del Texto Refundido de 2013, sin mayor explicación. Ahora bien, en este ámbito las razones del mantenimiento del *statu quo* son muy claras: las entidades con una potente implantación e intereses en el empleo protegido han batallado para que la presencia de trabajadores con escasa discapacidad y nula necesidad de acompañamiento (67) en Centros Especiales de Empleo, no tenga ningún reparo jurídico, lo cual apuntala que la contratación de estos trabajadores siga generando exención de cotizaciones y contribuya a alcanzar una plantilla mínima del 70 por 100 de personas con discapacidad, exigida por la LGDPD (LA LEY 19305/2013) a los Centros (68) .

2. Referencia a otras nociones próximas a la discapacidad formal de la LGDPD.

Hasta ahora se ha hecho referencia al concepto o conceptos de discapacidad «formales» existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, más allá del concepto o de las nociones formales, una visión de conjunto nos exige señalar, por un lado, una vía expansiva del concepto de discapacidad a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al que nos referiremos en el siguiente apartado, y que se refiere a las personas en situaciones de enfermedad de una cierta duración.

Asimismo, nuestro ordenamiento jurídico refleja en su artículo 52 a) TRLET (LA LEY 16117/2015) una causa extintiva vinculada en parte a situaciones de discapacidad no reconocidas formalmente: la ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa; aunque en ocasiones la ineptitud puede deberse a la pérdida de un requisito profesional o a su ausencia cuando este es exigido. Ahora bien, también se contemplan en la ineptitud las situaciones en las que por razones físicas, psicológicas o sensoriales, el trabajador no puede desempeñar las funciones del puesto pero a su vez, no dispone de una declaración de incapacidad permanente, ya que tal situación nos reconduciría a la «solución» extintiva del artículo 49.1 e) TRLET (LA LEY 16117/2015) (69) . Otra figura que podría en ocasiones solaparse con la ineptitud son los supuestos de especial sensibilidad del artículo 25.1 LPRL (LA LEY 3838/1995) en los que el trabajador, no se encuentra capacitado para el desempeño de la actividad en base a su estado biológico (70) , pero no cuenta con el reconocimiento de persona con discapacidad. Concluyendo, tanto la ineptitud como la especial

sensibilidad por «estado biológico» se aproximan conceptualmente a la discapacidad y recuerdan que las adaptaciones funcionales o de otra índole pueden contribuir a superar estas situaciones, especialmente cuando tengan carácter transitorio.

VII. La Directiva 78/2000 del Consejo y las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la construcción de un concepto flexible de discapacidad

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abierto un nuevo flanco en la construcción de un concepto flexible de discapacidad en base a diversos pronunciamientos que han abordado la difusa cuestión de la transición de la enfermedad a la discapacidad y, lo que es más importante, hasta qué punto las enfermedades prolongadas en el tiempo pueden ser asimiladas a discapacidad. Ciertamente, buena parte de las situaciones de discapacidad provienen de enfermedades cuyas secuelas acaban siendo objetivadas en cualquiera de los procedimientos que en nuestro ordenamiento conducen a una declaración de discapacidad: tanto el previsto en el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), como el regulado mediante el RD 1300/1995 (LA LEY 3077/1995) para la declaración en incapacidad permanente.

Ahora bien, la jurisprudencia del TJUE no surge de la necesidad de otorgar una mayor protección económica a las personas afectadas de enfermedades prolongadas. Antes al contrario, las cuestiones prejudiciales van a surgir ante la alarma generada por algunas respuestas —o no respuestas, según se mire— del derecho nacional a la protección del derecho al trabajo de personas afectadas por enfermedades, de cierta gravedad y duración, pero que no cuentan todavía con la condición de persona con discapacidad.

En este sentido, la «flexibilidad» que nuestro ordenamiento concede a los despidos de trabajadores enfermos, generalmente en situación de incapacidad temporal, ha sido uno de los detonantes de esta jurisprudencia. Más concretamente, la consideración de los despidos sin causa como improcedentes (71) , ha suscitado más de una cuestión cuando el trabajador afectado se encuentra en situación de incapacidad temporal y se deduce que la causa real de la resolución contractual no es otra que la propia enfermedad. A las consideraciones de justicia material (72) se han unido las dudas a propósito de si las decisiones empresariales no están guiadas por un ánimo discriminatorio basado en la enfermedad, situación que se ha pretendido asimilar a la discapacidad en base a la proximidad entre la una y la otra, y a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador enfermo. Otro tanto se podría decir de la normativa danesa, que se distingue por otorgar al empresario amplias facultades resolutorias en caso de trabajadores enfermos que alcancen y superen los ciento veinte días de ausencia por enfermedad dentro del plazo de doce meses.

En este sentido, las cuestiones prejudiciales que han suscitado los pronunciamientos del Tribunal europeo han indagado a propósito de si la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre (LA LEY 10544/2000), de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación puede dar lugar a una protección a la estabilidad en el empleo de trabajadores afectados de enfermedades prolongadas. El artículo 1 de la Directiva 2000/78/CE (LA LEY 10544/2000) contempla a la discapacidad entre las cláusulas de discriminación, a la vez que presta una atención particular a los ajustes razonables recogidos en su artículo 5 (LA LEY 10544/2000) (73) . Al no disponer la Directiva de un concepto específico de persona con discapacidad, en el primer pronunciamiento del TJUE, la sentencia de 11 de julio de 2006, C-13/05 (LA LEY 3/2007) (asunto Chacón Navas) la Corte Europea optó por construir un concepto de discapacidad «en negativo», y no llevar a cabo la asimilación de la enfermedad prolongada a la discapacidad, lo que habría permitido otorgar a la demandante la protección contra el despido discriminatorio previsto en el artículo 3.1 c de la Directiva (LA LEY 10544/2000) (74) . Asimismo, la sentencia optó por entender que la enfermedad no era un motivo o causa de discriminación que viniese a añadirse a lo previsto en la

Directiva, todo ello a partir de una clásica interpretación literal de la norma.

Ahora bien, la ratificación de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 por parte de la Unión Europea mediante Decisión de 26 de noviembre de 2009, ha comportado un giro de ciento ochenta grados en la materia (75) . A este respecto, la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 (LA LEY 23506/2013) (C-335/11 y C-337/11) (76) , asunto Ring concluye, en base a una interpretación sistemática de la Directiva y la Convención (77) (apartado 41) que «si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación (...) que puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78 (LA LEY 10544/2000)». Por lo tanto, el Tribunal concluye que la enfermedad del trabajador permite asimilarlo a persona con discapacidad a los efectos de la protección antidiscriminatoria prevista en la Directiva. Para ello, se subraya la necesidad de que la alternación de la salud sea de «larga duración», sin perjuicio que el trabajador enfermo pueda trabajar a tiempo parcial , y sin perjuicio también de que en el caso concreto, el empleador haya o no de aplicar medidas de ajuste a la enfermedad (apartado 42).

