



Universidad
de Alcalá

**LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON ENFERMEDAD CRÓNICA O
DISCAPACIDAD EN LA CLÍNICA
LEGAL**

**RIGHTS OF PERSONS WITH CHRONIC
CONDITION OR DISABILITY IN THE
LEGAL CLINIC**

**Máster Universitario en
Acceso a la Profesión de Abogado**

Autor: D. Guillermo Javier Martínez Sotillo

Tutor: Dr. D. Miguel Ángel Ramiro Avilés

Alcalá de Henares, a 8 de Enero de 2018

UAH

**LOS DERECHOS DE LAS
PERSONAS CON
ENFERMEDAD CRÓNICA O
DISCAPACIDAD EN LA
CLÍNICA LEGAL**

**RIGHTS OF PERSONS WITH
CHRONIC CONDITION OR
DISABILITY IN THE LEGAL
CLINIC**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Autor: D. Guillermo Javier Martínez Sotillo

Tutor: Dr. D. Miguel Ángel Ramiro Avilés

Alcalá de Henares, a 8 de Enero de 2018

ÍNDICE

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I. LA CLÍNICA LEGAL.....	7
1.1 Concepto e Historia.	7
1.2 Repercusión ética y social.....	8
CAPÍTULO II. FICHAS DE TRABAJO DE LAS CONSULTAS	10
CASO 1. INDEMNIZACIÓN EN CONTRATO DE INTERINIDAD.....	10
CASO 2. PERIODO DE PRUEBA Y RESCISIÓN DE CONTRATO	15
CASO 3. COMPATIBILIDAD DE UNA PENSIÓN POR INCAPACIDAD CON EL DESEMPEÑO DE UN TRABAJO.	21
CASO 4. DUDAS SOBRE INCAPACIDAD	27
CASO 5. OBTENCIÓN GRADO DE INCAPACIDAD.....	33
CASO 6. INCAPACIDAD EN FUNCIÓN DE REDUCCIONES ANATÓMICAS Y FUNCIONALES	42
CASO 7. POSIBILIDAD DE BENEFICIARSE ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL POR UN CIUDADANO ESPAÑOL RESIDENTE EN OTRO PAÍS.	45
CASO 8. USUARIO CON VIH PREGUNTA POR RECONOCIMIENTO DE UNA INCAPACIDAD ANTE EL TEMOR DE SER DESPEDIDO.....	49
CASO 9. DENEGACIÓN DE UNA BECA DE ESTUDIOS PARA PERSONAS CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES.....	57
CASO 10. ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD.....	61
CAPÍTULO III: CONCLUSIONES AL TFM.....	67
BIBLIOGRAFÍA	70
ANEXO DE LEGISLACIÓN.....	71
ANEXO DE JURISPRUDENCIA	74

RESUMEN

Este trabajo recoge una visión de la Clínica Legal. En primer lugar, el lector encontrará una introducción acerca del interés personal sobre el tema objeto de estudio. En segundo lugar, un capítulo sobre la historia de la Clínica compuesto por varios bloques: su historia y concepto y la repercusión ética y social. En tercer lugar, se exponen una serie de casos en los que el autor ha trabajado. Por último, se realizan unas conclusiones sobre la experiencia obtenida en estos casos así como la del funcionamiento de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá.

ABSTRACT

This study includes a vision of the Legal Clinic. First of all, the reader will find an introduction that explains the author personal interest on the matter. Second, a chapter on the history of the Clinic including several topics: its history and concept and the its ethical and social impact. Third, a series of cases in which the author has worked related to the rights of citizens with chronic conditions or disability. Finally, conclusions are drawn about the experience obtained in these cases as well as the operation of the Legal Clinic of the Universidad de Alcalá.

PALABRAS CLAVE

Clínica Jurídica, autor, historia, concepto, ética, social, casos, derechos, ciudadanos, enfermedades crónicas, discapacidad, experiencia.

KEYWORDS

Legal Clinic, author, history, concept, ethic, social, cases, rights, citizens, chronic conditions, disability, experience.

INTRODUCCIÓN

Cuando una persona comienza sus estudios jurídicos en la Universidad, al igual que sucede con cualquier otra rama académica, tiene dos objetivos en mente: el primero, conseguir una titulación que le sitúe en una mejor posición a la hora de poder encontrar un trabajo que se adapte a sus preferencias; y el segundo, no por ello menos importante, adquirir las habilidades y destrezas necesarias para poder desarrollarse como un buen profesional de su sector.

En mi caso, esta idea se me presentó cuando inicié los estudios de Derecho, ahora continuados por un Máster de Acceso a la Profesión de Abogado, pero a medida que iba pasando el tiempo me encontré con que estos dos objetivos estaban muy condicionados.

Con respecto al primero de los objetivos, en las últimas décadas se ha consagrado el derecho al acceso a la educación universitaria, por lo que la competencia en el mercado de trabajo no ha hecho más que incrementarse al haber un mayor número de titulados. Por tanto, decidí buscar un modo de diferenciarme profesionalmente.

El segundo objetivo, referente a las aptitudes, que, en el caso de la abogacía, resultan inherentes en cualquier letrado, tales como el arte de saber expresarse en público, técnicas para reconducir la conversación al extremo deseado, capacidad de negociación con la parte contraria, entre otras, requerían de un desarrollo adecuado. Esto era evidente ya que la carrera universitaria de Derecho tiene una importante carencia en lo que a enfoque práctico se refiere.

Además las situaciones de discriminación laboral, restricciones en los accesos a servicios así como muchas otras cuestiones de diversa índole que aparecían en los medios de comunicación, hacían cuestionarme el acceso en condiciones de igualdad a los mecanismos de representación legal y asistencia jurídica de los colectivos más vulnerables y desfavorecidos, que en la mayor parte de las ocasiones, no pueden costear un letrado, y que, la sola labor del Servicio de Orientación Jurídica se muestra insuficiente en la salvaguarda de sus derechos e intereses legítimos.

No fue hasta mi ingreso en la Universidad de Alcalá, cuando descubrí la posibilidad de participar en la Clínica Legal de la Facultad y del planteamiento que ofrecía, respondiendo a la necesidad de trabajar con el Derecho y ayudar así a personas que lo necesitasen.

Consecuencia de todas estas inquietudes ha sido la realización de casos reales con personas diagnosticadas con enfermedades crónicas y/o discapacidad en la Clínica Legal en las que prestaba un servicio de asesoramiento a pacientes pertenecientes a asociaciones o colectivos vulnerables en lo que respecta a sus experiencias cotidianas en las que se haya producido algún perjuicio sobre la base de su condición.

Todo ello ha redundado en una mejora de mi capacidad de análisis, argumentación, planteamiento de preguntas al usuario, búsqueda de información relevante y síntesis de los fundamentos jurídicos aplicables enmarcado dentro de un ambiente de trabajo en equipo y desarrollando una conciencia crítica sobre cómo el Derecho regula la sociedad.

CAPÍTULO I. LA CLÍNICA LEGAL

1.1 Concepto e Historia.

Una Clínica Legal es un programa que se encuentra dentro de la facultad de derecho y cuyo objetivo es que los estudiantes puedan desarrollar un aprendizaje-servicio durante su estancia.

Las primeras clínicas de las que se tiene constancia, como la de la Universidad de Pennsylvania en 1893 o Denver en 1904¹, distaban mucho de éste concepto, pues estaban situadas fuera de la facultad, y, por ende, no formaban parte de los estudios académicos, concebidas como programas individuales y teniendo un carácter plenamente voluntario.

La historia del proceso de formación de las Clínicas responde a los valores que posteriormente guiarán su actuación, pues fue la crítica y la reflexión la que originó ésta metodología.

Concretamente, su origen responde a la crítica al sistema educativo imperante en el siglo XX en los Estados Unidos por parte de Jerome Frank en la disciplina legal.

Según sus postulados, para un correcto aprendizaje era necesario que la Clínica Legal se inspirase en los dispensarios médicos, mediante el ensayo de casos reales, y apartándose de la tradicional forma de estudio mediante libros de casos, es decir, según las palabras del Juez Holmes, distinguiendo entre un “*Derecho de los libros*” y un “*Derecho en acción*”².

El objetivo principal de estas clínicas, es aquél “*donde los profesores querían usar el Derecho como un instrumento de cambio social y representar a personas de bajos recursos*”³.

A partir de los años 60 empieza el proceso de expansión de las clínicas jurídicas y su implementación alcanza a otros continentes como América del Sur o Europa.

En Hispanoamérica, surgen críticos (Felipe González o Víctor Abramovich) con el sistema de enseñanza y se crean programas de "proyección social" a lo largo de Argentina, Perú, Colombia, Chile y Méjico.

¹ ÁLVAREZ, A.: *La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho*” cit. p. 127.

² BLÁZQUEZ MARTÍN, D.: *Apuntes acerca de la educación jurídica clínica*. cit. p. 48.

³ WITKER, J.: *La Enseñanza Clínica como recurso de aprendizaje jurídico*”. Academia. Revista sobre enseñanza del derecho. Año 5, Número 10, 2007, ISSN 1667-4154, cit. p. 185.

Por último, en Europa también van estableciéndose Clínicas Jurídicas y desde el año 2000 en España, contando hoy día con 17 Clínicas Jurídicas a lo largo del territorio nacional.⁴

1.2 Repercusión ética y social

Desafortunadamente, en éste mundo no todas las personas partimos con la misma ventaja a la hora de relacionarnos. Ésta realidad es bien conocida por las personas diagnosticadas con algún tipo de discapacidad o enfermedad crónica en el día a día y mucha gente no es realmente consciente del daño que puede llegar a causar a éste colectivo bajo diversas formas de actuación, algunas de las cuales pueden observarse más adelante en las fichas de trabajo. Es por ello por lo que existen asociaciones que hacen valer sus derechos e intereses legítimos.

La Abogacía, en primera instancia, “*adquirió un compromiso firme con la sociedad para atender la necesidad de defensa de las personas y colectivos más desprotegidos*”⁵. Muchas veces, la obtención de un abogado del turno de oficio se dificulta al estar sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos predeterminados por ley y es en ése ámbito dónde los Servicios de Orientación Jurídica (SOJ) actúan, aunque muchas veces su labor es insuficiente.

Por otra parte, en los últimos años el planeta ha estado marcado por continuos cambios sociales, políticos y éticos que requieren un esfuerzo por parte de las nuevas generaciones. Sin embargo, la mayoría de los jóvenes muestran una clara “*falta de cultura política o cívica que lleva, entre otras cosas, a omitir deberes ciudadanos*”⁶.

La Clínica Legal surge como respuesta a éstos planteamientos, al configurarse como un mecanismo de asesoramiento legal de los colectivos más vulnerables, complementario al SOJ y dónde los alumnos intervinientes adquieren, mediante la educación clínica, un aprendizaje práctico, al aplicar sus conocimientos teóricos para la resolución de los casos que se plantean; contextualizado, ya que tratan problemas reales a los que puede enfrentarse un abogado; ético, mediante el estudio de las pautas correctas del comportamiento humano; colaborativo, al relacionarse entre ellos, con los profesores o con los usuarios⁷.

