

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2020/2021**

**Convocatoria: JULIO**

**LA PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD E INCAPACIDAD COMO DERECHO SOCIAL DE LOS TRABAJADORES. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS Y SU REFLEJO EN EL DERECHO INTERNO Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.**

**THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION ON THE BASIS OF INCAPACITY AND DISABILITY AS A SOCIAL RIGHT OF WORKERS. THE STATUS OF THE RIGHT TO NON-DISCRIMINATION ON GROUND OF DISABILITY IN THE LEGISLATION AND JURISPRUDENCE OF EUROPEAN INSTITUTIONS AND ITS REFLECTION IN THE INTERNAL LAWS OF SPAIN; AN INVESTIGATION ON THE APPLICATION OF SUCH LAWS BY SPANISH COURTS.**

Realizado por la Alumna D<sup>a</sup>. Mónica Andrea Hernández Martín.

Tutorizado por el Profesor D. Lucas Sebastián de Erice Aranda.

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.

## ABSTRACT

The concept of disability within the workplace was first defined at the supranational level by the European Court of Justice in the *Chacón Navas v. Eurest Colectividades, S.A.* case. The court questioned the legality of a dismissal produced after the granting of sick leave due to the illness of a worker. From then onwards, this concept has evolved in the jurisprudence of the European court, evidently influenced by the approval of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

Later on, in the *HK Danmark* case (in which the legality of the dismissal of various workers was questioned), the court adopted generally the concept of disability enshrined in Article 1, 2<sup>nd</sup> paragraph of the aforementioned UN Convention. Additionally, the court introduced this concept in the analysis they usually carry out in order to solve legal conflicts related to the protection from discrimination in the workplace on the basis of disability.

After an analysis of the European doctrine and jurisprudence on the matter, this paper concludes that the concept of disability at the supranational level is subsumed under the concept of professional incapacity when absorbed by the Spanish domestic legal order. These mismatches in the interpretation of transposed community laws by Spanish tribunals produced specifically in the area of incapacity and disability rights will be the subject of this research paper.

The main consequence of the primacy of EU law over the Spanish domestic legal system with regards to deferred competences is that community norms need to be completely and adequately applied by the member state. However, the EU recognizes that there will be difficulties when it comes to transposing said community laws and, moreover, applying such laws administratively and judicially by the institutions in charge of closing the gap between transposed community laws and their application in the day-to-day of local citizens.

**Key Words: disability, disability within the workplace, incapacity, discrimination, Community norms, member state, translation, transposition, internal application.**

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

El primer ensayo en el ámbito comunitario del concepto de discapacidad, entendido en esta primera etapa de su tratamiento como discapacidad profesional, es asumido por el TJUE en el Asunto Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A., en el que se cuestiona la legalidad de un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad. Desde entonces, este concepto ha sufrido una evidente evolución, principalmente motivada por la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. A partir del Asunto HK Danmark y otros, en el que también se cuestiona la legalidad de los despidos de sus trabajadoras, el Alto Tribunal asume el concepto de discapacidad del artículo 1 párrafo 2º de dicha Convención, como concepto general, pero también introduciéndolo para el análisis y resolución de los conflictos laborales que se ocasionan en torno a la protección de la discriminación en el ámbito laboral por razón de la discapacidad de los trabajadores.

Tras un análisis de la doctrina y jurisprudencia comunitarias, el presente estudio concluye que el concepto comunitario de la discapacidad, en su traslación al derecho interno español, se subsume con el concepto de la incapacidad laboral. Siendo el objeto de este estudio el análisis de los desajustes que se producen en materia de protección de la discriminación en el trabajo por razón de discapacidad e incapacidad entre la normativa comunitaria y su aplicación interna en España por los Tribunales de Justicia.

La materialización real de la sujeción normativa implica la correcta aplicación de las normas comunitarias en el ámbito interno de los Estados miembros; sin embargo, esta no siempre se ha de entender como acertada y pacífica, puesto que más de las veces, no ya la traslación, que también, sino el hecho final de su uso administrativo y judicial, queda obviamente al hacer interpretativo de la persona u órgano encargado de su conexión final con el ciudadano o el destinatario de la norma; incluso a lo que en el argot judicial se ha acuñado como “*sana crítica*” cuyo sustento no tiene por qué ser exacto entre todos los intervinientes.

**Palabras clave: discapacidad, discapacidad profesional, incapacidad, discriminación, normativa comunitaria, aplicación interna, Estados miembros, traslación, sana crítica.**

## Índice

<b>1. Introducción .....</b>	<b>5</b>
<b>2. El concepto comunitario de discapacidad e incapacidad y su relación con la incapacidad laboral .....</b>	<b>7</b>
<b>3. La prohibición de discriminación en el trabajo por razón de discapacidad e incapacidad .....</b>	<b>12</b>
<b>3.1. La prohibición de discriminación por razón de discapacidad e incapacidad según la normativa comunitaria .....</b>	<b>12</b>
<b>3.2. La prohibición de discriminación por razón de discapacidad e incapacidad según la jurisprudencia de los tribunales europeos .....</b>	<b>15</b>
<b>4. Interpretación de los casos más destacados de la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de discriminación en el trabajo por razón de discapacidad e incapacidad por los tribunales españoles .....</b>	<b>18</b>
<b>5. La situación de incapacidad laboral en el ordenamiento jurídico español: ajustes y desajustes respecto a la normativa y jurisprudencia comunitarias ..</b>	<b>22</b>
<b>6. Conclusiones .....</b>	<b>33</b>
<b>7. Bibliografía .....</b>	<b>34</b>

## 1. Introducción.

El Derecho Internacional Público es la rama jurídica que regula las relaciones entre Estados y otros sujetos internacionales en sus competencias propias y relaciones mutuas, sobre la base de determinados valores comunes cuya finalidad es garantizar el orden público, la paz social, la seguridad y la cooperación entre todos ellos, mediante normas nacidas de fuentes específicas que conforman el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional.

Una modalidad concreta del Derecho Internacional Público es el Derecho de la Unión Europea, también denominado derecho comunitario o derecho supranacional. Se trata de un conjunto de normas y principios jurídicos que determinan el funcionamiento, corporación y competencias de la Unión Europea; y se caracteriza por ser un orden jurídico sui generis, diferenciado del Derecho Internacional así como también del orden jurídico interno de los Estados miembros, pues siendo un ordenamiento jurídico autónomo se engloba bajo una categoría propia denominada sistema comunitario. El Derecho de la UE, en virtud de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, tiene carácter vinculante sobre la legislación de sus Estados miembros; aunque estos siguen siendo soberanos e independientes, han decidido poner en común parte de su soberanía en los ámbitos en los que tiene sentido colaborar. Ello conlleva a que una vez una norma comunitaria entre en vigor, esta comienza a formar parte del sistema jurídico de dichos Estados, siendo que, en caso de contradicción entre dicha norma comunitaria y una norma nacional, la primera prevalecerá sobre la segunda<sup>1</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la institución de la Unión Europea<sup>2</sup> a la que se le ha encomendado la potestad jurisdiccional. Garantiza la correcta interpretación y aplicación del Derecho originario y derivado de la UE en su territorio, controla la legalidad de los actos de todas sus instituciones y determina si los Estados miembros cumplen las obligaciones que le incumben en virtud de tal Derecho.

---

<sup>1</sup> Disponible en <http://europa.eu/> (fecha de última consulta: 30 de junio de 2021).