En fin, dentro de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, destaca sin duda alguna la sentencia de 1 de diciembre de 2016 (C-395/15) (LA LEY 169927/2016), asunto Daoudi, en el que el TJUE, bajo cuestión prejudicial del Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona, analiza un supuesto de despido no causal de un trabajador en situación de incapacidad temporal, teniendo la incapacidad temporal su origen en un accidente de trabajo y considerando que en el momento del despido, el trabajador apenas llevaba dos meses en situación de incapacidad temporal. En su sentencia, el Tribunal profundiza en las inseguras relaciones entre enfermedad y discapacidad, remarcando algunos aspectos de relevancia. En primer lugar, el hecho de que el interesado se encuentre en situación de incapacidad temporal no significa que la situación haya de ser «duradera» y, por lo tanto, asimilable a la incapacidad permanente. Ahora bien, más allá de este matiz, de sentido común (78) , añade la sentencia que cabría asimilar la enfermedad a la discapacidad cuando «la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona» (79) . Por lo tanto, la resolución del TJUE viene a sugerir una suerte de presunción en favor del carácter duradero de la enfermedad, salvo que de las circunstancias se deduzca lo contrario (80) . Sin duda, se trata de una lectura que va a facilitar la protección de los despidos de trabajadores en situación de incapacidad temporal, pero deja abierta la necesidad de límites más concretos.

El análisis de toda esta problemática, de especial relevancia en el caso español, exige reflexionar a propósito de si el derecho interno podría otorgar una mayor protección al empleo de las personas con enfermedades duraderas que no hayan obtenido todavía la consideración de persona con discapacidad, sobre todo, considerando que la jurisdicción social no acaba de ponerse en sintonía con el TJUE (81) . De este modo, una primera posibilidad podría consistir en una especial protección del empleo de las personas en situación de incapacidad temporal, retomando con matices el planteamiento del viejo artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores anterior a la reforma de 1994 y previendo la nulidad de los despidos a trabajadores en situación de incapacidad temporal para el caso en que no se acreditase la procedencia del mismo. Ahora bien, posiblemente sea más racional la asimilación a discapacidad de las situaciones de incapacidad temporal, que se prolonguen más allá de un determinado plazo, lo que nos abocaría a la existencia de un concepto «estable» de persona con discapacidad y una suerte de «discapacidad provisional», para supuestos específicos (82) . En este sentido, podrían ser de especial interés las soluciones aportadas por el Derecho británico que tienden a asimilar a la discapacidad, aquellas situaciones de enfermedad que tengan la probabilidad de

prolongarse en el tiempo (83) . Por lo demás, la filosofía del artículo 64.2 LGDPD (LA LEY 19305/2013) debería coadyuvar a la puesta en marcha de respuestas legales a la jurisprudencia del TJUE, teniendo en cuenta dicho precepto subraya el derecho a la protección antidiscriminatoria de las personas que todavía no cuentan con la consideración de persona con discapacidad, por —entre otras—, la transitoriedad de su situación.

En todo caso, la jurisprudencia del TJUE ha subrayado que la enfermedad ha de ser discapacitante y de duración previsiblemente significativa. Por lo tanto, la discriminación de trabajadores por causa de enfermedad no discapacitante, habría de combatirse por otras vías, más relacionadas con el atentando directo a su dignidad personal (art. 10 CE (LA LEY 2500/1978)) y a una discriminación centrada en su «condición social» de enfermos (84) (art. 14 CE (LA LEY 2500/1978)).

Asimismo, la protección antidiscriminatoria de aquellas personas que estén afectadas por una discapacidad consolidada pero que no hayan pasado por los proceso de evaluación formal de discapacidad, quedarían fuera del alcance de la jurisprudencia Europa y podría vehicularse a través de su directa asimilación a personas con discapacidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 64.2 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) (85) .

VIII. Consideraciones finales

Respecto al concepto general de persona con discapacidad, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) ha llevado a cabo una refundición de los conceptos de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) y la LISMI (LA LEY 886/1982), planteamiento en el que se constata un mayor peso de la perspectiva social, muestra de la clara influencia de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sin embargo, las inercias siguen pesando notablemente ya que el contenido médico es clave en los procedimientos de valoración de la discapacidad.

Más allá del mantenimiento del concepto básico de discapacidad mediante baremo (RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000)), la asimilación de las personas declaradas en incapacidad permanente al concepto general de discapacidad constituye una operación ambivalente. De una parte, se trata de una opción que simplifica la gestión de la discapacidad y permite evitar un doble trámite al administrado. Ahora bien, ello no evita la presencia de una escasa discapacidad en algunas personas afectadas de incapacidad permanente total, una circunstancia que llevó al Tribunal Supremo a frenar la expansión del concepto amplio de discapacidad previsto en la LIONDAU (LA LEY 1828/2003). Por lo demás, la pervivencia de las diferencias entre los criterios técnicos de determinación de la discapacidad del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000) y de la incapacidad permanente, dificultan esta asimilación.

Desde un punto de vista estrictamente laboral, cabe concluir que el concepto general de persona con discapacidad del artículo 4 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) es el aplicable en el ámbito de la normativa laboral, preventiva y de empleo. Ahora bien, junto a ese concepto básico se ha consolidado un concepto de discapacidad severa, ideado para atender las necesidades de las personas afectadas por especiales dificultades. Dicho concepto permite un uso más racional de los recursos disponibles, sobre todo de los beneficios en materia de Seguridad Social, pero urge tenerlo en consideración en dos ámbitos clave: la reserva de empleo para personas con discapacidad y el trabajo en Centros Especiales de Empleo.

Finalmente, los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea exigen una respuesta de nuestro ordenamiento jurídico a la discriminación padecida por los trabajadores afectados por enfermedades de duración apreciable, mediante la ampliación del concepto de discapacidad, todo lo cual estaría en sintonía con el planteamiento del artículo 64 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013).

(1) Con la CIF se pasa de un sistema de medida de consecuencias de las enfermedades a un sistema de clasificación de

"Componentes de salud" Organización Mundial de la Salud: *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*, OMS, Ginebra, 2001, pág. 6. La CIF se fundamenta en un esquema de mayor complejidad y precisión, basado en dos partes, divididas a su vez en dos Componentes:

Parte I. Funcionamiento y discapacidad

a) Funciones y estructuras corporales

b) Actividades y participación.

Parte II Factores contextuales

a) Factores ambientales

b) Factores personales.

A este respecto, PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Thomson Reuters/Lex Nova, Valladolid 2015, pág. 108, remarca que la CIF no constituye la desaparición del planteamiento secuencial a tres niveles de la CIDDM.