⁴ ATIENZA, S.: *Clínicas Jurídicas en EEUU, ¿un modelo para España?* 6 de marzo de 2017. Disponible en: <https://hayderecho.com/2017/03/06/clinicas-juridicas-en-eeuu-un-modelo-para-espana/>

⁵ BLÁZQUEZ MARTÍN, D. et al.: *Guía sobre cómo crear, organizar gestionar y conducir una clínica jurídica en una facultad de derecho*” cit.p.7.

⁶ NAVAL, C.; GARCÍA, R.; PUIG, J. Y ANXO SANTOS, M.: *La formación ético- cívica y el compromiso social de los estudiantes universitarios. cit. p.2.*

⁷ RAMIRO AVILÉS, M. y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: *El Aprendizaje – Servicio en Derecho: la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. cit. p. 10.*

Durante todo éste proceso de aprendizaje, los alumnos además adquieren “*técnicas de análisis y ciertas destrezas profesionales que sirven de medios para aprender de su propia experiencia*”⁸, algunas de las cuales aparecen recogidas en la introducción de éste trabajo.

Los profesores se van a encargar de la supervisión durante el proceso, en el que existen fases con mayor grado de autonomía para el estudiante, como el planteamiento del caso, con el fin de dotarle de una mayor sensación de seguridad, pues la responsabilidad del correcto desarrollo del caso es suya. De este modo al final de la resolución de cada caso, los estudiantes sacarán sus propias conclusiones entre las que se incluye poder satisfacer las expectativas del usuario, facilitarle una respuesta útil y tratar de corregir los errores en los que haya incurrido la próxima vez que se enfrente a otro asesoramiento.

La Clínica Legal, como parte metodológica de la Universidad, contribuye al compromiso que ésta tiene en la educación cívica de las personas, proporcionando a los estudiantes un servicio especializado cuyo fin último es que las personas a las que asiste dejen de ser estigmatizadas por la sociedad, pues muchas de las discapacidades o enfermedades crónicas, gracias a los avances médicos o tecnológicos, pueden integrarse perfectamente en cualquier ambiente sin suponer un riesgo para la salud de otras personas, y por tanto, no debe generalizarse a la hora de proceder a actos discriminatorios de estos colectivos en su entorno laboral⁹.

⁸ GONZÁLEZ MORALES, F. et al. : *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanza, estrategias, experiencias*. cit. p. 35.

⁹ RAMIRO AVILÉS, M. y RAMÍREZ CARVAJAL, P.: *Discriminación por razón del VIH: Los casos de la Clínica Legal en 2015*. cit. p. 6.

CAPÍTULO II. FICHAS DE TRABAJO DE LAS CONSULTAS

CASO 1. INDEMNIZACIÓN EN CONTRATO DE INTERINIDAD

Fecha¹⁰: 5 de octubre de 2016.

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

-Guillermo Javier Martínez Sotillo.

- Sergiu Ionele.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Miguel Ángel Ramiro Avilés.

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

Consulta realizada con el objetivo de saber si corresponde indemnización de 20 días por año trabajado por contrato de interinidad. La usuaria pregunta si la sentencia del TJUE tiene validez para su caso.

Además, añade que tiene un alto grado de discapacidad reconocido del 65% en el oído que no le han impedido realizar su trabajo con la ayuda de una prótesis auditiva y audífonos. También tiene visión borrosa en un ojo y se le ha realizado un trasplante de riñón.

Es importante conocer esta información debido a que mediante las prótesis auditivas y audífonos ha podido establecer su trabajo en las mismas condiciones en las que podría realizarlas un trabajador fijo.

¹⁰ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

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

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)¹¹

- Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada (artículo 14; cláusula 1, 3 y 4).
- Constitución Española 1978 (art. 119).
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (artículos 2 a) y 3.)).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Art. 399 y siguientes).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (art 64).
- Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada (art. 4.1 y 2; 59.1).
- 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 (art 4.2).
- 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 (arts. 15.5; 49.1c) y 53.1.b)).
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. (arts. 8.2b), 59.2)).

¹¹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)¹²

- Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016.
- Sentencia del TSJ de Madrid sección 3 de lo social rec. 246/2014 res. 613/2016.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)¹³

4. Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

5. Respuesta fundamentada

Estimada usuaria,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

Su consulta plantea si usted podría optar a una indemnización de 20 días por año trabajado por la no renovación de su contrato de interinidad.

Efectivamente, como nos ha indicado en su consulta, existe una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 en la que se equipara la indemnización de un contrato de interino con la de un empleado fijo (20 días). Esta decisión además se ha recogido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 5 de Octubre de 2015.

¹² Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

¹³ Se explicará su utilidad para la respuesta.

Para llegar a dicha conclusión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece el principio de no discriminación de trabajadores con un contrato de duración determinada con respecto a trabajadores fijos comparables, salvo que se justifique por razones objetivas. Es decir, en su caso, usted sería la trabajadora con un contrato de duración determinada (interinidad) y la mujer que se encontraba en excedencia sería la trabajadora fija comparable. Decimos que es comparable su relación laboral puesto que al trabajar usted durante 7 años se entiende que está igualmente capacitada para desarrollar sus funciones con respecto a la persona a la que está sustituyendo; eso sin contar con que usted se ha servido de audífonos y prótesis auditivas para desempeñar su trabajo de la mejor forma posible.

Según el TJUE, la indemnización, cuando se produce una finalización de contrato, forma parte de las condiciones de contratación de todos los trabajadores, incluyendo los temporales como en su caso.

Con respecto a esta sentencia, puesto que tiene carácter comunitario, le puede facultar para pedir la indemnización de 20 días por año trabajado, de conformidad con la Constitución Española así como numerosas sentencias que establecen la primacía del Derecho de la Unión, aunque como ya sabrá, está en proceso de reconocimiento por nuestros tribunales españoles, así que las respuestas que den dependerán de cada caso en concreto.

Asimismo, las vías de las que dispone para reclamar su indemnización son la extrajudicial y la judicial. Para evitar gastos innecesarios, recomendamos que opte por la vía extrajudicial. Para ello, puede por ejemplo, acudir al departamento de recursos humanos de su centro de trabajo en el que ha trabajado durante estos 7 años y aportando las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (podemos enviarle ambas sentencias si así lo desea) para que se le reconozca, al igual que ocurre en estas sentencias, el derecho a la indemnización de 20 días por año trabajado debido a su situación de interinidad.

Si por el contrario, no se le reconoce este derecho, podría presentar una reclamación de cantidad ante los juzgados de lo social en el plazo de un año. A la hora de realizar esta reclamación, que deberá realizarse mediante un juicio ordinario en el que será obligatoria la asistencia abogado y procurador, según el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede ser de su interés optar a la asistencia jurídica gratuita, siempre y cuando pueda acreditar insuficiencia de recursos para poder llevar a cabo un procedimiento. Es decir, si usted está integrada en una unidad familiar los recursos anuales de los que usted dispone no pueden ser superiores a 15.975,35€ o si, de lo contrario, no estuviera integrada, no ser superiores a 12.780,26€ para poder beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita.

Otra manera de acceder a la asistencia jurídica gratuita es que se valoren las circunstancias de su salud o de personas que estén a su cargo, en el caso de que supere los recursos anteriormente citados.

Para efectuar cualquiera de estas dos modalidades indicadas, puede ser de su interés visitar la página <http://www.justiciagratis.es/publico/> en la que es posible presentar la solicitud de asistencia jurídica gratuita por internet. Si prefiere solicitarla personalmente debería acudir al Colegio de Abogados de su domicilio (viene también indicado en la página web).

Del mismo modo, no deberá presentar ninguna papeleta de conciliación debido a que en este caso la parte demandada sería una entidad pública y el artículo 64 de la ley reguladora de jurisdicción social exceptúa la necesidad de conciliación en caso de que la parte demandada sea el Estado o una entidad pública.

Por último, cabe recordar que a la hora de finalizar su contrato de carácter temporal, lo más recomendable sería que en el finiquito plasme la expresión “NO CONFORME” ya que de lo contrario, el derecho de reclamación de indemnización a la que hacemos referencia anteriormente podría verse afectado.

CASO 2. PERIODO DE PRUEBA Y RESCISIÓN DE CONTRATO

Fecha¹⁴: 2 de Noviembre de 2016.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Eduardo López Ahumada.

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

Consulta realizada con el objetivo de saber si el periodo de prueba fijado a la trabajadora es conforme a Derecho y si procede alguna acción legal contra la empresa que notifica la rescisión de su contrato durante su baja por enfermedad de Crohn.

La usuaria señala que tiene concertado un periodo de prueba de un año y que su enfermedad estaba diagnosticada con anterioridad a la celebración de su contrato.

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

Instrumentos Normativos Utilizados

3. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)¹⁵

- Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 (art 4.4).

¹⁴ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

¹⁵ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

- C-158. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 OIT (art 6.1).
- Decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011).
- Constitución Española (art 9.3, 35, 40.1 y 96.1).
- 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 (art. 14, 45, 52.d), 59.2 y 3).
- Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (art. 5.2).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (art. 113).
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (art. 4).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (art 6.4, 7.2, 1100 y 1101).

4. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)¹⁶

- Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Primera de 26 de mayo de 2008 (nº 62/2008),
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (nº 412/13).
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014 (nº 179/14).
- Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró de 29 de abril de 2014 (nº 144/14).
- Auto del Tribunal Superior de Justicia Sala de lo Social Sección Primera: 2018/2013.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)¹⁷

4. Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de

¹⁶ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

¹⁷ Se explicará su utilidad para la respuesta.

5. Respuesta fundamentada

Estimada usuaria,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

A través de su consulta nos ha hecho llegar los siguientes interrogantes:

1º Si el periodo de prueba que determina su contrato (un año) se ajusta a derecho.

2º Qué acciones se pueden llevar a cabo ante la notificación de la rescisión de su contrato.

CONTRATO

La diferencia entre un concepto y otro (despido y rescisión) es que en la rescisión del contrato, la empresa decide concluir el mismo libremente. El despido se produce cuando la relación laboral se consolida, una vez superado el período de prueba, y el empresario decide unilateralmente extinguir el contrato de trabajo.

Hay que analizar desde un primer momento si el contrato de apoyo a emprendedores (el que usted tiene) se adapta a la profesión que estaba desempeñando (camarera). Estos contratos pretenden facilitar el empleo estable de los trabajadores debido a la situación económica de nuestro país.

El problema es que en nuestra legislación hay un contrato indefinido ordinario, que puede incluir periodo de prueba según el art. 14 CE de duración más baja que el periodo de prueba de 1 año del contrato de emprendedores. Por tanto, entenderíamos que en su caso, su actividad no se ajustaría al perfil del contrato de apoyo a emprendedores y, debido a ello, el período de prueba debería ser más bajo y nunca podría alcanzar el año.