<sup>2</sup> Las instituciones de la Unión son: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas. Tratado de la Unión Europea. Artículo 13.

Ante la ausencia de disposición expresa al respecto de la primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ahora denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), estableció en el asunto Costa contra E.N.E.L.<sup>3</sup> la primacía del derecho de las Comunidades Europeas sobre la legislación de sus Estados miembros. En este asunto, el Tribunal declara que el Derecho comunitario se integra en los sistemas jurídicos de los Estados miembros, quienes habiendo sufrido la limitación de su propia soberanía a raíz de la transferencia de competencias a la UE, están obligados a respetarlo.

Como sabemos, la interpretación asume un papel primordial dentro de la labor del juzgador. Este poder de interpretación en la aplicación del Derecho, consistente en determinar el sentido y alcance de las normas y principios jurídicos, ya sea derecho comunitario o derecho nacional, cuya finalidad es precisamente la de eliminar la situación de indeterminación (las normas jurídicas por principio han de tener la particularidad de ser abstractas), deja las más de las veces a la discrecionalidad (que no arbitrariedad) de los jueces y tribunales determinar el sentido y el alcance de dichas normas. Consecuencia de ello y del amplio margen que esta interpretación en la aplicación normativa, sobre todo de los más altos tribunales nacionales y del TJUE, no es inusual que se mantengan distintas posturas interpretativas y por tanto aplicativas de la norma que, en consecuencia, derivan en distinta amplitud en otorgamiento de derechos a los destinatarios finales.

La aplicación del derecho comunitario en los distintos países miembros no es ajena a tales realidades siendo que, como veremos, en este supuesto concreto de la discriminación por razón de discapacidad e incapacidad en el ámbito laboral, existen criterios y aplicaciones dispares por parte del TJUE y los Juzgados y Tribunales españoles con identidad de consecuencias en los destinatarios de ese orden jurídico comunitario que prima y que, por definición, no debería de producir desigualdades en su ámbito territorial de aplicación por el hecho de la existencia de tribunales nacionales.

---

<sup>3</sup> STJUE de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa contra E.N.E.L., asunto 6-64.

## 2. El concepto comunitario de discapacidad e incapacidad y su relación con la incapacidad laboral.

La determinación del concepto comunitario de discapacidad es una de las grandes cuestiones abordadas por el TJUE, toda vez que este Alto Tribunal ha sido el primero en abordar este concepto dentro del ámbito de la Unión Europea y entre todas sus instituciones.

Ni en la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH), que se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (que se refiere, entre otros motivos, a la prohibición de discriminación por razón de discapacidad) se contiene una definición que desarrolle expresamente el significado de discapacidad o de persona con discapacidad. Siquiera en el ámbito laboral o profesional que es la materia de su contenido general.

Se aborda por primera vez por parte del TJUE el concepto de discapacidad, entendido en esta primera etapa de su tratamiento como discapacidad profesional, y que no incluyó la Directiva 2000/78, en el asunto Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A., de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, en el marco de un litigio entre la Sra. Chacón Navas y la sociedad Eurest Colectividades, S.A., en relación con un despido producido con ocasión de una baja laboral por enfermedad<sup>4</sup>. Siendo el primer caso sobre este motivo específico de discriminación en que el TJUE asume su primer ensayo de definición de la discapacidad profesional, de manera que establece que “[...] en este contexto, debe entenderse que el concepto de <<discapacidad>> se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”<sup>5</sup>.

Este concepto de discapacidad profesional, inicialmente abordado en el seno de este Alto Tribunal, sufrió una evidente evolución principalmente motivada por la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con

---

<sup>4</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA): *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Viena, febrero 2019, página 207 y ss.

<sup>5</sup> STJUE de 11 de julio de 2006, Chacón Navas contra Eurest Colectividades, asunto C-13/05. Párrafo 43.

discapacidad<sup>6</sup>. A partir de ese momento, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, gozando de primacía sobre las disposiciones de derecho derivado, con lo que se impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención y con las interpretaciones emitidas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, encargado de su seguimiento e interpretación. Como consecuencia de ello, a partir del asunto HK Danmark y otros, de 11 de abril de 2013, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, en el marco de dos litigios internos entre el sindicato HK Danmark (que actuaba en representación de la Sra. Ring y la Sra. Skouve Werge) y sus empleadores, en los que se cuestionaba la legalidad de los despidos de estas trabajadoras, producidos como consecuencia de su estado de salud, el TJUE asume el concepto de discapacidad del artículo 1 párrafo 2º de dicha Convención<sup>7</sup>, en virtud del cual son personas con discapacidad “[...] 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”<sup>8</sup>; ahora definiendo el concepto de discapacidad, como concepto general, e introduciendo también dicho concepto para el análisis y resolución de los conflictos laborales, tal y como se desprende igualmente de las sentencias que se citan a continuación:

- a) STJUE de 18 de diciembre de 2014, Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL), asunto C-354/13: En el marco de un litigio seguido entre Fag og Arbejde (FOA), sindicato que actúa por cuenta del Sr. Kaltoft, y Kommunernes Landsforening (KL) (federación nacional de municipios daneses), que actúa por cuenta de Billund Kommune (municipio de Billund, Dinamarca), en relación con la procedencia del despido del Sr. Kaltoft, que presuntamente se basó en su obesidad; el Tribunal declara que:

*“[...] la obesidad de un trabajador puede considerarse como «discapacidad» cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas,*

---

<sup>6</sup> Decisión 2010/48/CE del Consejo relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

<sup>7</sup> AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA), *op. cit.*, página 207 y ss.

<sup>8</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Decisión 2010/48, de 26 de noviembre). Artículo 1 párrafo 2º.



*mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda 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”<sup>9</sup>.*

- b) STJUE de 1 de diciembre de 2016, Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., asunto C-395/15: En el marco de un litigio entre el Sr. Mohamed Daouidi, por una parte, y Bootes Plus, S.L., el Fondo de Garantía Salarial y el Ministerio Fiscal, por otra parte, en relación con el despido del Sr. Daouidi mientras se hallaba en situación de incapacidad, con arreglo al derecho nacional español, de duración incierta, el Tribunal hace referencia a este concepto de discapacidad y dice que:

*“[...] 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.»<sup>10</sup>.*

- c) STJUE de 9 de marzo de 2017, Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agensiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, asunto C-406/15: En el marco de un litigio entre la Sra. Petya Milkova y la Izpalnitelen direktor na Agensiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol (Director ejecutivo de la Agencia de Privatización y Control tras la Privatización, Bulgaria), relativo al despido de la interesada que tenía una deficiencia mental por la que se le había reconocido una incapacidad del 50%, el Tribunal hace referencia a este concepto de discapacidad y nuevamente dice que:

*“[...] 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.»<sup>11</sup>.*

---

<sup>9</sup> STJUE de 18 de diciembre de 2014, Fag og Arbejde (FOA) contra Kommunernes Landsforening (KL), asunto C-354/13. Párrafo 64.

<sup>10</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016, Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., asunto C-395/15. Párrafo 4.

<sup>11</sup> STJUE de 9 de marzo de 2017, Petya Milkova contra Izpalnitelen direktor na Agensiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, asunto C-406/15. Párrafo 3.