- (2) GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "El concepto jurídico laboral de discapacitado", en VALDÉS DAL-RÉ, F (Director) y LAHERA FORTEZA, J. (Coordinador): *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pág. 35 resalta el interés de este documento a la hora de introducir un "componente de precisión y con ello de seguridad jurídica a la hora de definir el ámbito subjetivo de las distintas normas atinentes a la discapacidad".
- (3) En concreto, la LGDPD (LA LEY 19305/2013) (art. 4.1 (LA LEY 19305/2013)) menciona a las "deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes".
- (4) NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral de las personas con discapacidad: régimen jurídico*, Escuela Libre Editorial, Madrid, pág. 83, apuntaba cómo, efectivamente, antes de las reformas operadas a partir del año 2006, cabía hablar en derecho español de una dimensión individual, la de la discapacidad, y una dimensión colectiva o social encarnada en el concepto minusvalía, que expresaba "la pérdida o limitaciones de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás".
- (5) En este sentido, más allá de que actualmente haya sido desterrada de nuestro ordenamiento jurídico, la noción de minusvalía había sido criticada hace ya mucho tiempo por parte de CASADO, D.: *Panorámica de la discapacidad*, Intress, Barcelona, 1991, pág. 61 por no expresar adecuadamente la perspectiva social de las consecuencias de las deficiencias del sujeto.
- (6) Diversos autores han llamado la atención a propósito de lo poco afortunado de la noción constitucional. Entre otros: NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral...*, ob. cit., pág. 84 y PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, ob. cit., pág. 151.
- (7) Pueden verse mis reflexiones al respecto en ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, Ibídem, Madrid 1998, pág. 41.
- (8) La pluralidad de normas básicas en materia de discapacidad nunca se justificó adecuadamente. De alguna manera esta circunstancia se explica porque a la norma "clásica", con un planteamiento médico de la discapacidad, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LA LEY 886/1982) (LISMI), se le añadieron normas de discapacidad de segunda generación, con un claro planteamiento social, como fue el caso, fundamentalmente de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (LA LEY 1828/2003), de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal (LIONDAU (LA LEY 1828/2003)), que añadía materias y contenidos nuevos, a los clásicos de la LISMI (LA LEY 886/1982). Ahora bien, seguramente habría sido más razonable abordar una nueva ley general en 2003, tarea que no se acometió y que dio lugar a la disfunción de disponer de dos textos generales —tres contando el texto citado en la nota que sigue— de regulación de la discapacidad. La tercera referencia legislativa integrante de dicha "trinidad" era la Ley 49/2007, de 26 de diciembre (LA LEY 12966/2007), por el que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En realidad, y por tratarse de una disposición reguladora del régimen sancionatorio, era el pariente pobre de dicha trinidad.
- (9) Se trata de la posibilidad de que las Cortes Generales delegen en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias concretas. En lo que concierne al proceso de refundición, puede consultarse una lectura crítica en ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Puntos clave en perspectiva laboral del nuevo texto refundido de Ley de Derechos de las Personas con

Discapacidad", en *Temas Laborales*, núm 127, 2014, págs. 47 y siguientes. Para una perspectiva global del proceso de elaboración del texto pueden consultarse las páginas 47 a 65. De particular interés es el apartado referido a la oportunidad y a la necesidad de la refundición (páginas 53 a 61).

- (10) En este sentido, se trataba de una refundición con la finalidad de para regularizar, aclarar y armonizar los textos refundidos, de conformidad con lo previsto en el artículo 85.2 de nuestra Carta Magna (LA LEY 2500/1978).
- (11) El artículo 7 de la LISMI (LA LEY 886/1982) partía de que son personas con discapacidad aquellas "cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas o sensoriales". En general, los desarrollos reglamentarios de la Ley fijaban la discapacidad en un 33 por 100 fundamentado en baremo.
- (12) La ratificación de la Convención se produce mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007, que dispuso la entrada en vigor el 3 de mayo de 2008 y comporta una ingente tarea de adaptación de nuestro ordenamiento a la misma, escasamente abordada todavía. Para una visión rápida, pero ilustrativa, del cambio de paradigma, puede verse: ROIG, R.: "La Convención de la ONU como fuente de un nuevo Derecho de la Discapacidad", en PÉREZ BUENO, L.C. (Director) y SASTRE, A. (Editora): *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, págs. 307 a 318.
- (13) En este ámbito —también en otros—, la Convención Internacional es un texto imbatible a la hora de conceptualizar la discapacidad. Para una perspectiva internacional sobre el concepto de discapacidad puede verse en general GARCÍA QUIÑONES, J.C.: "El concepto jurídico laboral de discapacitado", ob. cit.
- (14) Como apunta PALACIOS, A.: "La progresiva recepción del modelo social de la discapacidad en la legislación española", en PÉREZ BUENO, L.C. (Director) y SASTRE, A. (Editora): *Hacia un derecho de la discapacidad*, Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, 146, "La discapacidad no es la concurrencia de limitaciones individuales, sino más bien las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social".
- (15) Nótese que la referencia a las personas afectadas por discapacidad mental no aparece en propiedad hasta la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) (2003) pero está ausente de la LISMI (LA LEY 886/1982). A decir verdad, la LISMI se refería en su artículo 7 (LA LEY 886/1982) a la discapacidad psíquica pero en la práctica, bajo esta denominación se contemplaba y se acompañaba mucho más a las personas con discapacidad intelectual que a las personas con trastorno o enfermedad mental, un colectivo intensamente estigmatizado y excluido hasta hace bien poco de ciertas políticas, como las laborales.
- (16) Cabía entender que la Ley efectuaba una remisión tácita al desarrollo reglamentario, cuestión criticada por PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, ob. cit., pág. 154, al señalar que "El primer gran problema que planteaba la definición del artículo 7 de la LISMI (LA LEY 886/1982) era la omisión de toda referencia al grado exigible para entender producida la circunstancia que meritaba la protección específica". AZNAR LÓPEZ, M., AZÚA BERRA, P. y NIÑO RÁEZ, E.: *Integración social de los minusválidos. Comenarios a la Ley 13/1982, de 7 de abril (LA LEY 886/1982)*, INSERSO, Madrid, 1982, pág. 47, de modo más indulgente señalaban no obstante que la falta de grado podía generar algunas incertidumbres.
- (17) AZNAR LÓPEZ, M., AZÚA BERRA, P. y NIÑO RÁEZ, E.: *Integración social de los minusválidos...*, ob. cit., pág. 43, recuerdan los riesgos de "etiquetar" a las personas con discapacidad mediante valoraciones, razón por la cual algunas personas optan por no pasar dichos reconocimientos.
- (18) De acuerdo con el artículo 63 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, definidas en el artículo 4.1 (LA LEY 19305/2013) cuando, por motivo de o por razón de discapacidad se produzcan discriminaciones directas o indirectas, discriminación por asociación, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.
- (19) Nótese que la Ley efectúa una diferencia entre los equipos de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad y los equipos multiprofesionales de atención a la discapacidad en cada ámbito sectorial (art. 12.1 LGDPD (LA LEY 19305/2013)).