PERIODO DE PRUEBA

En relación al período de prueba que se contempla en su contrato, conviene señalar que la Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral en su artículo 4 prevé un período de prueba de un año en los contratos de apoyo a emprendedores. Los criterios que establece su adopción son muy flexibles ya que legalmente no se contempla ninguna exigencia expresa sobre la orientación del periodo de prueba (por ejemplo, no tiene en cuenta el puesto de trabajo que se pretende cubrir ni la capacitación del trabajador para justificar su adopción).

Por tanto, puede observarse que el contrato de apoyo a emprendedores que se le estaba aplicando puede constituir fraude de ley por el hecho de establecer un tipo de contrato que no se ajusta al trabajo que está realizando. La fundamentación jurídica se encuentra en la finalidad del contrato, que es la que permite aplicar el periodo de prueba establecido en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores (2 meses para los contratos ordinarios).

ENFERMEDAD

El Estatuto de los Trabajadores en su artículo 52.d) establece que están excluidas las bajas por enfermedad o accidente no laboral. La situación de enfermedad está amparada por la suspensión del contrato de trabajo y tiene reserva de puesto de trabajo. Las ausencias son justificadas al estar excluidas de los niveles de faltas de asistencia intermitentes que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de las faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5% de las jornadas hábiles, o el 25% en cuatro meses discontinuos en un periodo de 12 meses.

Por lo tanto y en su caso particular, el tiempo que ha estado de baja no computará como días de falta de asistencia junto con las otras faltas intermitentes que haya tenido en su trabajo.

En conclusión, se encuentra amparada por la suspensión del contrato de trabajo establecido en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores y tiene reserva de puesto de trabajo. Cualquier medida que afecte a este estatus puede ser considerada discriminatoria por suponer un juicio empresarial respecto de su situación personal y su proyección en el trabajo.

Además, al tratarse de un despido durante la suspensión del contrato de trabajo por hallar en periodo de baja por enfermedad sin tener en cuenta la aptitud profesional de la trabajadora, podría darse un supuesto de discriminación por motivo de su enfermedad del artículo 14 de la Constitución Española relativo a la igualdad ante la ley.

El derecho a la integridad física y moral, consagrado en el artículo 15 de la Constitución se vería vulnerado. No se puede primar el criterio de asistir a su puesto de trabajo por encima del derecho a mantener su salud.

PROTECCIÓN JURÍDICA

A todo esto tenemos que añadir que la empresa ha decidido despedirla precisamente cuando se ha enterado de que ha estado de baja por un brote de la enfermedad y que dichos días de baja están justificados por lo que podríamos encontrarnos ante un caso de discriminación al derecho del trabajo del artículo 35 de la Constitución Española y al derecho de la intimidad personal del artículo 18.1 de la Constitución.

Para determinar si se produce tal discriminación, se deben examinar los criterios de razonabilidad y proporcionalidad de la medida. Dichos criterios han sido examinados por el Tribunal Constitucional y que explicamos a continuación.

En este caso, si la enfermedad se tomara únicamente para adoptar la rescisión de su contrato, se trataría de un supuesto de discriminación de igualdad ante la ley (art. 14 Constitución Española).

Si la empresa conociera la enfermedad y sabiendo que la misma puede dar lugar a que la trabajadora pueda necesitar de un periodo de baja, se aprovechara de que esto sucediera para comunicar el despido a la trabajadora alegando que no supera el periodo de prueba, puede dar lugar a la nulidad del despido por discriminación del artículo 35 anteriormente mencionado.

Podría solicitar a su empresa la nulidad del despido, al producirse una violación de derechos fundamentales y libertades públicas o causas de discriminación como las que hemos señalado anteriormente prohibidas en la Constitución o en la ley (art. 55. 5 Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). Esta actuación de nulidad podría conllevar la reincorporación al puesto de trabajo. En caso de que la empresa decidiera no acatar dicha consecuencia, podría solicitar una indemnización por despido improcedente (33 días por año trabajado), y en su caso, una indemnización por daños y perjuicios

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca del asunto de la discriminación en Sentencia del Tribunal Constitucional. Sala Primera de 26 de mayo de 2008 (nº 62/2008). En la sentencia se establece que no puede acreditarse de forma indiciaria que esté incapacitada para el trabajo cuando la situación que motivó el despido (brote por enfermedad de Crohn fuese la primera vez que concurre la relación laboral con la empresa.

Por tanto, puede presumirse que el motivo de fondo de la empresa que da lugar a la rescisión del contrato es la consideración de que la enfermedad impida al trabajador desarrollar sus funciones y no considerando rentable su prestación laboral. Debido a este razonamiento, podría dar lugar a un juicio discriminatorio y por lo tanto operaría la nulidad.

Una vez que el Colegios de Abogados reciba su solicitud y ésta no tengan ningún error, se le asignará un abogado provisional en el plazo de 15 días. De no realizarlo el Colegio de Abogados, podrá dirigirse a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita para que ésta le designe abogado.

Dicho todo esto y reflejando que se está ante una situación de discriminación, la carga de la prueba se invierte hacia la empresa. Esto quiere decir que es la empresa la que tiene de justificar que la rescisión del contrato no se ha producido a causa de la baja por enfermedad.

POSIBILIDADES DE ASISTENCIA Y DEFENSA JURÍDICA

Asimismo, le recordamos la posibilidad de obtener asistencia jurídica gratuita recogida en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita.

Podrá solicitarla si reúne alguno de estos requisitos: (Art. 3 Ley Asistencia Jurídica Gratuita).

A) Si no está integrada en una unidad familiar, acreditar menos de 12.780,26 € anuales.

B) Si está integrada en una unidad familiar (menos de 4 miembros), acreditar menos de 15.975,32 € anuales.

Por otro lado, si tiene reconocido algún grado de discapacidad mayor o igual al 33%, también tendrá derecho a dicha asistencia jurídica gratuita en virtud del artículo 5.2 de la misma ley.

El reconocimiento de Asistencia Jurídica Gratuita puede presentarlo ante el juzgado de su domicilio (artículo 12 Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita) y se extenderá a todos los trámites de un mismo proceso (artículo 7).

Para ello tendrá que indicar:

1º) que prestaciones desea de Asistencia Jurídica Gratuita (defensa y representación gratuitas, asesoramiento y orientación gratuitos previos, etc... puede elegir todas o algunas de las que aparecen en el art. 6 de esta ley).

2º) Datos para apreciar la situación económica y patrimonial de usted y de los miembros de su unidad familiar.

3º) Pretensión que se quiera hacer valer (Posible acción de nulidad de su despido).

4º) Indicar las partes contrarias en el litigio (la empresa).

A su vez, podría reclamar una indemnización por la violación de los derechos fundamentales, daños y perjuicios incluido el daño moral, recogido en los artículos 1100 y 1101 del Código Civil por responsabilidad contractual, como es su caso.

Dicha reclamación deberá solicitarla ante el órgano de lo social correspondiente a su domicilio en el plazo de 20 días hábiles y 1 año para reclamar a su empresa las cantidades debidas según los artículos 59.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores. A su vez, será necesaria la asistencia de un abogado.

CASO 3. COMPATIBILIDAD DE UNA PENSIÓN POR INCAPACIDAD CON EL DESEMPEÑO DE UN TRABAJO.

Fecha¹⁸: 14 de Noviembre de 2016.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.
- Ignacio García Arozamena.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Eduardo López Ahumada.

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

Consulta realizada con el objetivo de conocer si es compatible la pensión por incapacidad permanente total (IPT) para la profesión habitual con el desarrollo de un trabajo.

El usuario ha recibido una oferta de trabajo de la misma empresa de la que tuvo que darse de baja debido a su enfermedad (Colitis Ulcerosa) para la cual tiene reconocido una discapacidad de 35%. El puesto de trabajo a desarrollar (encargado de obra) es distinto del que tenía anteriormente (oficial 1ª) aunque se encuentra en el ámbito de la construcción.

¹⁸ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

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

-¿Podría enviarnos por correo electrónico una copia de la resolución de la incapacidad permanente total?

- ¿Podría decirnos cómo ha detectado la empresa que le ofrece el trabajo su enfermedad? ¿Se lo ha dicho usted?

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)¹⁹

-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. (Arts. 193 y ss.)

-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. (arts. 22.2,39,49.1e)).

- 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 (art 17.3).

-Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de incapacidad permanente en la Seguridad Social. (arts. 1 y 2)

-Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (art. 146.1).

-Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. (arts. 1, 11, 12, 15, 22, 23, 24, 35 y ss.).

-Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. (arts. 17 y ss.)

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)²⁰

¹⁹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

-STS del 18 de Enero de 2002 (9607/2002) FJ SEGUNDO Y TERCERO.

-STS 28 de Enero de 2002 (9395/2002) FJ SEGUNDO Y TERCERO.

-STS 15 de Octubre de 2004 FJ SEGUNDO Y TERCERO.

-STS 27 Abril de 2005 FJ SEGUNDO Y TERCERO.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)²¹

-Dictamen pensión Incapacidad Permanente Total del usuario.

-Resolución pensión IPT del usuario (ambos proporcionados por el mismo).

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

-Página web de la Seguridad Social.

Respuesta fundamentada²²

Estimado usuario,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

A través de su consulta nos ha hecho llegar el siguiente interrogante:

1º) Si la Seguridad Social puede revocarle el derecho a la prestación de incapacidad permanente total en orden a aceptar el trabajo que le han ofrecido.

²⁰ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porque es útil para la respuesta

²¹ Se explicará su utilidad para la respuesta.

²² Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

Antes de nada, hay que aclararle que la prestación de incapacidad permanente total se le puede revocar en el supuesto de que se produzca un proceso de revisión y usted se ha encontrado curado de las limitaciones orgánicas y funcionales que le inhabilitan para la profesión habitual. Lo que se deduce de su consulta es que usted quiere aceptar la oferta de trabajo que le han ofrecido, y esto puede ocurrir con independencia de que se le revoque la prestación de incapacidad permanente total.

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL

En primer lugar, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece en su artículo 192.4º una definición legal acerca de la Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual. Es aquella *“que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”*.

La Resolución que nos ha aportado le ha declarado la Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual el día 17/12/2013. Concretamente, la profesión habitual que desempeñaba era la de peón de albañil (Oficial Primera), siguiendo las indicaciones del dictamen que nos ha facilitado. La empresa tiene el deber de adaptar el puesto de trabajo respetando las indicaciones del Dictamen a la hora de desarrollar su profesión. Como sustitución de las rentas salariales que recibía por su trabajo, el INSS le reconoció el derecho a una pensión del 55%, en atención a la situación de Incapacidad Permanente Total

COMPATIBILIDAD PRESTACIÓN

Usted podría compatibilizar la prestación de Incapacidad permanente Total con el salario que perciba como Encargado de Obra, según el artículo 198 de la Ley General de la Seguridad Social. El desarrollo para llegar a esta conclusión es el siguiente: Como se ha mencionado anteriormente, usted se encuentra limitado para el desarrollo de la profesión habitual, porque no puede realizar todas o algunos de las tareas fundamentales de la misma. Llegado este punto, conviene analizar si el nuevo puesto de trabajo que le han ofrecido (encargado de obra) lleva aparejadas unas funciones que no son las fundamentales de su anterior puesto (Oficial Primera).