En resumen, este concepto comunitario de discapacidad, según se reseña, ha sufrido una evidente evolución para adecuarse en cada momento a las exigencias de la nueva realidad en que debía ser conceptuado. Si bien el TJUE en su primer ensayo de este concepto refería que la discapacidad se infería por la limitación u obstáculo que suponía al desarrollo de la vida profesional. A día de hoy, el TJUE evoluciona en su concepto, como hemos visto al paraguas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad<sup>12</sup>, y conceptúa que dichas limitaciones han de impedir bien el desarrollo de la vida profesional o bien la participación plena y efectiva del discapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

El TJUE, si bien parte del concepto de discapacidad, no hace distinción alguna en su aplicación con el concepto de incapacidad (que si tiene distinciones, como se analizará, en la normativa interna española), haciendo similitud entre ambos, aplicándolos indistintamente en sus sentencias, y referidos a la vida profesional; tal y como se desprende del propio asunto HK Danmark y otros, a partir del cual el TJUE “dio vida” a lo que hoy conocemos como el concepto comunitario de discapacidad. En dicho asunto, recordemos, se cuestionaba la legalidad de los despidos de varias trabajadoras, de conformidad con la Directiva 2000/78/CE, que se habían producido como consecuencia de su estado de salud; en su sentencia, el Tribunal declara, conforme al derecho nacional danés, y en relación al derecho de las trabajadoras a que se les mantenga su remuneración en caso de baja por razón de enfermedad, que:

*“Si el trabajador está incapacitado para desarrollar su trabajo a causa de enfermedad, la baja consiguiente en su trabajo será considerada como ausencia lícita por su parte, excepto si hubiera contraído la enfermedad intencionalmente o por negligencia grave durante su empleo, o si con falsedad hubiera omitido revelar cuando comenzó a trabajar que sufría esa enfermedad”<sup>13</sup>.*

También vemos esta similitud de los dos conceptos en la STJUE de 1 de diciembre de 2016, Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., asunto C-395/15, que, como hemos visto, se refiere a un caso español de despido por incapacidad temporal, motivada por la

---

<sup>12</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, *op. cit.*, artículo 1 párrafo 2º.

<sup>13</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, HK Danmark y otros, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11. Párrafo 13.

dislocación del codo siendo ayudante de cocina y por tanto, derivado de accidente de trabajo. Para la resolución del caso, el TJUE declara, con arreglo a la Directiva 2000/78/CE, que debe interpretarse en el sentido de que:

*“El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009”<sup>14</sup>.*

Y en la también mencionada STJUE de 9 de marzo de 2017, Petya Milkova contra Izpalnitelen director na Agentsiata za privatizatsia i sledprivatizatsionen kontrol, asunto C-406/15, en el marco de un litigio en el que se cuestionaba la legalidad del despido de la interesada, de conformidad con la Directiva 2000/78/CE, que tenía una deficiencia mental por la que se le había reconocido una incapacidad del 50%.

Como puede comprobarse, el Tribunal utiliza en sus resoluciones ambos conceptos de discapacidad e incapacidad indistintamente.

Pues bien, como hemos visto, el TJUE, a partir del asunto HK Danmark y otros, parte de este concepto general de discapacidad e incapacidad, y en cuanto a su subsunción en el ámbito laboral o profesional, ha venido entendiendo que la discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional, pues no implica necesariamente la exclusión total de dicha vida profesional, sino, como se ha dicho, un obstáculo para aquélla. Insiste el Tribunal en que se requiere la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración, siendo indicios que permiten considerar que una limitación será duradera, entre otros, el que la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad, según sospechas fundadas, pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona; basándose cada uno de estos en todos los elementos objetivos de que se disponga, en particular, en documentos

---

<sup>14</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016, *op. cit.*, párrafo 69.

y certificados relativos al estado de la persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales que permitan hacer un pronóstico acerca del eventual restablecimiento del afectado o sobre las eventuales secuelas o consecuencias que tendrán dichas limitaciones en el cumplimiento de las tareas para las que el incapacitado fue contratado. El TJUE se refiere a un concepto funcional de discapacidad, sea cual sea su origen (enfermedad, curable o incurable, accidente o de nacimiento) e incluso aun mediando responsabilidad por parte del que sufre la discapacidad. Lo relevante es que dicho concepto, independientemente de su origen y/o responsabilidad, descansa sobre la existencia de una limitación objetivamente apreciable y por un tiempo suficientemente prolongado. Es opinión de la tutora D<sup>a</sup>. María Inmaculada Benavente Torres, opinión que el presente estudio comparte plenamente, que desde el punto de vista del derecho español, ese carácter duradero se observaría claramente en las incapacidades permanentes, e incluso, en las incapacidades temporales de pronóstico incierto o negativo, o en las de larga duración<sup>15</sup>.

### **3. La prohibición de discriminación en el trabajo por razón de discapacidad e incapacidad.**

#### **3.1. La prohibición de discriminación por razón de discapacidad e incapacidad según la normativa comunitaria.**

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es uno de los cuatro documentos que configuran la constitución material de la Unión Europea, junto con el Tratado de la Unión Europea (TUE), el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Tratado Euratom) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). Siendo el texto en que se contiene con mayor detalle el marco jurídico en que se desarrollan las políticas y acciones de la Unión Europea en todos sus ámbitos y los principios constitucionales que los rigen, desarrolla en su articulado la prohibición de la discriminación y la prohibición de la discriminación por discapacidad, y dice que “[...] *la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de*

---

<sup>15</sup> BENAVENTE TORRES, M. I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, 2019, pág. 111 y ss.

*[...] discapacidad”<sup>16</sup> y que “[...] podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de [...] discapacidad”<sup>17</sup>.*

También garantiza dicho texto normativo que:

*“[...] el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.”<sup>18</sup>.*

Del mismo modo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF), que, como hemos dicho, es uno de los cuatro documentos, junto al TFUE, que configuran la constitución material de la Unión Europea, prohíbe toda discriminación ejercida por razón de discapacidad<sup>19</sup>.

La prohibición de la discriminación también se encuentra recogida en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>20</sup>. Este texto normativo lo que hace es introducir una prohibición de discriminación de los derechos reconocidos por el propio Convenio; y en el Protocolo nº 12 a la CEDH, nuevamente garantiza dicha prohibición de la discriminación<sup>21</sup>.

La lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 del Protocolo es idéntica a la del artículo 14 del CEDH.

La Carta Comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores, en este mismo sentido, dispone:

*“Todo minusválido [...] debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social.*

---

<sup>16</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Artículo 10.

<sup>17</sup> *Ídem*, artículo 19.

<sup>18</sup> *Ídem*, artículo 151.

<sup>19</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF). Artículo 21.

<sup>20</sup> Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Artículo 14.

<sup>21</sup> Protocolo nº 12 a la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Artículo 1.

*Estas medidas de mejora deben referirse [...] a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.”<sup>22</sup>.*

No obstante, si bien encontramos en los textos legislativos de la Unión Europea amplia normativa comunitaria sobre la discriminación por razón de discapacidad, el punto de partida en la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en el empleo y la ocupación viene marcado por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, si bien este instrumento jurídico establece un marco limitado en relación a la adecuada protección que debería dispensarse a este colectivo. No se incluye en esta norma un concepto de discapacidad o de persona con discapacidad, remitiéndose a las legislaciones nacionales para que los empresarios adopten las medidas adecuadas con el fin de eliminar las desventajas que impliquen una discriminación directa o indirecta para estas personas. El gran hito histórico, tal y como hemos visto *ut supra*, tiene lugar con la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (Decisión 2010/48, de 26 de noviembre), que además de recoger los derechos de las personas con discapacidad, contempla las obligaciones de los Estados de promover, proteger y asegurar tales derechos. A partir de su entrada en vigor, tanto los Estados miembros como la propia UE comenzaron a adaptar sus ordenamientos jurídicos a la nueva realidad.