- (20)** Aunque el instrumento de interés se encuentra en el Anexo I ya que el Anexo II se dedica a un breve baremo para determinar la existencia de dificultades en la utilización del Transporte Público.
- (21)** Entrando en detalle, los capítulos se dedican a las siguientes materias: 2) Sistema musculoesquelético; 3) Sistema nervioso; 4) Aparato respiratorio; 5) Sistema cardiovascular; 6) Sistema hematopoyético; 7) Aparato digestivo; 8) Aparato genitourinario; 9) Sistema endocrino; 10) Piel y anejos; 11) Neoplasias; 12) Aparato visual; 13) Oído, garganta y estructuras relacionadas; 14) Lenguaje; 15) Retraso mental y 16) Enfermedad mental.
- (22)** Señala la sentencia del Tribunal Supremo citada en texto principal que "(...) el sistema correcto de cómputo de las dolencias o enfermedades crónicas a efectos de la valoración de la discapacidad no consiste en la suma de los porcentajes de las distintas dolencias, operación efectuada por error en la sentencia recurrida, sino en la combinación de los mismos de acuerdo con la tabla de valores combinados del Anexo I del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000). Así lo ordena su art. 5 : "Se combinarán los porcentajes obtenidos por deficiencias de distintos aparatos o sistemas, salvo que se especifique lo contrario", precepto que cita el recurso de la entidad recurrente. En el caso, se trataba de evaluar el menoscabo.
- (23)** ALONSO GARCÍA, B.: *El régimen jurídico de la protección de la protección social del minusválido*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 82, apunta a que estos factores permiten obtener "una visión globalizada de del sujeto, en la que se ponen de manifiesto las desventajas que le suponen en relación con el medio social en el que se desenvuelve".
- (24)** Puede ser ilustrativa la identificación de los contenidos del Baremo de factores sociales complementarios. En este sentido, entrando en más detalle que el señalado en texto principal, se cuenta con los siguientes factores el 1) Factor Familiar, en el que se señala entre otras, la circunstancia de "ausencia de miembros responsables en la unidad familiar", 2) Factor Económico, en el que se tiene en cuenta la precariedad de ingresos en el hogar de la persona objeto de calificación; 3) Factor Laboral, en el que se contemplan, entre otras, las situaciones de desempleo y subempleo; 4) Factor Cultural, en el que se tienen en consideración la situación formativa y cultural de la persona y, en fin, el denominado 5) Factor Entorno, en el que se reflejan un conjunto variopinto de circunstancias, entre las que se cuentan dificultades en vivienda y/o en materia de barreras arquitectónicas y/o de comunicación.
- (25)** El artículo 5.5 del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), establece cómo "A los efectos de garantizar la uniformidad en los criterios de aplicación de los baremos en todo el territorio del Estado, se creará una Comisión Estatal, integrada por representantes del Ministerio de Sanidad y Política Social y de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las funciones en materia de valoración de situaciones de discapacidad y calificación de su grado". Todo ello sin perjuicio de que como se explica en el texto principal, los criterios de carácter más general aparecen reflejados en el capítulo I del Anexo 1 A).
- (26)** A estos efectos, el primer capítulo del Baremo I A) establece a) un total indicativo de cinco grados de discapacidad, b) se identifica además el concepto de actividades de la vida diaria —un total de diez actividades—y, en fin, c) se establece una clasificación de las deficiencias en cinco clases o grupos, partiendo del grado de discapacidad que generan.
- (27)** En épocas en que la competencia no estaba tan determinada, algunas salas de lo Social habían declarado su falta de competencias para abordar la evaluación de la discapacidad en materia de prestaciones no contributivas de Seguridad Social, opción que fue enmendada por la Sala de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo mediante Auto de 22 de junio de 1999 (Conflicto de Competencia: 64/1998-C), en el sentido de que no puede deslindarse la evaluación de la discapacidad —endosándose a la jurisdicción contencioso-administrativa—, de solicitudes de pensiones no contributivas de invalidez. En el mismo sentido se habían pronunciado la sentencia de la sala de lo Social de Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 1996 (R. núm. 2138/1995 (LA LEY 3569/1996)). Sobre esta materia pueden consultarse también las atinadas reflexiones de NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral*, ob. cit., págs. 190 a 193.
- (28)** A este respecto, tendremos oportunidad de comentar cómo el último párrafo del artículo 1.2 de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) contempló la asimilación a persona con discapacidad de todas las personas declaradas en situación de incapacidad permanente en grado de total o superior. Sin embargo, de la propia redacción del artículo no quedaba claro si la asimilación era aplicable únicamente en los ámbitos regulados en la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) o bien tenía un alcance general, lo que podía alcanzar a las materias objeto de regulación en el texto de la LISMI (LA LEY 886/1982).

- (29)** Este al menos era uno de los grandes argumentos de la reforma. Al respecto, la exposición de motivos de la Ley 24/1997 (LA LEY 2592/1997) señalaba que la nueva incapacidad permanente mejoraría la seguridad jurídica de los interesados al superar un modelo de determinación casuística de la incapacidad permanente.
- (30)** La reforma operada mediante la Ley 24/1997 (LA LEY 2592/1997) pretendía la implantación de un sistema de determinación de la incapacidad permanente fundamentado en un baremo o lista de enfermedades siguiendo una lógica similar al del RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000). En este sentido, la incapacidad permanente se determinaría en base a una combinación de la aplicación del baremo o lista de enfermedades y la consideración de la actividad profesional desempeñada por el beneficiario. La previsión era aprobar la lista de enfermedades en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley (art. 7 Dos Ley 24/1997 (LA LEY 2592/1997)), pero dicha circunstancia no se ha producido a pesar del tiempo transcurrido. Asimismo, la falta de desarrollo reglamentario también ha dejado en hibernación el nuevo concepto de incapacidad permanente dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 194.2 LGSS (LA LEY 16531/2015) la calificación de la incapacidad permanente en cada uno de los grados se determinaría en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo a establecer por reglamento.
- (31)** La disposición transitoria vigesimosexta mantiene en vigencia transitoria "eternizada" los grados de incapacidad permanente en su tradicional diseño legal: el del artículo 137 del Texto Refundido de la LGSS de 1994 (LA LEY 2305/1994), anterior a la reforma de la Ley 24/1997 (LA LEY 2592/1997). Dicho concepto se fundamenta en la afectación de las disminuciones anatómicas o funcionales que afecten al trabajador puestas en relación con las funciones integrantes de la profesión habitual, salvo en el caso de la incapacidad permanente absoluta en la que la incapacidad se definiría como la que "inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio".
- (32)** De todos modos, en la práctica se señala cómo el INSS utiliza guía para determinar la incapacidad permanente. Así lo señala RODRÍGUEZ RUIZ, E.: *Discapacidad y sus efectos en el ámbito jurídico laboral*, Madrid, Tesis Doctoral inédita, Universidad Autónoma de Madrid, 2015, quien apunta en sus páginas 255 y siguientes cómo el INSS utiliza habitualmente guías de valoración profesional con información relativa a las "diferentes clasificaciones y otras fuentes de información laboral relativa a las competencias y tareas de cada ocupación, así como los requerimientos teóricos o cualidades psicofísicas que debe poseer un trabajador para realizar una profesión determinada".
- (33)** Lo que como es sabido no incluye a la incapacidad permanente parcial ya que, a pesar de que su definición legal se remite a un "porcentaje" de disminución del 33 por 100 de su capacidad en el desempeño de las funciones de su profesión habitual (art. 137 LGSS 1994 (LA LEY 2305/1994)), lo cierto es que formalment nunca se ha aplicado baremo alguno para evaluar dicho grado de incapacidad, sin perjuicio de lo señalado en la anterior nota.
- (34)** Más allá de lo que se señalará en la nota posterior, la noción de profesión habitual ha sido objeto de clarificación por parte de la doctrina judicial y la jurisprudencia. De un lado, clarificando que la profesión habitual no es igual a un puesto de trabajo, como acertadamente señala la STSJ de la Rioja de 15 de febrero de 2017 (rec. 43/2017) (LA LEY 12822/2017), que apunta a que "De dicha prescripción normativa se desprende que uno de los elementos que determinan la situación de Incapacidad Permanente Total es el de la inhabilitación para el ejercicio de las tareas propias de la profesión habitual, lo que no equivale a las concretas labores que desempeña la trabajadora normalmente pues, según determina el Tribunal Supremo, por "profesión habitual" no debe entenderse la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y al que la empresa le haya destinado o pueda destinarle". De otro, en el caso de la enfermedad habitual, identificando la profesión habitual, teniendo en cuenta que se tratará de aquella a la que se haya dedicado durante el año anterior, lo que resulta problemático en el caso de cambios profesionales en momentos próximos a la situación de IP: STS de 9 de diciembre de 2002.
- (35)** La reforma inconclusa de 1997 genera un segundo debate y es el de determinar hasta qué punto la referencia profesional ha basculado desde la profesión habitual hasta el grupo profesional. Todo ello deriva de que el "nuevo" artículo 194.2 LGSS (LA LEY 16531/2015) señala que "A efectos de la determinación del grado de incapacidad se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional en el que aquella estaba encuadrada". A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STSJ de 28 de febrero de 2005 [rec. 1591/2004] (LA LEY 1676/2005)) se inclina por utilizar una noción más restrictiva —la de la profesión habitual— que la noción expansiva del grupo profesional. Para ello el Tribunal Supremo maneja dos argumentos. El primero defendería la no aplicación de la noción grupo profesional ya que el artículo que la recoge (art. 194 (LA LEY 16531/2015)) no ha entrado todavía en vigor, ya que mantiene vigencia transitoria la antigua legislación. Además, el Tribunal Supremo subraya que tener en cuenta clasificaciones profesionales fundamentadas en grupos con un amplio abanico de profesiones o especialidades