Realizando un estudio acerca de las funciones en uno y en otro puesto, podemos determinar que el puesto de Oficial Primera tiene asignadas tareas que exigen un esfuerzo mayoritariamente físico consistente en llevar a cabo las instrucciones dictadas por un superior (tareas de ejecución). Por el contrario, el puesto de Encargado de Obra tiene asignadas funciones de mando, de observación y control. De este modo puede concluirse que el puesto de Encargado de Obra realiza tareas de diferente naturaleza a las de un Oficial Primera.

Ante esta nueva situación de limitación de funciones la empresa que le contrata debe tenerlo en cuenta. Para ello, en primer lugar, no debe contravenir las limitaciones orgánicas y funcionales que constan en el dictamen mediante la asignación de trabajos de esfuerzos. En orden a garantizar la prevención de riesgos laborales, la empresa que le contrate no sólo deberá realizar una labor de prevención general (art. 15 Ley de Prevención de Riesgos Laborales) sino que también deberá centrarse específicamente en garantizar su protección al trabajo debido a su sensibilidad a determinadas actuaciones mediante la aplicación de medidas preventivas y de protección para que desarrolle su trabajo de la mejor manera posible (art. 25 Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Especialmente la empresa deberá considerar la capacidad laboral del trabajador y adaptar el trabajo a la persona como principio básico de la acción preventiva de los riesgos laborales [art. 15.1.d) LPRL].

POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN

En el caso de que su capacidad laboral se vea reducida en su nuevo puesto puede llegar a un acuerdo de reducción de salario con la empresa (no más del 50% de la pensión)

No es necesario que comunique a la Seguridad Social su nueva situación profesional. En todo caso, El Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), podrá proceder a una revisión de la incapacidad, ya sea a instancia de parte o de oficio, tal y como señala el artículo 200 de la Ley General de la Seguridad Social, y si constatan que tiene aptitud para trabajar, podrían suspenderle el derecho a su prestación por la incompatibilidad. La suspensión supone la interrupción del contrato de trabajo de manera temporal con reserva de puesto de trabajo, mientras que la extinción supone la resolución definitiva del contrato. Para realizar esta suspensión tendrían que comenzar un proceso judicial especialmente previsto para ello. (art.48.2 Estatuto de los Trabajadores).

La calificación de incapacidad permanente se definirá en función del porcentaje de reducción de la capacidad del trabajo. Para establecer dicho grado de incapacidad, se tendrá en cuenta la reducción de la capacidad de trabajo en el ámbito de la profesión que estaba desarrollando el interesado (artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social). Teniendo en cuenta que usted cuenta con una discapacidad del 35% se le tiene reconocida la incapacidad permanente, y en su caso tiene el grado de total.

Otro requisito para la concesión de la prestación es la de haber cubierto un periodo mínimo de cotización, que en su caso, sería aplicable el de la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los veinte años y la del hecho causante de la pensión, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante. (Artículo 195 Ley General de la Seguridad Social).

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total, será una prestación vitalicia, que en determinados casos podrá sustituida por una indemnización debido a que usted es menor de sesenta años. (art. 196 Ley General de la Seguridad Social).

Por último, recordarle la posibilidad que tiene de aumentar su prestación en un 20% si percibiera la pensión por incapacidad permanente total cualificada, pero ello deberá ser a partir de los 55 años, mientras siga teniendo problemas para encontrar empleo en actividad distinta de la habitual (art. 196.2 LGSS).

Por otro lado, el Estado tiene la obligación de llevar a cabo políticas de integración, tratamiento y rehabilitación de las personas con discapacidad física.. Dicha obligación está recogida en el artículo 49 de la Constitución Española.

En caso de que se le deniegue el derecho a la percepción de la pensión por incapacidad debido a la realización del trabajo, podría darse una violación de los artículos 10 y 35 de la Constitución Española referidos a la dignidad de la persona y al derecho de trabajo, tal y como han reconocido numerosos pronunciamientos (Sentencia de 30 de enero de 2008-Sala de lo Social. Sección 1ª. RJ 2008/1984; Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2009-Sala de lo Social, Sección 1ª- RJ 2009/5730).

CASO 4. DUDAS SOBRE INCAPACIDAD

Fecha²³: 5 de Enero de 2017.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.
- Ignacio García Arozamena.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Eduardo López Ahumada.

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

Consulta realizada con el objetivo de resolver las siguientes cuestiones planteadas acerca de la revisión de la Incapacidad Permanente Absoluta.

1. ¿Me pueden revisar la Incapacidad Permanente Absoluta antes de los seis meses del trasplante, teniendo en cuenta la mala evolución del mismo?
2. Y si no puede, ¿qué opciones tengo para impugnar la revisión?
3. ¿Cuánto tiempo hay que esperar para evaluar el trasplante?
4. Y por último, con un filtrado glomerular (función renal) <20, ¿qué tipo de incapacidad me correspondería?

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

²³ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)²⁴

- 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. (Arts. 193 y ss.)
- Ley Jurisdicción Contencioso- Administrativa (arts. 19, 25 y 46).
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (art. 2.ñ)).
- 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 (art 17.3).
- Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de incapacidad permanente en la Seguridad Social. (arts. 1, 2 y 3).
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.
- Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. (arts. 11 y 12).
- Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. (arts. 36 y ss.)

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)²⁵

- STS 18 de febrero de 2002 FJ SEGUNDO
- STS 12 de Mayo de 2003

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)²⁶

²⁴ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

²⁵ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

²⁶ Se explicará su utilidad para la respuesta.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

Respuesta fundamentada²⁷

Estimado usuario,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

A través de su consulta nos ha hecho llegar los siguientes interrogantes:

1. ¿Me pueden revisar la Incapacidad Permanente Absoluta antes de los seis meses del trasplante, teniendo en cuenta la mala evolución del mismo?

En primer lugar, habría que señalar que *la IP es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.* (Artículo 193 LGSS) Por lo tanto, para que se le califique en algún grado de IP la situación debe de ser previsiblemente definitiva. En su caso, el trasplante se ha realizado hace poco tiempo, y al ser una operación médica importante que pueda traer generalmente consecuencias perjudiciales a corto plazo, el INSS podría esperar para ver si se confirma que su situación ha empeorado y que es previsiblemente definitiva.

En los procesos de revisión por agravación se ha venido exigiendo, por un lado, que las dolencias primitivas hayan empeorado o bien, que al concurrir con otras con posterioridad, el cuadro incapacitante del trabajador sea más grave que cuando le fue reconocido el grado que se pretende revisar, y, de otro lado, la necesidad de que el empeoramiento repercuta de tal forma en la capacidad laboral de quien la padece, que efectivamente la disminuya o anule por completo.

La Ley General de Seguridad Social, en adelante LGSS, art.200, establece que todas aquellas resoluciones sean iniciales o de revisión de la Incapacidad Permanente tienen que recoger el plazo por el cual se le puede revisar por agravación o mejoría, siempre que usted no haya cumplido los 67-65 años para causar derecho a la prestación

²⁷ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

de jubilación.

A mayor abundamiento, el Real Decreto 1300/1995, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, determina, en su artículo 3º apartado b), que una de las funciones de los Equipos de Valoración de Incapacidades (que forman parte de cada Dirección provincial del INSS) es la determinación del plazo a partir del cual se podrá instar a la revisión del plazo de invalidez por agravación o mejoría (art. 3b RD 1300/1995).

Por lo tanto, tendrá que examinar si en la resolución de la Incapacidad Permanente Absoluta que se le aportó en su día aparece dicho plazo refiriéndose a las situaciones de agravación o mejoría y si el mismo respeta el período de menos de 6 meses desde que se le realizó el trasplante. Si esto es así, se le podría revisar la incapacidad permanente.

Para la cualificación de la IP en grado de Gran Invalidez, el artículo 194 de la Ley General de la Seguridad Social señala en su apartado 6 que se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

En el proceso de revisión se prevé la apertura de un período de prueba durante quince días, en el que usted podrá alegar y presentar cuantos documentos estime necesarios (arts. 11 y 12 Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social). Tendrá que aportar su historial clínico o informe médico y el informe médico de síntesis y cualquier otro documento de carácter médico que pueda incidir de forma relevante en la decisión final de la revisión. En base a estos documentos y pruebas el Equipo de Valoración de Incapacidades, en adelante EVI, formulará su dictamen-propuesta sobre la posible nueva calificación de su IP. Teniendo en cuenta que se trata de un trasplante reciente evaluarán su evolución durante este tiempo y la afectación que ha tenido en su capacidad laboral y vital en general.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “la agravación o mejoría de su estado debe referirse a la situación completa del incapacitado, siendo posible tener en cuenta nuevas afecciones o cuadros patológicos”. (STS 18 de febrero de 2002 FJ SEGUNDO). Sin embargo, esta valoración habrá que abordarla teniendo en cuenta el caso particular, es decir que si se prevé una mejoría en un plazo de tiempo corto se tendrá en cuenta para emitir el informe.

Su situación presenta particularidades por no estar del todo claro y definitivo si las dolencias añadidas a su estado con el trasplante tienen carácter permanente o pasajero. Según la Sentencia del Tribunal Supremo, máximo órgano judicial español, del 12 de mayo de 2003: “*el tránsito hacia una Gran Invalidez en un proceso de*

revisión no quedará obstaculizado si se cumplen los requisitos legales exigidos y el declarado incapaz necesita de la ayuda de terceras personas para poder subsistir cuando se prevea que su duración va ser previsiblemente corta.”

2. Y si no puede, ¿qué opciones tengo para impugnar la revisión?

En el caso de que quiera recurrir la resolución de la revisión, debe hacerlo dentro del plazo de los treinta días siguientes a la fecha de notificación, o 135 si se hubiera denegado por silencio administrativo. Deberá hacerlo ante la Dirección Provincial del INSS. Si se le deniega esta impugnación, una vez haya puesto fin a esta vía administrativa, podrá interponer un recurso en la vía judicial contra la Administración Pública, incluido el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) (Art. 2.º Ley de la Jurisdicción Social).

En base a las pruebas que pueda presentar a favor de que su estado es previsiblemente definitivo la impugnación debería resultarle favorable. Usted deberá aportar pruebas de que su estado ha empeorado respecto a su situación anterior, de que este estado se prevé como permanente, y para que le concedan la pensión de Gran Invalidez deberá probarse que usted necesita la ayuda de terceras personas para realizar los actos esenciales para la vida. Tendrá que contradecir, primero, el acto administrativo con pruebas, contando para ello con un criterio técnico de un facultativo médico. Debemos advertir que generalmente en fase administrativa se deniega aunque es importante acudir a la misma ya que sobre esa base se prepara el recurso ante la jurisdicción. No se pueden atraer nuevos elementos de juicio.