Tal es así que en la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales se garantiza el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo de toda persona discapacitada o grupo infrarrepresentado, así como también se les garantiza una protección social adecuada y el acceso a bienes y servicios públicos<sup>23</sup>. En este sentido dice que: “[...] los trabajadores [...] tienen derecho a una protección social adecuada.”<sup>24</sup>.

Esta Recomendación también avala el derecho de los discapacitados a una ayuda a la renta que garantice una vida digna y a participar en el mercado laboral y en la sociedad

---

<sup>22</sup> Carta Comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores (Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989). Artículo 26.

<sup>23</sup> Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales. Capítulo I. 3.

<sup>24</sup> *Ídem*, capítulo III. 12.

con un entorno adaptado a sus necesidades<sup>25</sup>, no olvidando tampoco su derecho a obtener los cuidados que sean necesarios, de larga duración, asequibles y de buena calidad<sup>26</sup>.

De aquí se desprende que se amplía la normativa comunitaria que opta por un modelo inclusivo, y promueve, protege y garantiza los derechos de las personas con discapacidad, fomentando su autonomía e independencia personal mediante su participación e inclusión social en igualdad de condiciones con los demás.

### **3.2. La prohibición de discriminación por razón de discapacidad e incapacidad según la jurisprudencia de los tribunales europeos.**

El TJUE, que asume por primera vez el concepto de discapacidad como *“una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”*<sup>27</sup>, establece que *“una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad”*<sup>28</sup>. En este asunto, para el Alto Tribunal no existe discapacidad cuando la trabajadora fue despedida tras un periodo de baja laboral por enfermedad de 8 meses de duración, ya que debe distinguirse la enfermedad de la discapacidad, sin que la primera sea objeto de protección discriminatoria.

A partir de este primer pronunciamiento y, consecuentemente, con el avance del tiempo, el término de discapacidad se ha ido perfeccionando, entendiéndose que son personas con discapacidad *“[...] 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”*<sup>29</sup>. Término de discapacidad que, por ejemplo, puede ponerse en relación con la obesidad. Así sucede, en particular, si la obesidad del trabajador impide su participación

---

<sup>25</sup> *Ídem*, capítulo III. 17.

<sup>26</sup> *Ídem*, capítulo III. 18.

<sup>27</sup> STJUE de 11 de julio de 2006, *op. cit.*, párrafo 43.

<sup>28</sup> *Ídem*, párrafo 52.

<sup>29</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, *op. cit.*, párrafo 4.

plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional.<sup>30</sup>

En efecto, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad, facilitándose así el despido por circunstancias objetivas pues, de este modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y de alcanzar los límites previstos en la normativa. Por tanto, queda de manifiesto en el asunto HK Danmark y otros que “[...] puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”<sup>31</sup>. Tal es así que en dicho texto normativo se contiene lo siguiente:

*“b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con [...] una discapacidad [...] respecto de otras personas, salvo que: [...] ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”<sup>32</sup>.*

En el asunto Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares S.A.<sup>33</sup> se reconoce por este Tribunal dicha diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad, prevista por el legislador español, que debe estar objetivamente justificada por una finalidad legítima y cuando los medios aplicados para la consecución de esta son adecuados,

---

<sup>30</sup> STJUE de 18 de diciembre de 2014, *op.cit.*

<sup>31</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, *op. cit.*, párrafo 76.

<sup>32</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Artículo 2, apartado 2, letra B.

<sup>33</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero contra Ferroservicios Auxiliares, S.A., asunto C-270/16.



justificándose con ello un tratamiento diferenciado a lo que es “diferente”, en aras de conseguir la igualdad de oportunidades.

En este sentido, también se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), quién, en virtud de la prohibición de la discriminación que se encuentra recogida en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos ha interpretado la noción de discriminación relativa a este artículo, destacando que no todas las distinciones o diferencias de tratamiento equivaldrían a una discriminación toda vez que una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable; es decir, si no persigue un objetivo legítimo o si no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido. De hecho, en algunas circunstancias, es la ausencia de un tratamiento diferenciado para corregir la desigualdad la que puede, en ausencia de una justificación objetiva y razonable, dar lugar a una violación de la disposición en cuestión, tal y como se recoge en el caso *Thlimmenos contra Grecia*<sup>34</sup>, en el que la Corte Europea parece acoger lo que conocemos como “discriminación por indiferenciación”, es decir, la existencia de discriminación cuando no se trata de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no se trata jurídicamente igual a los iguales (discriminación por diferenciación), pero también cuando no se trata de modo distinto a los desigualmente situados (discriminación por indiferenciación).

Por otro lado, en virtud del asunto *Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L.*<sup>35</sup>, para el TJUE el hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad puede ser calificada de duradera, con arreglo a la definición de discapacidad. Recordemos que entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es duradera figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, 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. Al comprobar ese carácter duradero, el juzgado remitente debe

---

<sup>34</sup> STEDH de 6 de abril de 2000, *Thlimmenos contra Grecia*.

<sup>35</sup> STJUE de 1 de diciembre de 2016, *op. cit.*

basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales. En definitiva, el TJUE considera discriminatorio el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal por accidente laboral cuya duración es incierta al poder quedar incluida dicha incapacidad temporal dentro del concepto de discapacidad.

#### **4. Interpretación de los casos más destacados de la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de discriminación en el trabajo por razón de discapacidad e incapacidad por los tribunales españoles.**

La recepción en el derecho nacional español de la doctrina jurisprudencial del TJUE en materia de discriminación por discapacidad profesional ha sido muy heterogénea. Una primera aproximación nos muestra que la interpretación de los razonamientos jurídicos de este Alto Tribunal se ha llevado a cabo de forma diferente según el órgano jurisdiccional español que haya emitido el fallo, a pesar de sustentarse en una misma base doctrinal. En este sentido, en aras de poder apreciar esta diversidad de resoluciones sobre la materia en la interpretación de la jurisprudencia del TJUE por los distintos tribunales españoles, se analizan una selección de los casos más destacados a continuación:

- a) Asunto Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A., de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05<sup>36</sup>. En este asunto, el Juzgado de lo Social<sup>37</sup> estimó el despido improcedente de la trabajadora, consolidándose de esta forma, mediante la jurisprudencia del TJUE, la diferencia existente entre los conceptos de enfermedad y discapacidad.

El Tribunal Supremo, que se pronunció por primera vez sobre esta materia en la STS de 29 de enero de 2001<sup>38</sup>, ha venido entendiendo que la enfermedad, desde el punto de vista profesional, no es un factor discriminatorio, siendo una contingencia

---

<sup>36</sup> RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: “El tratamiento de la discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE y su incidencia en España”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE, C., Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, 2019, pág. 374.

<sup>37</sup> Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid.

<sup>38</sup> STS (Sala de lo Social) de 29 de enero de 2001 (rec. núm. 1566/2000).

inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o trabajadores. Sin embargo, en la STS de 11 de diciembre de 2007, define la discapacidad como *“una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada”*<sup>39</sup>; mientras que el TJUE en el mencionado asunto Chacón Navas sostenía que *“el concepto de discapacidad se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”*<sup>40</sup>.