profesionales, podría dificultar hasta el extremo el acceso a la incapacidad permanente. Por lo demás, puede verse una interesante reflexión, de primer hora, respecto a la irrupción de los grupos en la incapacidad permanente en: NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral...* ob. cit., págs 151 a 156.

- (36)** Concretamente, señala el artículo 194 LGSS (LA LEY 16531/2015) que "Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Se trata de una noción compleja en su definición práctica, como pone de relieve NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral...*, ob. cit., págs.163 a 168. En todo caso, a fin de evitar posiciones muy restrictivas a la hora de conceder dicho grado, la jurisprudencia ha señalado que deberá concederse cuando el trabajador no pueda llevar a cabo otras profesiones" con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia" (STS de 21 de enero de 1988. Sin embargo, la jurisprudencia posterior, que defiende el trabajo no residual de las personas declaradas en situación de incapacidad permanente absoluta, complica la comprensión conceptual de la incapacidad absoluta. Muestra de todo ello la tenemos en la STS de 30 de enero de 2008 (rec. 480/2007) (LA LEY 39199/2008), que por lo demás, se fundamenta en la la holgura con la que la LGSS otorga posibilidades laborales a las personas con incapacidad permanente absoluta (art. 198.2 (LA LEY 16531/2015)). Recuérdese que la Ley asume que estos pensionistas podrán desempeñar actividades "compatibles con el estado del incapacitado y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión".
- (37)** Ello tiene pleno sentido dado el carácter más bien leve de ese grado de incapacidad. A lo anterior se añade la circunstancia de que las personas declaradas en situación de incapacidad permanente parcial tienen el derecho al mantenimiento del vínculo laboral, en atención a que el artículo 49 TRLET (LA LEY 16117/2015) no la menciona como causa de extinción del contrato de trabajo, más allá de las vías extintivas que pueda dejar abierto el artículo 52 a] TRLET (LA LEY 16117/2015) por la vía de la ineptitud sobrevenida.
- (38)** El último inciso del primer párrafo del artículo 193.1 LGSS (LA LEY 16531/2015) señala que no obstará a la declaración en incapacidad permanente "la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del incapacitado, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo".
- (39)** No obstante, la perspectiva desde la que observemos el proceso de determinación de la discapacidad nos puede llevar a conclusiones diferentes. A este respecto, como ha apuntado NÚÑEZ GONZÁLEZ, C.: *La integración laboral...* ob. cit. pág. 131, en la incapacidad permanente lo que se evalúa es la disminución de ingresos, mientras que, en la minusvalía, por contra "lo que se evalúa inicialmente es la consecuencia, la constatación efectiva no de la disminución, sino de la dificultad o defectos para obtener rentas como consecuencia de la imposibilidad de integrarse en un puesto de trabajo".
- (40)** AZNAR LÓPEZ, M., AZÚA BERRA, P. y NIÑO RÁEZ, E.: *Integración social de los minusválidos*, ob. cit., pág. 46 subrayaban esta problemática en el entorno de los seguros sociales, si bien se ha mantenido de algún modo en la Seguridad Social. Recuérdese que el tratamiento —más desde el punto de vista administrativo que desde el punto de vista legal—, otorgado a las deficiencias congénitas es otra de las diferencias sustanciales entre la incapacidad permanente y el concepto general o básico de discapacidad del artículo 4 LGDPD (LA LEY 19305/2013). A este respecto, el INSS ha mantenido tradicionalmente una visión muy restrictiva hacia las personas afectadas por discapacidad desde su infancia —casos de síndrome de Down o poliomielitis, por poner dos ejemplos—, y que tras haber trabajado solicitan pensión de incapacidad permanente. Lo cierto es que la práctica administrativa restrictiva no ha sido frenada por la advertencia legal del segundo párrafo del artículo 193.1 LGSS (LA LEY 16531/2015), que subraya cómo las reducciones anatómicas o funcionales que el sujeto presente antes de la afiliación "no impidan la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando (...) tales reducciones se hayan agravado provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación", una reforma introducida mediante la Ley 35/2002 (LA LEY 1104/2002), que consolidaba la jurisprudencia existente, tal como señala TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico de las pensiones de incapacidad permanente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 29. De ahí la aparición de dos regímenes especiales de anticipación de la edad de jubilación para personas con discapacidad, previstos en el artículo 206.2 LGSS (LA LEY 16531/2015).
- (41)** Como muestra de la postura favorable a la aplicación generalizada del concepto amplio de persona con discapacidad de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) tenemos las sentencias del TSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2006 (rec. 641/2006) (LA LEY 199417/2006) y del TSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (rec. 145/2006) (LA LEY 209335/2006). Una perspectiva contraria la tenemos, entre otras, en las sentencias del TSJ de Navarra de 19 de abril de 2006 (rec. 26/2006) (LA LEY 46366/2006) y del TSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de julio de 2007 (rec. 1239/2007) (LA LEY 153130/2007).