3. ¿Cuánto tiempo hay que esperar para evaluar el trasplante?

Por otro lado, la Disposición final en el Anexo I, Capítulo 8 en su apartado 4, del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad establece que en los casos de los enfermos sometidos a trasplante renal, la revisión se efectuará a partir de los 6 meses después de realizar el mismo. En el caso de que existan mejoras, puede afectar a su situación si la IP es revisable. También dependerá de que en su resolución en la que le conceden la IP, se releje que la misma es revisable y las condiciones en las que dicha revisión se realice.

4. Y por último, con un filtrado glomerular (función renal) <20, ¿qué tipo de incapacidad me correspondería?

Antes de nada, explicarle que son conceptos diferentes la discapacidad o minusvalía y la Incapacidad Permanente que está directamente relacionada con su capacidad para trabajar y representa una sustitución de su salario por una pensión. La minusvalía es también una pensión pero independientemente de su capacidad para trabajar, y se expresa en porcentaje.

Con respecto a la Tasa de Filtrado Glomerular (TFG) se considera un estadio de la lesión renal de categoría moderada al situarse en entre el 15-29. El Informe Médico del Paciente Renal, realizado por el Equipo de Valoración de Incapacidades estará compuesto por el Subdirector Provincial de Invalidez; un médico inspector; un facultativo médico del Instituto Nacional de la Seguridad Social, un Inspector de Trabajo y Seguridad Social y un funcionario encargado del trámite de prestación de invalidez. Para determinar la Incapacidad Permanente Absoluta, primero se necesita reflejar la sintomatología de la enfermedad, como por ejemplo reflejar el filtrado glomerular que usted nos ha indicado. Puesto que dentro del órgano del Equipo de Valoración de Incapacidades hay miembros del Instituto nacional de la Seguridad Social, éstos habrán trasladado la sintomatología al grado de Incapacidad para realizar una profesión según sus propios baremos y le habrán asignado la que corresponde, en este caso, la Incapacidad Permanente Absoluta.

En cuanto al tipo de discapacidad, el ya nombrado Real Decreto 1971/1999, recoge unos criterios para la asignación del porcentaje de discapacidad atribuible a deficiencias del riñón (la discapacidad se establece por porcentaje). Ajustándonos a su caso, se encontraría en una clase 3, es decir, que padece insuficiencia renal crónica con aclaramientos de creatinina inferiores a 20 ml/min, no precisando tratamiento dialítico continuado por lo que su grado de discapacidad es leve o moderado. Se le asignará una minusvalía de entre el 25 al 49 %. Teniendo en cuenta que las enfermedades no son estáticas, se le realizarán revisiones periódicas en relación a la calificación de la minusvalía (dos veces al año), a menos que su estado haya mejorado claramente.

Por último, queremos aclarar que la IP dependerá en todo caso de la capacidad del trabajo y que los grados de la misma se sitúan entre el 33 y el 66%.

CASO 5. OBTENCIÓN GRADO DE INCAPACIDAD.

Fecha²⁸: 5 de Enero de 2017.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Eduardo López Ahumada.

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

Usuario que padece enfermedad de Crohn explica la situación que experimenta en su trabajo a raíz de la operación que se le realizó hace 11 años, las condiciones laborales así como dolencias físicas y psíquicas para preguntar si optará a algún tipo de incapacidad.

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

- ¿Cuál es su puesto de trabajo y qué tareas realiza exactamente? Si nos pudiera especificar, gracias. ¿Cuáles son las condiciones laborales a las que se refiere?
- ¿Nos puede explicar que dolores tiene y como le afecta en el trabajo, si tiene brotes diarios de la enfermedad, si necesita estar hospitalizada, y cuántas diarreas sufre al día?
- ¿Sufre estrés a causa de su trabajo?

²⁸ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

- ¿Nos podría enviar, si fuera posible, cualquier informe médico en el que se detalle su estado?

- ¿Por qué tiene la sensación de que al pedir la baja en la empresa pudiera ser despedida?

Instrumentos Normativos Utilizados

4. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)²⁹

- 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. Artículo 193.
- Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Artículo 4º.
- Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. (Artículos 28, 30 y 36 a 41).
- Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. Artículo 11º.
- Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (Artículo 25).
- Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (Artículo 26).

5. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)³⁰

- STS 28 de Enero de 2002 (9395/2002) FJ SEGUNDO Y TERCERO.
- STSJ Navarra 19 de Enero de 2017 (21/2017) Antecedente de Hecho CUARTO y FJ PRIMERO.

²⁹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

³⁰ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

- STSJ Madrid 24 de Abril de 2015.
- STSJ Asturias 31 de Octubre de 2013.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)³¹

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)-

Respuesta fundamentada³²

Estimado usuario,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

A través de su consulta nos ha hecho llegar los siguientes interrogantes:

I. Si la empresa puede optar por despedirla en el caso de que pida la baja

II. El procedimiento a seguir en orden a obtener una resolución que declare su Incapacidad.

I. DESPIDO OBJETIVO POR FALTA DE INEPTITUD SOBREVENIDA

Lo primero de todo, aclarar, en cuanto al primer interrogante que nos plantea en su consulta, que no pueden proceder a su despido de forma objetiva salvo que concurra, como establece el artículo 52 a) E.T, la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa.

Llegado este punto, conviene determinar los requisitos para entender esta ineptitud, y una vez delimitados, la manera de aplicar la ineptitud sobrevenida a los trabajadores que han sido declarados previamente aptos pero con restricciones para el desempeño de las tareas asociadas a su puesto de trabajo.

³¹ Se explicará su utilidad para la respuesta.

³² Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

La ineptitud se trata de la inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tienen su origen en la persona del trabajador (STSJ Madrid 24-4-2015). Además, tiene que cumplir los siguientes requisitos, para que pueda alegarse como extinción del contrato de trabajo (STSJ Asturias 31-10-2013) :

1º) Ha de ser verdadera y no disimulada

2º) General (Debe abarcar la totalidad del trabajo y no limitarse a sólo algunos aspectos)

3º) Cierta grado (Situarse por debajo de la media normal en el momento, profesión y lugar determinado).

4º) Referida al trabajador (lo que excluye ceñirse a los medios materiales)

5º) permanente y no meramente circunstancial

6º) Que afecte a las tareas que formen parte de la prestación laboral determinada.

Una vez precisados estos requisitos de la ineptitud como causa de extinción del contrato de trabajo, convendría aclarar los efectos que se despliegan tras la calificación por un facultativo para determinar si puede producirse o no un despido objetivo.

La calificación más correcta con la descripción que nos ha facilitado se trata la de trabajador “*apto con restricciones*”, es decir, que usted puede desempeñar su puesto de trabajo pero sin poder realizar una serie de tareas que le son perjudiciales (sedentación o bipedestación prolongada, o no disponer de un cuarto de baño en casos de urgencia intestinal en cualquier momento de su jornada laboral, como señalamos anteriormente).

De esta manera, y, para garantizar su plena integración en el puesto de trabajo, el empresario deberá adaptar el mismo, según el artículo 25 de la Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Por lo tanto el empresario no podría proceder a su despido, salvo que pruebe, con una gran carga documental, que le ha sido imposible reubicarle en un puesto de trabajo adaptado a sus necesidades.

1. CALIFICACIÓN SITUACIÓN COMO IP (INCAPACIDAD PERMANENTE).

A) INTRODUCCIÓN

En primer lugar, habría que señalar que la IP es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. (Artículo 193 LGSS)

Con respecto a las patologías que está experimentando, tales como dolor abdominal o dolor en el pecho, entre otras, ciertamente disminuyen su capacidad laboral, y pueden ser determinadas objetivamente por un facultativo así como fijadas como previsiblemente definitivas. Asimismo, y, en relación con la operación que se le realizó hace 11 años, las consecuencias que le pudo derivar el mismo deben de haber sido evaluadas por el INSS en el sentido de si su situación ha empeorado o no. Dicho esto, usted cumple las condiciones que forman parte de la definición legal de la IP.

B) FACTORES QUE INTERVIENEN EN LA CALIFICACIÓN DE LA IP

Después de haberle explicado el proceso que usted debe seguir para solicitar la IP, que, aunque supone que deba realizar muchos trámites y “papeleo” le recomendamos que lo haga por su delicado estado de salud. Ahora le pasamos a explicar la Incapacidad Permanente que la Seguridad Social (el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) le puede conceder, puesto que dependiendo de cómo le afecte su enfermedad en su capacidad para trabajar y hacer las tareas fundamentales de su profesión le van a conceder un grado de IP (hay tres posibles) que suponen cada uno diferentes prestaciones. Por lo tanto, no le podemos asegurar cual le van a conceder porque depende de su caso individual que evaluará el INSS y no hay un cauce general para obtenerla, pero le podemos dar nuestra opinión personal. Como decíamos hay tres grados de Incapacidad Permanente en los que podría encajar su situación:

- La Incapacidad Permanente Parcial: es la que supone una reducción de su capacidad de trabajo en un porcentaje no inferior al 33%. Si le conceden esta, usted seguiría trabajando en su puesto habitual de trabajo y recibiría una indemnización.

-La Incapacidad Permanente Total: Este grado de Incapacidad le inhabilita para trabajar en la profesión que usted estaba realizando y le concederían una pensión vitalicia del 55% de su base reguladora, pero significaría que usted está en condiciones de seguir trabajando en otro puesto de trabajo.

- La Incapacidad Permanente Absoluta: Usted recibiría una pensión vitalicia del 100% de su base reguladora, y significaría que no podría trabajar en ninguna profesión. (Artículos 193 y siguientes Ley General de la Seguridad Social).

Debemos señalar que la concesión de un tipo de incapacidad u otro no solo depende de sus condiciones físicas o de salud para realizar su trabajo, sino también del puesto en el que realiza dicho trabajo. Le sería concedida la incapacidad permanente total si su trabajo consiste en esfuerzos físicos que por su estado de salud no puede llevar a cabo.

A su vez, cabe la posibilidad de que solicite a su empresa una recolocación dentro de la misma empresa en un puesto de trabajo adaptado a sus necesidades de tal forma que no se vea obligada a tener que abandonar su trabajo.

Dicha adaptación del puesto de trabajo es compatible con la concesión de la Incapacidad Permanente Total. (Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Social STS 9395/2002 - ECLI:ES:TS:2002:9395 nº rec: 1651/2001).

También es muy importante el informe médico del EVI. En este informe estará escrito su estado de salud. Las diarreas que usted sufre diariamente y que le impiden continuar su trabajo seguidamente y en condiciones normales, además de que seguir trabajando le repercute negativamente en su estado de salud y que le exige realizar esfuerzos excesivos no requeridos para su puesto, y si además le causa estrés y si tiene síntomas de depresión, la seguridad Social le tendría que conceder al menos el grado de IP total. Si usted no puede realizar ningún esfuerzo a causa de los síntomas que tiene y no puede trabajar en ningún puesto por muy liviano y sedentario que sea porque le repercute negativamente en su estado de salud, le tienen que conceder la IP en grado de Absoluta. También dependerá de la evolución que ha tenido su enfermedad, por ejemplo si los brotes aumentan con los años y los síntomas son peores.