De ambas definiciones se desprende que, con arreglo al Tribunal Supremo, es necesario que para adquirir la condición de persona con discapacidad se haya reconocido por un organismo público y, además, sea de carácter permanente; mientras que, por su parte, el TJUE sostiene que tal limitación, siendo de carácter duradero, ha de suponer un obstáculo para la participación en la vida profesional.

Como vemos, tal y como se reseñó anteriormente, es patente la discordancia entre la interpretación y la aplicación jurídica del TJUE y el Tribunal Supremo español.

- b) Asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L., de 1 de diciembre de 2016, asunto C-395/15<sup>41</sup>. En este asunto, la empresa Bootes Plus SL extinguió la relación laboral, mediante despido disciplinario, de un trabajador que sufrió un accidente laboral permaneciendo en situación de incapacidad temporal. El Juzgado de lo Social<sup>42</sup> declara la nulidad del despido, al tener por causa la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, siendo discriminatorio, pues guarda relación con el concepto comunitario de discapacidad que hemos analizado ut supra, con arreglo a la Directiva 2000/78/CE, el asunto Chacón Navas y el asunto HK Danmark y otros.

Siendo que el motivo real del despido fue la duración incierta de la incapacidad temporal, el TJUE se pronunciaría en el sentido de que: en primer lugar, el hecho de que el interesado se encuentre en situación de incapacidad temporal, con arreglo al

---

<sup>39</sup> STS (Sala de lo Social) de 11 de diciembre de 2007 (rec. Núm. 4355/2006). Fundamento de Derecho Sexto, párrafo 4.

<sup>40</sup> STJUE de 11 de julio de 2006, *op. cit.*, párrafo 43.

<sup>41</sup> RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: *op. cit.*, pág. 375.

<sup>42</sup> Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona.

derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad puede ser calificada de duradera; en segundo lugar, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, 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; y en tercer lugar, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

El Tribunal Superior de Justicia<sup>43</sup>, por su parte, declara el despido improcedente.

Consecuentemente, nos encontramos una vez más con una interpretación diferente respecto al carácter duradero de la incapacidad del trabajador. Por una parte, el Juzgado de lo Social interpretó que el trabajador no se podría incorporar en un corto espacio de tiempo a su actividad laboral y, por ende, la incapacidad temporal debería interpretarse como duradera; por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia entendió que los padecimientos eran reversibles y, por tanto, no se aprecia una prolongación duradera en el tiempo de tal limitación.

De nuevo es evidente tal discordancia entre la interpretación y la aplicación jurídica del TJUE y los tribunales españoles.

- c) Asunto Ruiz Conejero contra Ferroserv Servicios Auxiliares, S.A., de 18 de enero de 2018, asunto C-270/16<sup>44</sup>. En este asunto, el trabajador, en situación de incapacidad temporal durante diversos periodos a razón de su incapacidad, fue despedido por el motivo de que sus ausencias acumuladas, a pesar de que estaban justificadas, habían superado los límites establecidos legalmente.

En estas circunstancias, es jurisprudencia consolidada del TJUE que, en comparación con un trabajador sin discapacidad, un trabajador discapacitado está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad, facilitándose así el despido por circunstancias objetivas. De este

---

<sup>43</sup> TSJ de Cataluña. Sala de lo Social.

<sup>44</sup> RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: *op. cit.*, pág. 376.

modo, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en la normativa. Por tanto, queda de manifiesto, a partir del asunto HK Danmark y otros, que “la regla establecida en esta disposición “[...] puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”<sup>45</sup>.

Valorada la jurisprudencia del TJUE e interpretando la apreciación de una discriminación indirecta al no existir una excepción que se refiera a las enfermedades que derivan de la discapacidad, el Juzgado de lo Social dicta sentencia declarando la nulidad del despido, al considerar que constituía una discriminación por razón de su discapacidad.

El análisis comparativo de este caso nos muestra que tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia<sup>46</sup>, en suplicación, han seguido un mismo criterio interpretativo a la luz de la jurisprudencia del TJUE.

No obstante, la disparidad en estos criterios la introduce el Tribunal Supremo, en la STS de 21 de septiembre de 2017, si bien hay que matizar que se trata de un supuesto diferente. En este caso, nuestro Alto Tribunal establece que “una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación”<sup>47</sup>. Adviértase que en este caso se trataba de una trabajadora que padecía una enfermedad degenerativa que no suponía una limitación duradera en el tiempo. Dicha trabajadora había acumulado bajas por incapacidad temporal derivadas de diversas dolencias. Por su parte, conviene recordar que el trabajador del supuesto analizado del Juzgado de lo Social<sup>48</sup> tenía una discapacidad reconocida y sus bajas por incapacidad temporal respondían a una

---

<sup>45</sup>STJUE de 11 de abril de 2013, *op. cit.*, párrafo 76.

<sup>46</sup>TSJ de Galicia. Sala de lo Social.

<sup>47</sup>STS (Sala de lo Social) N° 700/2017, de 21 de septiembre de 2017 (rec. núm. 782/2016). Fundamento de Derecho Segundo.

<sup>48</sup>Juzgado de lo Social núm. 1 de Cuenca.

única situación incapacitante. Consecuentemente compartimos la decisión del juzgado al apreciar en este caso, en el que el cúmulo de días de baja tuvo lugar por distintas dolencias aisladas de su incapacidad, también se apreció una discriminación indirecta y se declaró la nulidad del despido.

Y nuevamente, al margen de que algunos tribunales siguen un mismo criterio interpretativo; confirmamos en mayor medida esta diversidad de resoluciones en la interpretación de la jurisprudencia del TJUE por los distintos tribunales españoles.

Brevemente, en el asunto Chacón Navas, el TJUE sostiene que para la subsunción de las limitaciones que padezca el interesado en el concepto de discapacidad, estas han de tener un carácter duradero y suponer un obstáculo para desarrollar la vida profesional; mientras que el TS sostiene que siendo tales limitaciones de carácter permanente, han de estar reconocidas por un organismo público. En el asunto Mohamed Daouidi, de nuevo respecto a la temporalidad de la incapacidad del trabajador, el JS interpreta el carácter duradero de la incapacidad temporal, mientras que el TSJ no aprecia una prolongación duradera de tal limitación. Finalmente, en el asunto Ruiz Conejero, tanto el JS como el TSJ siguen un mismo criterio interpretativo a la luz de la jurisprudencia del TJUE; si bien, como hemos podido comprobar, la disparidad de estos criterios la introduce el TS.

##### **5. La situación de incapacidad laboral en el ordenamiento jurídico español: ajustes y desajustes respecto a la normativa y jurisprudencia comunitarias.**

La tutela en el ámbito laboral de las personas con discapacidad ha venido manifestado una creciente importancia en nuestro ordenamiento jurídico español.

Cierto es que la protección de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no admite extensiones analógicas en su objeto, sino que se limita a proteger, en la materia que tratamos, a las personas con discapacidad. Sin embargo, siendo la discapacidad un mero concepto técnico, ello no obsta para que la propia lógica nos lleve a concluir que la discapacidad presupone la existencia de capacidad laboral, siendo diversas las situaciones que pueden incluirse en la idea de discapacidad y siendo necesario para todas ellas un significado común.