- (42) El tercer párrafo del artículo 1.2 de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) establecía que "Ello no obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad".
- (43) En este sentido, el alcance del carácter supletorio de la norma tampoco estaba del todo claro, ya que el último párrafo del artículo 3 de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) establecía que "La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación". Como apuntaba ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de las prestaciones de incapacidad permanente por razón del artículo 1.2 de la Ley 51/2003 (LA LEY 1828/2003)", *Aranzadi Social* núm. 3, 2008, versión electrónica consultada a través de Aranzadi Bibliotecas (BIB 2007/766), pág. 7, dicho artículo adolecía de una gran ambigüedad porque o bien esas materias debían regirse por la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) o ser supletoria, lo que el redactado de la Ley aclaraba.
- (44) En este sentido, defendía el Tribunal que la expresión "En todo caso" presente en la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) no debía dar lugar a una aplicación generalizada del concepto amplio de persona con discapacidad sino que, dicha noción sería aplicable únicamente a las materias recogidas en la Ley, para lo cual en su fundamento jurídico segundo el Tribunal Supremo recopila los esfuerzos sistematizadores llevados a cabo por la doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia a fin de identificar qué era contenido LISMI (LA LEY 886/1982) y qué era contenido LIONDAU (LA LEY 1828/2003).
- (45) Subraya el alto Tribunal en su fundamento jurídico tercero que "La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia". Para un comentario coincidente con el enfoque de la sentencia puede verse ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: "De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica...", ob. cit. Por su parte, ALONSO GARCÍA, B.: *El régimen jurídico de la protección...*, ob. cit., pág. 63, criticaba también el error de "homologar automáticamente, sin aplicación de baremos alguno, situaciones de invalidez a minusvalía".
- (46) PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, ob. cit., pág. 163 y 164 pone de relieve estas consideraciones. De todos modos, no parece muy claro que en el nivel político las Comunidades Autónomas estuviesen de acuerdo con esta reducción de volumen de actividad evaluadora. Por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2006 refleja los argumentos de la Junta de Extremadura contrarios a esta equiparación, precisamente, por constituir una suerte de alternación en la distribución de competencias "de facto". Una muestra "histórica" de la emergencia de recelos autonómicos la tenemos en el hecho de que, al asumir las CCAA la gestión de las evaluaciones de discapacidad, dejó de aplicarse un viejo criterio según el cual, los equipos de valoración equiparaban a persona con discapacidad a las personas en situación de incapacidad permanente en grado de total. El criterio se encuentra mencionado en la STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (LA LEY 209335/2006) (cit.) en la que se recuerda que, "en un primer período y según recoge la sentencia de 19 de octubre de 1998, de esta misma Sala, el criterio aplicado por el Instituto Nacional de Servicios Sociales fue el de equiparar dicho grado de incapacidad a un porcentaje de minusvalía del 33%, si bien posteriormente se produjo un cambio de criterio como consecuencia de la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, que se generalizó a partir de la aprobación del Real Decreto 1971/1999 (LA LEY 365/2000)".
- (47) Desde una perspectiva global no es tan fácil defender dicha postura teniendo en cuenta que la incapacidad permanente total va a ser en muchos casos el detonante de la extinción del contrato (art. 49 TRLET (LA LEY 16117/2015)) y, por ende, de la pérdida de rentas salariales para el sujeto, mientras que la cuantía de la pensión no va a substituir el salario dejado de percibir.
- (48) Este es el caso, respectivamente, de las sentencias citadas del TSJ de Extremadura de 21 de diciembre de 2006 (LA LEY 199417/2006); TSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (LA LEY 209335/2006) y, en fin, STSJ de Navarra de 19 de abril de 2006 (LA LEY 46366/2006). Este último caso es particularmente remarcable, y pone en cuestión mis matizadas reflexiones del texto principal porque se trata de una persona declarada en situación de incapacidad permanente absoluta que en la evaluación llevada a cabo por la Administración autonómica no supera un porcentaje del 15 por 100.

- (49) Ese es el criterio que publica en su web el Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias de la Generalitat de Cataluña. <http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/Reconeixement-del-grau-de-discapacitat> (consultado el 15 de septiembre de 2017).
- (50) A este respecto, la STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006 (LA LEY 209335/2006) (cit), señalaba que "Otra cuestión, que está en la base del presente litigio, es la forma de acreditar el grado de minusvalía en los supuestos de asimilación legal (...) En defecto de previsión expresa y en una primera aproximación al problema, pudiera entenderse que para acreditar en tal caso la discapacidad sería suficiente con aportar a la persona o la entidad ante las que se quisiera hacer valer dicho grado de minusvalía, la certificación de la firmeza de la resolución administrativa o judicial que declare la incapacidad permanente total".
- (51) A título de ejemplo, se mencionarán algunos supuestos concretos. Así, la denominada tarjeta de persona con discapacidad se regula en Cataluña mediante la Orden BSF/43/2012, de 27 de febrero (LA LEY 3584/2012). Por razón de la fecha de aprobación no se prevé su expendición a pensionistas de incapacidad permanente pero sí existe una práctica administrativa en este sentido, tal como se informa en la página web del Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias: <http://treballiaferssocials.gencat.cat/ca/tramits/tramits-temes/Targeta-acreditativa-de-la-discapacitat?category=7614d1e8-a82c-11e3-a972-000c29052e2c> (consultado el 15 de septiembre de 2017). En el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la Orden FAM/110/2017, de 15 de febrero (LA LEY 2835/2017), de modificación de la Orden FAM/859/2010, de 11 de junio (LA LEY 12825/2010), reguladora de la tarjeta acreditativa del grado de discapacidad prevé su expendición a personas en situación de incapacidad permanente total o en grado superior.
- (52) La disposición adicional sexta de la Ley 24/2001 (LA LEY 1785/2001) formaba parte de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003), y fue derogada tras la aprobación de la LGDPD (LA LEY 19305/2013).
- (53) En su versión inicial de 2001, más allá del grado de deficiencia básica previsto en la LISMI (LA LEY 886/1982), se exigía que dicho grado del 33 por 100 limitase también la capacidad laboral del sujeto. Eso es lo que literalmente establecía esta disposición en su versión original, al señalar que "El grado mínimo de minusvalía necesario para generar el derecho a los beneficios establecidos en las medidas de fomento del empleo en favor de los minuválidos así como para que el minusválido pueda ser contratado en prácticas o para la formación con aplicación de las peculiaridades previstas para este colectivo deberá ser igual o superior al 33 por 100, con una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje". Ahora bien, tan tímida exigencia desapareció de un plumazo dos años más tarde y sin mayor explicación. En este sentido, la última versión de la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001 (LA LEY 1785/2001), aprobada por la disposición adicional cuarta de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003), suprimió la referencia a la necesidad de que la disminución en la capacidad de trabajo fuese igual o superior al 33 por 100. Es posible que en dicha opción pesase la falta de un baremo adecuado para tal valoración.
- (54) Debe tenerse en cuenta que el RD 1368/1985, de 17 de julio (LA LEY 1879/1985), regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajan en Centros Especiales de Empleo, establece (art. 2) que podrán ser contratadas en el ámbito de la relación laboral especial las personas con discapacidad que alcancen un grado de discapacidad del 33 por 100 y que acrediten además, "una disminución en su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje ". De todos modos, en la práctica la comprobación de la disminución de la capacidad de trabajo nunca se ha llevado a cabo. Sobre este particular puede verse: ESTEBAN LEGARRETA, R.: "La relación laboral especial. Algunas cuestiones vertebradoras de su régimen jurídico", en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F. (Directores): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 55 y ss y CORDERO GORDILLO, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 306.
- (55) Entre otros, cabe señalar los artículos 4.2 c], 17.1 o bien el 20.3. Este último utiliza la expresión trabajadores disminuidos, lo que no obsta a que se asimilen a personas con discapacidad. PÉREZ PÉREZ, J.: *Contratación laboral de personas con discapacidad...*, ob. cit., pág. 152 ha llamado la atención sobre la falta de un concepto de trabajador con discapacidad en el TRLET.
- (56) Entre otros tenemos los artículos 19 octies y 21 bis 1 g].
- (57) Art. 25.1 (LA LEY 3838/1995), se refiere a las personas con discapacidad para incluirlas en la noción más general de trabajadores especialmente sensibles.