Como se puede desprender de la información que nos ha facilitado, una de las funciones habituales que realiza en su puesto de trabajo es tanto visitar a los asegurados como a las empresas y, con respecto a sus síntomas, afirma tener varias diarreas al día. Como ha afirmado la jurisprudencia, la enfermedad de Crohn es claramente incompatible con actividades que impliquen esfuerzos físicos importantes, y entre ellos, la bipedestación y sedentación prolongada así como también aquellas actividades que dificultan el uso de los servicios higiénicos en casos de urgencia intestinal, generándole dependencia a permanecer en lugares con cuarto de baño cerrado y adecuándose a sus necesidades específicas de higiene (STSJ Navarra 21/2017).

Por lo tanto, y ajustándose a lo que refleja la sentencia mencionada, usted cumpliría los requisitos para la concesión de la incapacidad permanente total, lo que le impediría realizar este tipo de trabajos debido a los síntomas que sufre así como a los continuos dolores que padece.

Por otro lado, también debemos recordar que a pesar de no poder seguir trabajando en su profesión, puede trabajar en otros ámbitos que no esté relacionado con el ámbito en el que usted trabaja.

C) SITUACIÓN DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Dada su situación como autónoma, la Seguridad Social dispone de un sistema de acción protectora, recogida en el Estatuto del Trabajador Autónomo (artículo 26) y que consiste en una prestación económica en las situaciones de incapacidad permanente.

Para ser beneficiario de dichas prestaciones se debe cumplir la condición general de estar afiliado y dado de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. También se debe estar al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha en que conceda la prestación. (Artículo 28).

El periodo mínimo de cotización en caso de incapacidad permanente es de sesenta meses dentro de los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en que se entiende causada la prestación (Artículo 30 del Régimen especial de los trabajadores autónomos).

Las pensiones de incapacidad permanente serán reconocidas por la Entidad gestora del Régimen donde usted cotizando al tiempo de solicitar la prestación (Artículo 35).

En caso de que le sea concedida la incapacidad permanente, usted estará protegida por este Régimen especial, cualquiera que fuera su causa o el grado de la incapacidad, tal y como releja el artículo 36 de dicho régimen especial. Hay que señalar que en caso de incapacidad permanente en grado de total, en cuanto a las prestaciones económicas, se requerirá que trabajador tenga cumplidos 45 años. (Artículo 37).

Abundando más en el aspecto de las prestaciones económicas, en el caso de incapacidad permanente total, según el Artículo 38, el beneficiario tendrá derecho a la entrega de una cantidad equivalente a 40 mensualidades de la base reguladora, o a una pensión vitalicia equivalente al 55% de dicha base reguladora.

En el caso de incapacidad en el grado de absoluta para todo trabajo y de gran invalidez, el beneficiario tendrá derecho a una pensión vitalicia, según los mismos porcentajes establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Dejando de un lado los requisitos para la concesión de la prestación, conviene hacer una breve mención a la declaración de las situaciones de incapacidad permanente.

Le corresponde a las Comisiones Técnicas Calificadoras la declaración de las situaciones de incapacidad permanente, la resolución sobre las peticiones de revisión de incapacidad y cualquier otra cuestión referida a este asunto, tal y como señala el artículo 40 del Régimen Especial para los trabajadores autónomos.

Las revisiones en el caso de las incapacidad se podrán realizar en cualquier momento en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad de jubilación. Dicha revisión podrá ser solicitada por el beneficiario, por la Entidad gestora o por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En cuanto a los plazos para solicitar la revisión, éstos son los mismos que recoge el Régimen General de la Seguridad Social. (Artículo 41).

Sin embargo, en caso de que el INSS no le conceda dicha prestación, puede interponer una reclamación contra la resolución denegatoria. Podrá interponer dicha reclamación dentro del plazo de los treinta días siguientes a la fecha de notificación, o 35 si se hubiera denegado por silencio administrativo. Deberá hacerlo ante la Dirección Provincial del INSS. Si se le deniega esta impugnación, podrá interponer un recurso en la vía judicial dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la desestimación de la reclamación o ciento treinta y cinco días si se le deniega por silencio administrativo.

D) PROCEDIMIENTO OBTENCIÓN IP

1) Personas legitimadas

Ahora bien, en lo referido al procedimiento para pedir la IP, usted o su representante legal tiene la legitimación activa para su iniciación (art. 4.1b) Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social).

2) Instrucción del procedimiento

Si usted tiene cubierta la situación de incapacidad temporal, se tiene que remitir alta médica o historial clínico por las entidades que le recojan dicha condición (Servicio de Salud, Mutua de Accidentes y Trabajo, etc...) siempre que medie su consentimiento, o en defecto, un informe de la Inspección Médica del Servicio de Salud. El plazo para que obtenga la resolución expresa por parte del Director Provincial del INSS se deberá dictar en el plazo de 35 días, ya que en caso de no producirse o de haber sido negativa, se presume que su solicitud ha sido desestimada.

Si esta situación se diera, podrá ejercitar las acciones previstas en el art. 71 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, es decir, interponer una reclamación ante el INSS en el plazo de 35 días desde que se le hubiera notificado con carácter negativo, o, en caso de no haber recibido ninguna resolución, desde la fecha en que su solicitud se presumió como desestimada (tras 35 días desde que inició el procedimiento).

Asimismo, deberá interponer una reclamación previa contra el órgano de la entidad gestora correspondiente (Director Provincial del INSS).

La demanda deberá realizarse en el plazo de 30 días desde la resolución negativa o desde el silencio administrativo negativa y la entidad correspondiente (INSS) deberá responder a su reclamación en el plazo de 45 días, de no hacerlo, se entiende que se le ha denegado.

Esperamos haberla ayudado mucho en su consulta. Muchas gracias por su pregunta, si necesita más información no dude en contactar con nosotros.

CASO 6. INCAPACIDAD EN FUNCIÓN DE REDUCCIONES ANATÓMICAS Y FUNCIONALES

Fecha³³: 12 de febrero de 2017.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.
- Ignacio García Arozamena.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Eduardo López Ahumada.
- Miguel Ángel Ramiro Avilés.

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

Usuario con bomba de insulina desde hace un año, dolores de pies, hígado graso y glaucoma pregunta si es posible obtener la incapacidad para el puesto de trabajo que realiza.

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

- ¿Qué tipo de trabajo realiza?
- Dicho trabajo, ¿requiere un esfuerzo físico?
- ¿Dispone de algún parte de alta médica?

³³ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)³⁴

- 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 (Artículos 193, 194 y 195).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)³⁵

- STS del 18 de Enero de 2002 (9607/2002) FJ SEGUNDO Y TERCERO

- STS 28 de Enero de 2002 (9395/2002) FJ SEGUNDO Y TERCERO

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)³⁶

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

Respuesta fundamentada³⁷

Estimado usuario,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

La duda que nos plantea es saber si puede obtener algún tipo de incapacidad teniendo en cuenta que lleva más de un año con una bomba de insulina, además de otros problemas como son el dolor de pies o el hígado graso.

³⁴ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

³⁵ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

³⁶ Se explicará su utilidad para la respuesta.

³⁷ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

En primer lugar, habría que señalar que la IP es la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. (Artículo 193 LGSS) Por lo tanto, para que se le califique en algún grado de IP la situación debe de ser previsiblemente definitiva.

El artículo 194 de la Ley de Seguridad Social recoge los diferentes tipos de incapacidad, dependiendo del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado. De esta manera, el mismo artículo hace alusión a la incapacidad permanente parcial, total, absoluta o gran invalidez.

En el caso de la incapacidad permanente total (IPT), el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto al caso de las compatibilidades entre la pensión por IPT y el desarrollo de un trabajo que no fuera el habitual en sus sentencias 9395/2002 (rec. 1651/2001) y sts 9607/2002 (rec. 2479/2001) alegando que nuestro ordenamiento no incompatibiliza el cobro de la pensión por incapacidad total con el desempeño de trabajos propios de profesiones distintas a aquella para la que ha sido declarado incapaz.

Asimismo, el artículo 198 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social establece que la pensión de incapacidad permanente total será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador dentro de la misma empresa siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

Para ser beneficiario de las prestaciones concedidas por la incapacidad permanente, usted deberá haber cubierto el periodo mínimo de cotización. En el caso de la incapacidad permanente parcial es de 1.800 días. Por otro lado, en el caso de la incapacidad permanente, si usted tiene menos de 31 años, el periodo será la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión. En cambio, si ya tiene cumplidos los 31 años, el periodo será la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 20 años y la del hecho causante de la pensión, con un mínimo en todo caso de 5 años (Artículo 195 LGSS).

CASO 7. POSIBILIDAD DE BENEFICIARSE ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL POR UN CIUDADANO ESPAÑOL RESIDENTE EN OTRO PAÍS.

Fecha³⁸: 14 de marzo de 2017.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele
- Ignacio García Arozamena.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- María Díaz Crego.
- Miguel Ángel Ramiro Avilés.

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

Se quiere saber si un ciudadano de nacionalidad española residente en Venezuela y diagnosticado con enfermedad de Crohn puede beneficiarse del sistema de salud nacional a pesar de no haber cotizado nunca a la Seguridad Social.

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

- ¿Ha residido y trabajado en España y cotizado a la Seguridad Social?

³⁸ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)³⁹

-Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecho en Roma el 10 de Diciembre de 1948 (artículo 25).

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (artículo 12)

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 35)

- Constitución Española (artículo 14 y 43)

- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. (Artículo 3.3 y Artículo 8 quáter)

-Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (artículo 1.1 y 2).

-Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. (artículo 2. 1 b))

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)⁴⁰

- STC 139/ 2016, de 21 de julio de 2016.

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)⁴¹

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

³⁹ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

⁴⁰ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

⁴¹ Se explicará su utilidad para la respuesta.

Respuesta fundamentada⁴²

Estimado usuario,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

A través de su consulta quiere saber si su padre, de nacionalidad española, pero residente en Venezuela, podría beneficiarse de nuestro Sistema Nacional de Salud con el fin de poder tratar su enfermedad ante la imposibilidad de poder hacerlo en Venezuela por las precarias condiciones que atraviesa dicho país.

En España, la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos se garantiza a aquellos que ostenten la condición de “asegurado” del Sistema Nacional de Salud según lo previsto en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Dado que su padre no ha trabajado nunca en España, ni ha cotizado a la Seguridad Social, le sería aplicable lo previsto en el art. 3.3 de la Ley 16/2003, que reconoce la condición de “asegurado” a los españoles siempre que cumplan una serie de exigencias que han sido desarrolladas reglamentariamente a través del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. Para el caso de los españoles, el art. 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, exige que residan en nuestro país para poder ostentar la condición de asegurado y acceder así a las prestaciones de nuestro Sistema Nacional de Salud.

Hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, los arts. 3.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, exigían el cumplimiento de un requisito adicional, en concreto, que el nacional residente en España “no tuviera ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía”. Sin embargo, esa sentencia ha declarado nulo e inconstitucional el inciso del artículo 3.3 de la Ley 16/2013 que requería que se acreditase que no se superaba ese límite de ingresos, de modo que en la Clínica Jurídica entendemos que esa exigencia no resulta de aplicación hasta que el legislador no modifique el precepto indicado.

A mayor abundamiento, es importante señalar que una de las principales novedades que ha introducido el RD 16 /2012 es la modificación de la Ley 16/2003 con el objetivo de estructurar la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud dentro de tres modalidades: La cartera común básica de servicios asistenciales; la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios.

⁴² Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

La cartera común de servicios accesorios comprende *“todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario”*. Aquí se incardina nuestro supuesto, pues la enfermedad de Crohn es una patología de carácter crónico.

De conformidad con todo lo expuesto, y, especialmente, con respecto al último párrafo entendemos que su padre tendrá derecho a la asistencia sanitaria en España siempre que resida en nuestro país.

CASO 8. USUARIO CON VIH PREGUNTA POR RECONOCIMIENTO DE UNA INCAPACIDAD ANTE EL TEMOR DE SER DESPEDIDO.

Fecha⁴³: 16 de junio de 2017.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Miguel Ángel Ramiro Avilés.

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

Usuario con VIH desde hace un año y medio y de baja laboral hace tres meses solicita saber si puede solicitar algún tipo de incapacidad ya que teme ser despedido debido al largo periodo que lleva de baja.

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

- ¿Qué trabajo realiza?
- ¿Durante cuantos años ha cotizado?
- ¿Cuánto tiempo lleva de baja?
- ¿Cuánto tiempo lleva trabajando en la empresa?
- ¿Qué edad tiene?

⁴³ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)

- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (artículo 71).
- Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (Disposición Adicional Octava).
- 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 (Artículo 169, Artículo 193, Artículo 194, Artículo 195).
- Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (artículo 4. 1 y 2 y artículo 8)).
- Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (apartado 10, capítulo 6).
- Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (artículo 5 apartado 1, 2, 3, 5, 6 Anexo 1 A y Anexo 2 y 3)).
- Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.
- Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. (artículo 1.2 y 3)).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)⁴⁴

- Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Social. N° 443/2014.
- Sentencia del TSJ de Valencia N° 1603/2015 (Se ha resuelto que una persona con VIH pueda compatibilizar el cobro de una prestación económica por una incapacidad laboral absoluta).

⁴⁴ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)⁴⁵

-Recomendación sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, 2010. (núm. 200). OIT.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

Respuesta fundamentada⁴⁶

Estimado usuario,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

A través de su consulta quiere conocer si debido a su enfermedad le puede ser concedida algún tipo de incapacidad laboral.

Para ello conviene aclarar la diferencia entre dos conceptos: discapacidad e incapacidad laboral

INCAPACIDAD

A) Regulación y Concepto.

Su regulación aparece en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

B) Tipos de Incapacidad.

Existen dos tipos de incapacidad: la temporal y la permanente.

⁴⁵ Se explicará su utilidad para la respuesta.

La incapacidad temporal puede definirse como aquellas situaciones “debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación”.

Por su parte, la incapacidad permanente es “ la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral” y se divide en función de los siguientes grados, de menor a mayor gravedad:

1. Incapacidad Permanente Parcial (para la profesión habitual). No alcanza el grado de total pero ocasiona al trabajador una disminución superior al 33 % en su rendimiento normal en la profesión y no le impida realizar las tareas fundamentales de la misma.

2. Incapacidad Permanente Total (para profesión habitual). Impide realizar todas las tareas o las fundamentales de la profesión habitual pero el trabajador puede dedicarse a otra profesión.

3. Incapacidad Permanente Absoluta (para todo trabajo). Se inhabilita al trabajador por completo para toda profesión u oficio.

4. Gran invalidez. Es una Incapacidad Permanente Absoluta en la que además se necesita ayuda de otra persona para los actos más básicos de la vida, como comer o vestirse, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales.

C) Requisitos.

Para ser beneficiario a las prestaciones de seguridad sociales correspondientes hay que cumplir una serie de requisitos comunes:

1. Tener menos de 77 años por un lado o tener menos de 65 años y acreditar menos de 38 años y 6 meses de cotización en la fecha del hecho causante por el otro.

2. Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta. (Si la incapacidad se deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional los trabajadores se encuentran afiliados y de alta, aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones, no exigiéndose ningún período previo de cotización).

❖ Incapacidad Permanente Parcial. Hay que cumplir, sea cual sea la contingencia (accidente de trabajo, enfermedad común o enfermedad profesional) los siguientes requisitos:

a) Tener cubierto un período previo de cotización, de 1800 días los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que derive la incapacidad permanente.

❖ Incapacidad Permanente Total. Aquí se necesita cubrir un período mínimo de cotización que será:

a) Si se tiene menos de 31 años, la tercera parte del tiempo transcurrido entre desde que se cumplió 18 años a la fecha en la que se causó el hecho que da origen a la pensión.

b) Si se tiene 31 años o más la cuarta parte del tiempo entre la fecha desde que se cumplió 20 años a la fecha en la que se causó el hecho que da origen a la pensión con un mínimo de 5 años. Además, la quinta parte del período de cotización que se exige tiene que estar comprendida dentro de los 10 años anteriores al hecho causante.

❖ Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez. Se podrán causar derecho a pensiones desde estos grados de incapacidad aunque el interesado no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta.

D) Procedimiento de Concesión.

El Instituto nacional de la Seguridad Social, a través de un Equipo de Valoración de Incapacidades que hay en cada Dirección Provincial, será el encargado de la calificación de las situaciones de incapacidad en sus distintos grados.

El procedimiento se podrá iniciar por el trabajador o su representante legal, de oficio, por iniciativa de la Entidad Gestora, por petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o por las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.

Para la instrucción del procedimiento, es necesario: 1. Aportación del alta médica de asistencia sanitaria y del historial clínico, previo consentimiento del interesa, remitido por el Servicio de Salud o la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional. 2. Formulación del dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades. 3. Tras emitirse dicho dictamen audiencia a los interesados.

Los Directores Provinciales del Instituto Nacional de Seguridad Social dictarán una resolución expresa en un plazo de 35 días, (en caso contrario tendrá efecto negativo) pudiendo reconocer prestaciones en función de la situación de incapacidad que se tenga.

El usuario que no esté conforme con la resolución podrá iniciar una reclamación administrativa previa, requisito necesario para posteriormente interponer una demanda. Ésta reclamación se interpondrá contra el órgano competente que dictó la resolución en el plazo de 30 días desde que se dictó la resolución o desde que se entendió desestimada. Las entidades de la Seguridad Social sellarán las copias de las reclamaciones, y éstas se deberán aportar con la demanda. Es importante recordar que la presentación de estas reclamaciones interrumpirá los plazos de prescripción y suspenderá la caducidad. No es preceptiva la asistencia de abogado ni de procurador ni en la reclamación previa ni en el procedimiento judicial posterior.

E) Jurisprudencia y el VIH.

Nuestros Tribunales han recogido las situaciones relacionadas entre las personas con VIH y las situaciones de incapacidad. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 1 de Julio de 2014 es relativa al reconocimiento del derecho de una situación de Incapacidad Permanente Absoluta a una persona diagnosticada con VIH. Para llegar a un determinado pronunciamiento, la Gran Sala distingue entre las situaciones de infección por VIH que se hallen con buena respuesta virológica e inmunológica sin que conste limitación funcional por dicha causa a situaciones en las que no se responda a tratamiento prescrito y no conste que el VIH se encuentre asintomático (mientras que en la primera es muy probable que la consecuencia jurídica que despliegue es el no reconocimiento de una situación de incapacidad, la segunda, en cambio, tiene los factores necesarios para considerarla como merecedora).

DISCAPACIDAD.

A) Regulación y Concepto.

Su regulación aparece en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Las personas con discapacidad son *“aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”*. Además, tendrán dicha consideración *“aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”*.

B) Tipos de discapacidad.

Aparecen en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Concretamente, la discapacidad se organiza en grados en función del alcance de la misma, que serán unificados mediante baremos y responderán a criterios unificados en los que intervendrán factores sociales tales como situación laboral o entorno familiar. El mínimo de discapacidad a efectos de valoración en cuanto a las limitaciones en la actividad sobre las que se aplicará el baremo correspondiente a los factores sociales no podrá ser inferior al 25%. En cuanto a los tipos, se dividen en: A) Discapacidad nula. Los síntomas son mínimos y no se justifica la disminución de la capacidad de la persona. B) Discapacidad leve. Los síntomas justifican alguna dificultad pero son compatibles con la totalidad de las actividades de la vida diaria. C) Discapacidad Moderada. Los síntomas causan una disminución importante para realizar alguna actividad de la vida diaria. C) Discapacidad grave. Los síntomas causan una disminución importante para realizar la mayoría de actividades básicas de la vida diaria, pudiendo estar afectada alguna actividad de autocuidado. D) Discapacidad muy grave. Los síntomas imposibilitan la realización de actividades de la vida diaria.

C) Cálculo de la Discapacidad en el caso del VIH

Para el grado de discapacidad por VIH se atenderá a si es crónico y a las secuelas que cause. Es importante tener en cuenta que en este caso de infección no se combinará el porcentaje de la discapacidad atribuible a la infección con la enfermedad índice de las categorías clínicas.

Los criterios de valoración son:

I. Clase 1. Corresponde a un 0%. Paciente diagnosticado con infección por VIH con un grado nulo de discapacidad y que precisa o no tratamiento.

II. Clase 2. Corresponde de 1 a 24 %. Paciente diagnosticado con infección por VIH con grado de discapacidad leve, con tratamiento continuado y que presente al menos 3 episodios anuales de enfermedades relacionadas con el VIH que precisen atención médica hospitalaria durante al menos 24 horas cada una o durante menos de 30 días al año.

III. Clase 3. Corresponde de 25 a 49%. Paciente diagnosticado con infección por VIH, con grado de discapacidad moderado que precise tratamiento continuado y que presente de 3 a seis episodios anuales en las mismas condiciones que en la "Clase 2" pero durante más de 30 días al año.

IV. Clase 4. Corresponde de 50 a 70%. Paciente diagnosticado con infección por VIH, con grado de discapacidad moderado con más de seis episodios anuales en las mismas condiciones que en la “ Clase 2” pero durante más de 60 días al año o con grado de discapacidad grave.

V. Clase 5. Corresponde al 75%. Paciente diagnosticado con VIH que precisa tratamiento continuado y con grado de discapacidad muy grave.

D) Competencia y Procedimiento de Concesión.