La discapacidad es una limitación compatible con el trabajo, se es capaz de trabajar pero con salvedades; mientras que la incapacidad, en ocasiones, como veremos, supone su imposibilidad. La trascendencia de la diferencia entre ambos conceptos tiene efectos en la tutela de la Directiva, pues esta tiene como finalidad que una persona con discapacidades pueda no solo acceder a un empleo sino mantenerlo, lo que difícilmente puede ocurrir con quién por su situación está completamente excluido de la actividad profesional, situación que siquiera se contempla en la Directiva. En otras palabras, la normativa comunitaria ampara a las personas con discapacidad y su inclusión en el empleo y la ocupación; sin embargo, ni ampara ni tampoco menciona el nivel de protección que merecería quién, tras su declaración de incapacidad, que, como veremos, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado se clasifica en grados, es incapaz de desarrollar actividad profesional alguna. Analizaremos tal cuestión a continuación.

El artículo 49. 1 apartado e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, LET)<sup>49</sup> dice lo siguiente:

*“1. El contrato de trabajo se extinguirá:*

*e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.”*

Se prevé como causa de extinción del contrato de trabajo, respecto a lo que en el presente estudio nos interesa, la gran invalidez o la incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (GI, IPT e IPA respectivamente). Tradicionalmente se ha fundamentado tal precepto en el imposible cumplimiento por el trabajador de la prestación convenida a razón de motivos extraños a su voluntad y a la del empresario; y ello, en relación al artículo 1184 del Código Civil<sup>50</sup>, con arreglo al cual *“quedará liberado el deudor en la obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”*.

En este sentido, la jurisprudencia española se ha decantado por considerar que en tales situaciones la relación laboral se entiende extinguida *ipso facto* e *ipso iure*, esto es,

---

<sup>49</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Artículo 49. 1 e).

<sup>50</sup> Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889. Artículo 1184.

automáticamente con la mera declaración formal y firme de la incapacidad en alguno de esos grados. Por todas, la reciente STS de 3 de febrero de 2021<sup>51</sup>, en la que el Tribunal Supremo entiende que la extinción del contrato de trabajo por IPT no requiere legalmente comunicación escrita del empresario al trabajador, no constituyendo la ausencia de dicha comunicación escrita despido improcedente, en su fundamento de hecho tercero, apartado 3 letra b) y apartado 4, dice:

*“[...] no es suficiente el conocimiento por parte de la trabajadora de la resolución del INSS declarándola en situación de incapacidad permanente total [...] la legislación vigente no impone al empresario ningún requisito formal de comunicación o notificación al trabajador en el supuesto de extinción del contrato por incapacidad permanente del artículo 49.1 e) ET, sin que se le exija, desde luego, que deba seguir las formalidades requeridas por el artículo 55 ET para el despido disciplinario. [...] Como expresivamente dijo, con cita de anteriores sentencias, la STS 20 de octubre de 1986 [...] "no precisa de formalidad alguna y, menos aún, de las normadas para el despido disciplinario" [...] la STS 12 de julio de 1988 en ningún momento afirma que esta voluntad extintiva haya de expresarse con una determinada formalidad y desde luego no sostiene que hayan de seguirse las formas del despido disciplinario”*

*“[...] no está legalmente establecida formalidad alguna para la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente total, sin que, en consecuencia, le sean exigibles las formas que legalmente se requieren al despido disciplinario, pues la legislación vigente no lo ha dispuesto así”.*

Respecto a esta cuestión de la declaración formal y firme de la incapacidad que provoca la automática extinción del contrato de trabajo, no parece admisible que la LET no exija las mismas formalidades que en su artículo 53, en relación con el artículo 52, exige para la extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas (v.gr. por ineptitud del trabajador)<sup>52</sup>. El Prof. Dr. Antonio Costa Reyes expone que se ha llegado incluso a señalar que:

---

<sup>51</sup> STS (Sala de lo Social) N°142/2021, de 3 de febrero de 2021 (rec. núm. 998/2018). Fundamento de hecho tercero, apartado 2 letra b).

<sup>52</sup> Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *op. cit.*, artículos 52 y 53.



*“[...] Con el reconocimiento al trabajador de la pensión, éste puede ver cubiertas (al menos parcialmente) sus necesidades o subsistencia, lo que de alguna forma también explicaría el menor rigor o carga para el empresario de esta causa de extinción. Ni que decir tiene que esta justificación, aparte de responder a otro momento histórico, no sólo no es suficiente ni acertada, sino que no se sostiene desde la perspectiva de la Directiva”<sup>53</sup>.*

Este profesor refiere a “*otro momento histórico*” en que los derechos de los trabajadores y la propia cobertura y conciencia social hacia los mismos no alcanzaban los estándares actuales y, a raíz de su relato, interesa a este estudio enfatizar que “*esta justificación (...) no se sostiene desde la perspectiva de la Directiva*” toda vez que la Directiva tiende a combatir toda forma de discriminación en la materia que tratamos y a exigir la protección social de las personas con discapacidad. Tal es así que en sus considerandos 6 y 11<sup>54</sup> establece:

*“(6) La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores reconoce la importancia de combatir toda forma de discriminación y, especialmente, la necesidad de adoptar medidas adecuadas para la integración social y económica de las personas mayores y de las personas con discapacidad.”*

*“(11) La discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CE, en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas.”*

Por tanto, no parece admisible una interpretación del precepto cuestionado como la que viene sosteniendo la jurisprudencia y la doctrina judicial españolas.

Como hemos visto *ut supra*, la Directiva 2000/78/CE protege a las personas con discapacidad. A raíz de lo analizado, en la materia que tratamos, no es desacertado ni

---

<sup>53</sup> COSTA REYES, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE. C., Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, 2019, pág. 312.

<sup>54</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, *op. cit.*, considerandos 6 y 11.

mucho menos es irracional subsumir los conceptos de discapacidad e incapacidad haciendo mención de ambos indistintamente, y de nuevo interesa a este estudio el planteamiento de la siguiente cuestión: ¿Están recibiendo en España las personas incapacitadas la protección que merecen no sólo a la luz de dicha Directiva, que también, sino como derecho que ostentan todos los seres humanos?

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento que fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que recoge en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, dice:

*“1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”<sup>55</sup>.*

Y también dice:

*“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.  
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.  
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.  
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.”<sup>56</sup>.*

En España, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. Para ello se tiene en cuenta la incidencia de la reducción en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente. De conformidad con la Disposición Transitoria vigésimo

---

<sup>55</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. Artículo 2 apartado 1.

<sup>56</sup> *Ídem*, artículo 23.

sexta, en relación con el artículo 194, de la Ley General de la Seguridad Social<sup>57</sup>, la incapacidad permanente se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual.
- b) Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual.
- c) Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo.
- d) Gran Invalidez.

En cuanto a la protección que el derecho español ofrece internamente a los declarados incapaces en sus distintos grados, parece más evidente y menos alejada del mandato comunitario la que, en la línea de la protección de la discapacidad, en este caso en su concepción de incapacidad, garantiza a los calificados en Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez, que se les reconoce el derecho a no trabajar asegurándoles el cobro de una pensión equivalente al 100% de su base de cotización al tiempo de la declaración o de su hecho causante, al margen de otras protecciones complementarias en bonificaciones y descuentos en medicamentos, ayuda o asistencia de terceras personas, etc. Tampoco es que parezca inadecuado, en exceso, el tratamiento legislativo de la Incapacidad Permanente Parcial, cuya parcialidad no provoca ipso facto la terminación de su contrato y sí una compensación para su dolencia que, como su propio nombre indica, le invalida parcialmente para desempeñar su trabajo.