- (58)** El artículo 215 d] último párrafo de la LGSS (LA LEY 16531/2015) se refiere expresamente a las personas con un grado de discapacidad no inferior al 33 por 100 para señalar una exigencia más relajada (25 años) de carrera de cotización en el acceso a la jubilación parcial anticipada.
- (59)** Las expresiones utilizadas en texto son las que suelen utilizar las normas laborales o de empleo. Así, el RD 870/2007 (LA LEY 7666/2007) de empleo con apoyo, en su exposición de motivos utiliza la expresión "discapacidad severa". Asimismo, el RD 469/2006 (LA LEY 3842/2006), regulador de las unidades de apoyo laboral se refiere, también en la exposición de motivos a los trabajadores afectados de especiales dificultades. Eso sí, hay que ser prudente con estos términos porque de acuerdo con la clasificación orientativa realizada por el RD 1971/1999 (LA LEY 365/2000), los trabajadores de que hablamos, probablemente encajarían más en el grupo de las personas con discapacidad moderada que con los susceptibles de ser ubicados en el grupo de las personas con discapacidad grave. En este sentido, la noción de personas con discapacidad moderada serían aquellas caracterizadas en base a que "Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado".
- (60)** Téngase en cuenta que en este último caso, la disposición adicional primera del RD 870/2007 (LA LEY 7666/2007), añade un matiz particular ya que considera beneficiarios del empleo con apoyo a las personas afectadas de discapacidad auditiva no inferior al 33 por 100. La razón está en que, a pesar de tratarse de personas con discapacidad física que no siempre van a alcanzar el 65 por 100 de discapacidad, se trata de un colectivo que necesita de acompañamiento en el acceso al empleo. De este modo, observamos una cierta flexibilidad en el concepto.
- (61)** De todos modos, el ámbito de los Centros Especiales de Empleo y en virtud de lo previsto en la Ley 43/2006 (LA LEY 12450/2003), los Centros disfrutaban de una bonificación del 100 por 100 en sus cuotas a la Seguridad Social, con independencia del grado de discapacidad que les afecte. En este sentido, el Real Decreto-Ley 5/2006 (LA LEY 5937/2006) pretendió poner orden en el tema matizando el alcance de las bonificaciones en base a las dificultades de las personas a contratar, y suprimiendo la bonificación precedente del 100 por 100 pero la presión del sector volvió a imponer una bonificación del 100 por 100 por la contratación de cada trabajador, con independencia de sus circunstancias específicas lo que no parece de recibo. Una visión de este recorrido de reformas y contrarreformas en: ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ PEREZ, J.: "Los incentivos laborales a la actividad en los Centros Especiales de Empleo", en ESTEBAN LEGARRETA, R. y PÉREZ AMORÓS, F.: *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 318 a 320.
- (62)** Eso es lo que se detecta en una de las pocas sentencias recaídas en materia de apoyos en el empleo. Se trata de la sentencia del TSJ de Madrid (Contencioso-Administrativo), de 17 de abril de 2015 (R. núm. 985/2014) (LA LEY 53230/2015), dictada en un entorno de empleo público, en la que se reconoce el derecho de una profesora de escuela oficial de idiomas con discapacidad visual del 83 por 100, a contar con un profesor de apoyo a tiempo parcial.
- (63)** Téngase en cuenta que a partir del 65 por 100, todas las personas con discapacidad tendrán la consideración de personas con discapacidad severa. Ahora bien, entre el 33 por 100 y el 64 por 100 solo tendrán esta consideración las personas con parálisis cerebral, discapacidad intelectual o trastorno mental pero para ello será necesario que el dato del tipo de discapacidad conste en una suerte de segunda resolución.
- (64)** No es casualidad que en el debate zanjado por el Tribunal Supremo a propósito de si el concepto de persona con discapacidad de la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) era aplicable a todos los ámbitos (sentencia de 21 de marzo de 2007 cit), el Alto Tribunal subrayó expresamente que la LIONDAU (LA LEY 1828/2003) no podía afectar o imponer un concepto de discapacidad para los ámbitos de la reserva de empleo y el empleo protegido en Centros, que eran materias reguladas por la LISMI (LA LEY 886/1982), no por la LIONDAU (LA LEY 1828/2003). Detrás de todo ello estaba el interés por parte del Tribunal Supremo, de evitar que pudiesen acceder a estos ámbitos personas declaradas en incapacidad permanente total con un porcentaje ínfimo de discapacidad.
- (65)** Como es sabido, el artículo 42 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) establece la obligación de las empresas de 50 o más trabajadores de reservar un 2 por 100 de sus puestos de trabajo para personas con discapacidad. Ahora bien, la cobertura de los puestos reservados puede llevarse a cabo con trabajadores de escasa discapacidad, y tanto da el grado de dificultades que le afecten. Todo ello repercute negativamente sobre los trabajadores con especiales dificultades ya que con un planteamiento normativo plano, los empleadores tenderán a cubrir la reserva con trabajadores de escasa discapacidad.