Ahora bien, los declaración de incapacidad que como conclusión de este estudio se sospecha pudiera estar alejada de los estándares de protección de la discapacidad y su conceptualización en los términos analizados según jurisprudencia del TJUE, es la Incapacidad Permanente Total, tal y como se conceptúa y protege en el ordenamiento jurídico español, tal y como se estudia y declara por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y tal y como se protege al incapaz una vez ha sido declarado como permanente total.

La Incapacidad Permanente Total (en adelante, IPT) inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Hay que partir de las lesiones y relacionarlas con la actividad que vaya a desarrollar para ver las dificultades que provoca, ya que debe poder realizar

---

<sup>57</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Disposición Transitoria 26ª.

las tareas, conforme a la STSJ de Asturias de 14 de diciembre de 2020, “*con un mínimo de capacidad o eficacia y con rendimiento económico aprovechable y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia*”<sup>58</sup>. Así, procede la declaración de IPT, conforme a la STSJ de Valladolid de 17 de diciembre de 2012, cuando las dolencias le impiden “*ocupaciones esforzadas y estresantes pero que es perfectamente compatible con tareas no exigentes de especiales esfuerzos físicos o intelectuales*”<sup>59</sup>.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su STS de 23 de febrero de 1990, arguye que “*la actividad implica no sólo la posibilidad de realizar el trabajo sino efectuar éste con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia y de modo continuo durante la jornada laboral*”<sup>60</sup>.

De tales resoluciones se desprende, tal y como el Tribunal Supremo arguye también en la mencionada Sentencia de 23 de febrero de 1990, que:

*“[...] la realización de un trabajo, por liviano que sea, sólo puede realizarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, permanencia en él durante la jornada, etc., es decir, se requiere siempre tener la capacidad de desarrollar una actividad con un mínimo de rendimiento y asiduidad de modo continuo durante toda la jornada laboral.”*<sup>61</sup>.

La mencionada disposición transitoria, con arreglo a la cual clasificamos la incapacidad permanente en grados acordes a las dolencias que padezca el interesado y el diagnóstico de las mismas, recoge que:

---

<sup>58</sup> TSJ Asturias (Sala de lo Social) Nº 3129/2012, de 14 de diciembre de 2012 (rec. núm. 2647/2012). Fundamento de Derecho Único, párrafo segundo.

<sup>59</sup> TSJ Castilla y León (Valladolid) (Sala de lo Social) de 17 de diciembre de 2012 (rec. núm. 1866/2012). Fundamento de Derecho Tercero.

<sup>60</sup> STS (Sala de lo Social) de 23 de febrero de 1990. Fundamento de Derecho Único.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

“4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.”<sup>62</sup>.

En su virtud no cabe duda de que con la declaración de la IPT el incapacitado se encuentra inhabilitado para desempeñar las tareas de su propio trabajo habitual pero no para dedicarse a algún otro trabajo.

Al trabajador declarado en Incapacidad Permanente Total se le asigna, en España, una pensión cuantificada en el 55% de su base de cotización vigente al tiempo de su declaración o de su hecho causante al que aquella pudiera retrotraerse, ampliable en 20 puntos porcentuales, cumplidos determinados requisitos, cuando el incapaz alcance 55 años de edad<sup>63</sup>.

Una lectura desinteresada de los preceptos anteriores en cuanto a las circunstancias que rodean la declaración de la IPT, nos lleva a la conclusión de que el declarado incapaz mantiene unas reales posibilidades para encontrar otro trabajo pues en la teoría sólo se le está negando desempeñar las tareas que hasta ese momento venía desarrollando en su profesión habitual. Sin embargo, la construcción y consecuente aplicación de este enfoque en la relación teoría-práctica no resulta tan sencillo, tal y como analizaremos a continuación:

En el primer trimestre del presente año 2021 se registraron un total de 3.653.900 parados en España, el 15,98 % de la población activa<sup>64</sup>, según el Instituto Nacional de Estadística, organismo encargado de publicar los datos de la EPA, de los cuales son jóvenes en situación de desempleo menores de 25 años de edad, el 39,53 % del total de jóvenes en situación activa de empleo<sup>65</sup>. Es notoria, con estos datos, la grave dificultad que sufren los ciudadanos españoles para encontrar un empleo y que derivan en una tasa de desempleo espectacularmente alta. Si ya es difícil conseguir un trabajo para quien goza de salud y plenas facultades físicas y mentales, ni qué decir si contamos con el añadido de una incapacidad.

---

<sup>62</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *op. cit.*, Disposición Transitoria 26ª.

<sup>63</sup> Disponible en <https://www.seg-social.es/> (fecha de última consulta: 5 de julio de 2021).

<sup>64</sup> Disponible en <https://www.ine.es/> (fecha de última consulta: 5 de julio de 2021).

<sup>65</sup> *Ibidem*.

Un ejemplo, caso real del que hemos tenido conocimiento directo con motivo del estudio y preparación de este estudio, en el que el interesado (a quien nos referiremos en lo sucesivo como “Hugo” a efectos de proteger su privacidad) sufrió un accidente no laboral por razón del cual fue declarado en situación de incapacidad permanente en grado de total para la profesión habitual, nos servirá de guía en este análisis.

El Sr. Hugo, consecuencia de los padecimientos que sufre a raíz de las lesiones y secuelas derivadas de dicho accidente, según la realidad de los hechos y la propia definición médica de los mismos, convive en su día a día con las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales:

- a) Limitación en la movilidad y desplazamientos.
- b) Limitación del tiempo de permanencia sentado.
- c) Limitación en la movilidad de la mano derecha (es diestro).
- d) No puede conducir a causa de sus limitaciones en la movilidad de la mano.
- e) Dificultad en la conciliación del descanso.

El juicio clínico de los padecimientos del Sr. Hugo deja ver con total claridad que sufre limitaciones en su vida diaria y las ha de sufrir también al enfrentarse a un puesto de trabajo. La cuestión a determinar es, siguiendo la jurisprudencia citada, si tiene o carece de actitud física suficiente para soportar una mínima jornada o exposición continua a todo tipo de trabajo, y si tiene o carece de facultad bastante para satisfacer el trabajo con la eficacia normalmente exigible.

Una cuestión trascendental también es si la valoración unitaria de cada una de sus lesiones o secuelas, o incluso por secciones, nos podría llevar a la conclusión de que el incapacitado puede realizar tareas livianas o incluso trabajos sedentarios; cuando al igual, en su valoración conjunta, tal conclusión decaería en todos sus fundamentos.

En la teoría, así es la opinión del INSS al declararlo en Incapacidad Permanente en su grado de Total, el Sr. Hugo puede desempeñar una profesión distinta a la que ha venido siendo su profesión habitual. En la práctica, el Sr. Hugo, que tiene 48 años de edad, mantiene exclusivamente conocimientos laborales de la que durante toda su vida ha sido su profesión habitual. Estos datos, añadidos a las limitaciones que sufre y la gran cantidad de parados que hay en España, parados más jóvenes, adaptables y eficaces laboralmente que él, fácilmente nos llevan a concluir que las posibilidades de encontrar

un trabajo se le reducen significativamente, caso de que, como afirma el INSS, realmente esté capacitado para desarrollarlo.