- (66)** A este respecto, el viejo artículo 41.1 LISMI (LA LEY 886/1982) establecía que "Las personas con discapacidad que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan provisional o definitivamente ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleadas en Centros Especiales de Empleo". Este planteamiento, tendente a justificar el empleo protegido en base a la especial discapacidad ha desaparecido del texto de la LGDPD (LA LEY 19305/2013).
- (67)** En coherencia con este planteamiento, ha desaparecido de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) el viejo principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo (art. 37 LISMI (LA LEY 886/1982)), que ha sido substituido sin ningún rubor por la idea fuerza de que la clave no es tanto la normalización, sino lograr altas tasas de actividad, empleo e inserción, que es lo que proclama el vigente artículo 37 LGDPD (LA LEY 19305/2013). Una visión crítica de esta mutación en ESTEBAN LEGARRETA, R.: "Puntos clave en perspectiva laboral...", ob. cit., pág. 70 y ss
- (68)** Como es sabido, para disfrutar de la condición de Centro Especial de Empleo y ser calificado como tal es imprescindible contar con una presencia en plantilla, de no menos del 70 por 100 de personas con discapacidad (art. 43.2 LGDPD (LA LEY 19305/2013)).
- (69)** Para una visión general de la ineptitud puede verse ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Contrato de trabajo y discapacidad*, ob. cit., págs. 451 a 463. También es de interés la perspectiva comparada de la ineptitud con la incapacidad permanente en TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El régimen jurídico...*, ob. cit., págs. 30 a 45.
- (70)** Encajarían en esta expresión las enfermedades que no dan lugar —al menos momentáneamente— a una declaración de incapacidad permanente, pero que impidan el desempeño de las funciones del puesto. Este tipo de situaciones se reflejan en resoluciones judiciales como son, a título de ejemplo, la STS de 18 de diciembre de 2013 (rec. 2566/2012) (LA LEY 227243/2013) para un supuesto de trabajador con altos índices de glucosa o la STSJ de Cantabria de 27 de julio de 2006 (rec. 1056/2003), que refleja cómo los problemas de hipoacusia de un trabajador generan graves problemas de estrés que exigen el cambio de puesto de trabajo.
- (71)** Obviamente, la cuestión no se suscitaba en tiempos muy pretéritos, en concreto, con anterioridad a la reforma de 1994, el viejo artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores (LA LEY 16117/2015) preveía que los despidos disciplinarios efectuados durante la suspensión del contrato de trabajo eran catalogados como nulos, de no acreditarse su procedencia.
- (72)** RODRÍGUEZ CARDO, I.: "Despido de un trabajador en incapacidad temporal: ¿improcedencia o nulidad por discriminación?, *La Ley Unión Europea*, núm. 43, 2016, (consultado en versión electrónica), pág. 1, subraya cómo " desde un prisma más social una extinción de esta índole se antoja contraria a la justicia social (...) toda vez que se priva a una persona vulnerable de su principal medio de vida sin culpabilidad o responsabilidad alguna".
- (73)** Que fruto de las transposición han acabado regulándose en España de un modo muy sucinto, habiéndose trasladado el texto de la Directiva al artículo 40.2 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013).
- (74)** En aquel momento, el Derecho europeo no facilitaba muchos mimbres al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante la ausencia de un concepto de persona con discapacidad, más allá de su mención en algunos textos, como la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales, de la que tampoco cabía extraer un contenido solvente o suficiente para cuadrar un concepto de persona con discapacidad (art. 26). Sin embargo la sentencia de 11 de julio de 2006 menciona la Carta en su apartado 11.
- (75)** RODRÍGUEZ CARDO, I.: "Despido de un trabajador...", ob. cit., pág. 2, la ha calificado de "punto de inflexión".
- (76)** La cuestión prejudicial que da lugar a la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 (LA LEY 23506/2013), asunto Ring, emerge a raíz de una disposición laboral danesa, de acuerdo con la cual (apartado 2 de la sentencia) podrá despedirse al trabajador si hubiera percibido su salario en periodos de baja por enfermedad que alcancen los ciento veinte días a lo largo de doce meses consecutivos.

- (77)** A estos efectos, el artículo 1 párrafo 2 de la Convención establece que "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".
- (78)** De hecho, las relaciones entre discapacidad y enfermedad no son ni mucho menos homogéneas ya que, como ha señalado CABUCHOLA MORENO, S.: Análisis de patologías causantes de discapacidad laboral permanente", en AA.VV.: *Patologías invalidantes y su aplicación práctica*, Consejo General del Poder Judicial, (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 2004, pág. 15, podemos "encontrar enfermos que ni siquiera se encuentran en situación de incapacidad temporal, y otros sin embargo se hayan afectos incluso de una gran invalidez".
- (79)** En el caso concreto, y de conformidad con los antecedentes recogidos en la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (LA LEY 169927/2016), el trabajador inicia el proceso de incapacidad temporal el 3 de octubre de 2014, es despedido el 26 de noviembre y, en fin, el asunto llega a juicio aproximadamente seis meses después de haberse presentado la demanda, momento en el que la persona continúa en situación de incapacidad temporal.
- (80)** RODRÍGUEZ CARDO, I.: "Despido de un trabajador...", ob. cit. pág. 3, sugiere cómo la sentencia "amplia considerablemente su radio de acción y permitiría incluir dentro del mismo —en hipótesis—numerosas situaciones de incapacidad temporal de curación o restablecimiento incierto".
- (81)** A este respecto, es de interés el comentario de SÁNCHEZ PÉREZ, J.: "¿Es discriminatorio despedir en situación de incapacidad laboral? Los nuevos límites comunitarios", *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, núm. 406, 2017, pág. 173 y ss, en el que se aprecia la lentitud y si se me permite, la pereza, de los tribunales en la materia. En concreto es muy ilustrativa la cita que el autor realiza de la STS de 25 de noviembre de 2014 (R. núm. 2344/2013 (LA LEY 180408/2014)), en la que el Alto Tribunal reconoce que "(...) a la vista de la STSJUE de 11 de abril de 2013, haya que matizar o precisar nuestra doctrina sobre la no equiparación de la enfermedad a la discapacidad a efectos de discriminación".
- (82)** RODRÍGUEZ CARDO, I.: "Despido de un trabajador...", ob. cit. pág. 4, propone esta solución para abordar razonablemente las exigencias de la Directiva
- (83)** En este sentido, la *Equality Act* británica de 2010 y sus guías de desarrollo asimilan a la discapacidad la situación de personas cuya enfermedad podría probablemente alcanzar los doce meses de duración, o bien cuando dicho tope ha sido ya alcanzado.
- (84)** Ese es el planteamiento de TERRADILLOS, ORMAECHEA, M.E.: "La gestión de la diversidad en la empresa: el caso de los trabajadores con VIH/SIDA y la aceptación social de la "discapacidad" como nuevo instrumento de protección frente a ciertas manifestaciones del poder de dirección empresarial", *Revista General de Derecho de la Seguridad Social*, núm 44, 2016, pág. 35, para el caso de trabajadores con enfermedades estigmatizantes, pero no siempre incapacitantes, como es el caso del SIDA.
- (85)** El artículo 64.2 de la LGDPD (LA LEY 19305/2013) establece que las medidas de defensa (ante conductas discriminatorias recogidas en el artículo 63*) (...) serán de aplicación con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad (...). En todo caso, las administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que les afecte o pueda afectar. *El asterisco es mío.