Cualquier empresa en la búsqueda de la maximización del rendimiento de sus trabajadores, ante dos perfiles, uno común y el otro con los impedimentos del Sr Hugo, elegiría siempre el perfil común. Ninguna empresa formaría a un señor incapaz de 48 años pudiendo formar a uno de los tantos jóvenes desempleados que hay en España, con toda una vida por delante de rendimiento laboral.

Lo cuestionable de este grado de incapacidad es que, al menos a nivel administrativo, no se tiene en cuenta para su consideración la franja de edad del afectado en su relación con la profesión que ha venido desarrollando y las que con razonabilidad podría desarrollar a futuro analizando otras variables: formación y estado del mercado de trabajo.

Recapitulemos, resumiendo el mandato comunitario construido en el seno del TJUE, y analizado anteriormente:

Queda de manifiesto en el asunto HK Danmark y otros que “[...] puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y, de este modo, suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78”<sup>66</sup>. Tal es así que en dicho texto normativo se contiene lo siguiente:

*“b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con [...] una discapacidad [...] respecto de otras personas, salvo que: [...] ii) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”<sup>67</sup>.*

---

<sup>66</sup> STJUE de 11 de abril de 2013, *op. cit.*, párrafo 76.

<sup>67</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, *op. cit.*, artículo 2, apartado 2, letra B.

Podríamos estar en situación de interpretar que los declarados en Incapacidad Permanente Total en España, que son así declarados con un criterio o práctica aparentemente neutra: la valoración de su estado de salud en relación a las tareas desarrolladas en su trabajo actual, y cuya protección se establece en el entendido de que están en disposición de encontrar otro trabajo, otorgándoles por tanto una protección que podríamos calificar como reducida; en realidad es una protección discriminatoria en relación al concepto y mandato de no discriminación en el ámbito laboral construido por el TJUE, toda vez que la situación del mercado laboral español, con un marcado y permanente nivel de paro muy por encima de la media de los países comunitarios, no va a permitir nunca a quien está limitado en sus facultades físicas o mentales y ha venido desarrollando históricamente su vida laboral en un determinado sector o actividad, que las empresas inviertan en su formación y mucho menos en su contratación, cuando el mercado de trabajo ofrece otras alternativas más atractivas al fin de la contratación, que no es otro que la maximización del esfuerzo del trabajador y de la inversión en su adaptación y formación en el puesto de trabajo, y aún menos cuando el trabajador incapaz tiene una edad media o avanzada.

Debieran establecerse, tal y como también es mandato comunitario, medidas adecuadas tanto en las empresas como a través de los organismos de protección y fomento del empleo para que estas personas incapaces, también cumpliendo el mandato de la igualdad de oportunidades, tengan una verdadera oportunidad de acceder a un puesto de trabajo, incluso a un reciclaje en la propia empresa en que prestaba sus servicios al tiempo de ser declarado incapaz, quizás siendo dicha empresa la que en mejor disposición estaría de efectuar dicho reciclaje con la ayuda institucional que se precisare. No se cumple con la jurisprudencia comunitaria si las medidas adoptadas, bajo la apariencia de teóricamente adecuadas, no son en absoluto aplicables en el entorno y realidad en que debieran llevarse a cabo<sup>68</sup>.

O bien, debiera crearse otro estadio de incapacidad, quizá intercalado entre la Incapacidad Permanente Total y la Incapacidad Permanente Absoluta, o como incapacidad total agravada, que con criterios veraces y reales analice en ciertos estadios muy relacionados con la edad, formación y lesiones del declarado, sus posibilidades de acceder al mercado de trabajo y si esa posibilidad puede llegar a ser en jornada

---

<sup>68</sup> STJUE de 18 de enero de 2018, *op. cit.*



completa o parcial, temporal o permanente, para ajustar, con criterio de necesidad más real, las ayudas y prestaciones a sus necesidades de manutención y vida, cumpliendo con el mandato comunitario y del TJUE de no discriminación por razón de la discapacidad y la discapacidad en el trabajo.

## **6. Conclusiones.**

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, protege a las personas con discapacidad y ampara la prohibición de la discriminación por dicha condición en el ámbito laboral o profesional. A raíz de lo analizado en el presente estudio, siendo que la discapacidad presupone la existencia de capacidad laboral, no se aleja de la lógica concluir que la protección de la Directiva alcanza tanto al concepto de discapacidad como al de incapacidad, no mereciendo tales conceptos, que desde el punto de vista del presente análisis son idénticos, o como mínimo análogos, una protección diferenciada.

Conforme al derecho español, la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasifica en grados<sup>69</sup>, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado.

El tratamiento legislativo del grado de la declaración de incapacidad que se sospecha pudiera estar alejado de los estándares de protección de la discapacidad y su conceptualización en los términos analizados según jurisprudencia del TJUE, es la Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual, tal y como se conceptúa y protege en el ordenamiento jurídico español, tal y como se estudia y declara por el INSS, y tal y como se protege al incapaz una vez ha sido declarado como permanente total.

El trabajador declarado en IPT, afirma el INSS, está capacitado para desarrollar algún trabajo que no sea su profesión habitual. Por ello, en el entendido de que está en disposición de encontrar otro trabajo, se le asigna una pensión cuantificada en el 55% de su base de cotización vigente al tiempo de su declaración o de su hecho causante al que aquella pudiera retrotraerse, para que vea cubiertas, al menos parcialmente, sus

---

<sup>69</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *op. cit.*, Disposición Transitoria 26ª.

necesidades de subsistencia; y ello a través de un criterio o práctica aparentemente neutra sin tener en cuenta el resto de circunstancias particulares, o generales, que coexisten en el entorno del incapacitado. No se cuestionan factores como la edad, la formación, la situación familiar, o incluso, las posibilidades reales de efectivamente encontrar un empleo que pueda desempeñar con el mínimo de eficiencia, rendimiento y asiduidad que, como hemos visto, exige la jurisprudencia.

Esta protección, disfrazada a través de la contribución en el pago de una pensión, que podríamos calificar como reducida; en realidad es una protección discriminatoria en relación al concepto y mandato de no discriminación por discapacidad en el ámbito laboral construido por el TJUE, toda vez que la situación del mercado laboral español no va a permitir nunca que la empresas inviertan en la formación y contratación de quien, no ostentando plenas facultades físicas y mentales, ha venido desarrollando históricamente su vida laboral en un determinado sector o actividad, cuando el mercado de trabajo ofrece otras alternativas más atractivas al fin de la contratación.

Por tanto, concluimos, en virtud del análisis sobre la materia que ha sido objeto de este estudio, que no se cumple con la jurisprudencia comunitaria, ni tampoco con el principio comunitario de igualdad de oportunidades, que garantiza a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, si las medidas adoptadas bajo la apariencia de teóricamente adecuadas, no son en absoluto aplicables en el entorno y realidad en que debieran llevarse a cabo.

## **7. Bibliografía.**

AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (FRA): *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Viena, febrero 2019.

BENAVENTE TORRES, M. I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE. C., Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, 2019.

COSTA REYES, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE. C., Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, 2019.

RUIZ SANTAMARÍA, J. L.: “El tratamiento de la discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE y su incidencia en España”, en AA.VV. (MOLINA NAVARRETE. C., Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Andalucía, 2019.