Serán competentes los órganos correspondientes de las CCAA para el reconocimiento del grado de discapacidad, en concreto, los órganos técnicos competentes dependientes de estos órganos a través de sus dictámenes técnico-facultativos. Hay que tener en cuenta que el diagnóstico de la enfermedad no es un criterio de valoración del mismo, ya que las pautas de valoración se rigen en función de las consecuencias de la enfermedad.

Para evaluar las situaciones determinantes de incapacidad de estará al previo examen del interesado por estos órganos técnicos, que emitirán un dictamen con diagnóstico, tipo y grado de discapacidad. Contra las resoluciones administrativas se puede interponer reclamación previa a la vía judicial en la que no será preceptiva ni abogado ni procurador.

Las personas con un 33 % de discapacidad tendrán varias prestaciones entre las que se encuentra: a) Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica b) Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte. c) Recuperación profesional d) Rehabilitación y habilitación profesionales.

CASO 9. DENEGACIÓN DE UNA BECA DE ESTUDIOS PARA PERSONAS CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES.

Fecha⁴⁷: 16 de mayo de 2017.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Jorge García Andrade.
- Miguel Ángel Ramiro Avilés

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

Padres de una menor de edad con un 34% de discapacidad con tratamiento de fisioterapia, audición y lenguaje y pedagogía terapéutica solicitan la concesión de la beca de estudios para alumnos con necesidad específica de apoyo educativo. Se requiere conocer la titularidad de la potestad para solicitar el informe al inspector de zona necesario para la solicitud de dicha beca.

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

- ¿Cuántos años tiene su hija mayor?
- ¿En qué curso se encuentra?

Instrumentos Normativos Utilizados

⁴⁷ Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)⁴⁸

- Constitución Española de 1978 (arts. 27 y 29).
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (artículo 57, que modifica el apartado 2 del artículo 71 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (art. 124.1).
- Real Decreto 293/2016, de 15 de julio, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2016-2017, y se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas.
- Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado (art. 2).
- Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas.
- 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.
- Orden ECI/1815/2005, de 6 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de becas y ayudas al estudio por el Ministerio de Educación y Ciencia (B.O.E. de 15 de junio).
- Resolución de 27 de julio de 2016 de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan ayudas para alumnado con necesidad específica de apoyo educativo para el curso académico 2016-2017. (art.7.6 b.)

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)⁴⁹

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)⁵⁰

⁴⁸ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

⁴⁹ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

Respuesta fundamentada⁵¹

Estimada usuaria,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

Tal y como señala el artículo 27 de la Constitución Española en sus apartados 1 y 5, todos tienen derecho a la educación así como la obligación de los poderes públicos de garantizar que todos tengan la posibilidad de acceder a la enseñanza mediante una programación general con participación efectiva de todos los sectores afectados y a la creación de centros docentes.

En cuanto a la beca que usted ha solicitado, Resolución de 27 de julio de 2016 de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan ayudas para alumnado con necesidad específica de apoyo educativo para el curso académico 2016-2017, en su artículo 7.6.b., se establece la documentación requerida a fin de solicitar dicha beca de estudio. Dice dicho artículo que el solicitante deberá adjuntar la siguiente documentación:

1º Certificación expedida por el inspector de la zona en la que se acredite:

a)- La necesidad de recibir estos tratamientos por la inexistencia o insuficiencia de la atención pedagógica proporcionada por el centro en el que está escolarizado el alumno solicitante, para cuya valoración podrán servir de referencia las horas consignadas en el informe del equipo de orientación que se menciona en el apartado 2º.

b)- La inviabilidad de matriculación del alumno solicitante en un centro que disponga del servicio de reeducación requerido.

⁵⁰ Se explicará su utilidad para la respuesta.

⁵¹ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

2º.-Informe específico del equipo de orientación educativa y psicopedagógica o del departamento de orientación en el que se detalle la asistencia educativa y las horas semanales que se consideren necesarias para su corrección, así como, en su caso, las prestadas por el centro, la duración previsible de la misma y las condiciones que garanticen su prestación.

3º.- Memoria expedida por el centro o reeducador que preste el servicio en la que conste información detallada de las características del mismo, incluyendo número de horas semanales y especialista que lo presta así como del coste mensual. A los efectos de la determinación de la cuantía de la ayuda a conceder, se considerará, como máximo, el coste devengado durante los 10 meses del curso escolar.

4º.- Declaración responsable de la persona que imparta la reeducación pedagógica o del lenguaje de que reúne los requisitos de formación exigidos en el apartado 1 del artículo 6 del Real Decreto 476/2013, de 21 de junio, por el que se regulan las condiciones de cualificación y formación que deben poseer los maestros de los centros privados de educación infantil y de educación primaria o que se encuentra en posesión de alguno de los requisitos establecidos en las letras a) o b) del apartado 2 del citado artículo.

Concretamente, y, de conformidad con el apartado 1 a).en relación con la certificación del inspector de zona es necesario que se produzca una insuficiencia o inexistencia de atención pedagógica en el centro de origen.

Tal y como se desprende de la información que nos ha facilitado, su hija mayor ya está escolarizada en un centro público con apoyos de fisioterapia, audición y lenguaje, por lo que ya contaba con los servicios que en realidad quiere que le dispensen. De este modo, no se produce inexistencia o insuficiencia de dichos periodos que es algo necesario para reunir la documentación imprescindible en orden a solicitar la beca en cuestión.

En resumen, al ya contar con los servicios cuya inexistencia facultaba a solicitar la beca, no puede concedérsele la misma.

Esperamos que con esta información, y, en especial, la del último párrafo, que responde en concreto a su petición, se encuentre satisfecho. Un saludo.

CASO 10. ADAPTACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO DE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD

Fecha⁵²: 1 de septiembre de 2017.

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

- Guillermo Javier Martínez Sotillo.
- Sergiu Ionele.

Nombre/s del Profesor/a que ha coordinado:

- Eduardo López Ahumada.
- Miguel Ángel Ramiro Avilés.

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

- Usuaría de profesión enfermera con un grado de discapacidad del 33 % y que además ha tenido reducción de jornada ha experimentado dificultades a la hora de adaptarse al puesto de trabajo.

Por ello solicita una adaptación de puesto de trabajo, y, tras la disparidad de resultados a la hora de evaluar su situación, no exentos de irregularidades, e interviene la UMVI en la elaboración de un informe de capacitación laboral.

Como resultado se producen varios cambios de puesto de trabajo que no son compatibles con la situación de la trabajadora además de deteriorarse su estado de salud.

Como consecuencia de todo ello, la usuaria solicita la celebración de la convocatoria de un Comité de Adaptación de Puestos de Trabajo para defender sus derechos, derivarla a la Inspección Médica si fuera necesario para emitir un nuevo informe ajustado a derecho y, por último, que se adopten todas las medidas necesarias para que pueda desempeñar su trabajo de la mejor manera posible.

⁵² Se identificará la fecha en que el caso ha sido asignado y la fecha en que se envía la respuesta definitiva.

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

Instrumentos Normativos Utilizados

1. Legislación (Unión Europea, España, Comunidad Autónoma...)⁵³

-Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.(artículo 14, 15, 22.1, 25, 42.).

-Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.(artículo 12, artículo 63, artículo 66, artículo 80, artículo 81, artículo 84, Disposición Adicional Séptima y Disposición adicional Octava).

- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (artículo 12.7).

- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (artículo 6, 7 y 8).

- Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.(artículo 3).

2. Jurisprudencia (Tribunal Internacional, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo...)⁵⁴

- STC TSJ, Sala de lo Social de Castilla La-Mancha STSJ CLM 1827/2017 (nº rec. 1040/2016).

- STC TSJ, Sala de lo Social de Asturias STSJ AS 2119/2017 (nº rec. 1322/2017).

- STC TSJ, Sala de lo Social de Madrid STSJ M 7248/2017 (nº rec. 504/2017).

3. Otros instrumentos normativos (Guías normativas, Protocolos internos, Comentarios Generales...)⁵⁵

⁵³ Se identificará la publicación oficial, los artículos específicos que son útiles y se explicará brevemente la razón de su utilidad.

⁵⁴ Se identificará la publicación oficial, el repertorio de jurisprudencia, el fundamento jurídico específico que es útil, se hará un resumen de los hechos del caso, el *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, y se explicará porqué es útil para la respuesta

⁵⁵ Se explicará su utilidad para la respuesta.

Otras fuentes documentales (doctrina científica, estadísticas, informes de ONGs...)

- Cuadernillo Informativo de Prevención de Riesgos Laborales. Incapacidad y Adaptación o cambio de puesto de trabajo. Secretaría de Salud Laboral de UGT-Madrid.

Respuesta fundamentada⁵⁶

Estimada usuaria,

Agradecemos de antemano que contribuya con nuestra formación académica a través de su consulta y deseamos que le resulte de interés a la hora de resolver la duda que nos plantea.

Su estado de salud resulta incompatible con su actual adscripción al puesto de trabajo, y a ello se suma su situación de discapacidad del 33%, que se proyecta especialmente en la prestación laboral.

A raíz de la misma, se efectúan distintas actuaciones, una primera valoración en la que menciona que no se le realizó exploración física, una derivación a la UMVI para un informe de capacitación laboral, una valoración como apta sin restricciones omitiendo documentación sobre su estado médico la cual sirvió de base para asignarle un puesto de trabajo incompatible con sus características personales, y generando por tanto un empeoramiento de su situación, una segunda valoración donde se indicaba que precisaba de ayuda para ciertas tareas y una remisión a un puesto de trabajo justificado en la valoración de su situación como apta sin restricciones.

En primer lugar, hay que señalar que todos los trabajadores tienen un derecho a ser trasladados de puesto de trabajo si su estado de salud es incompatible con la organización del trabajo o la actividad laboral. Concretamente existe una protección específica de aquellos trabajadores que sean sensibles a ciertos riesgos.

⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que el destinatario final puede ser una persona sin ningún tipo de conocimiento jurídico por lo que la respuesta debe redactarse de tal forma que se encuentre un equilibrio entre la rigurosidad y la accesibilidad del contenido.

En este mismo sentido, el artículo 25 de Ley de prevención de Riesgos Laborales establece la obligación del empresario de proteger a aquellos trabajadores que, entre otras posibilidades, tengan reconocido la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial para que éstos no estén expuestos a los riesgos derivados del trabajo. Del mismo modo, también debe tenerlo en cuenta cuando se trate de realizar evaluaciones de los riesgos laborales (art. 16 LPRL), y en función de los mismos, adoptar medidas preventivas necesarias.

A pesar de las diferentes resoluciones que le fueron remitiendo, los puestos de trabajo ofrecidos no cumplen con las condiciones que se necesitan con el fin de que pueda realizar su trabajo por lo que dichas resoluciones pueden considerarse nulas debido a que se está ante una situación de desigualdad frente a los demás trabajadores por razón de discapacidad, la cual se establece en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a esta adaptación de su puesto de trabajo, el artículo 2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8 de noviembre) establece que se deben tomar las medidas necesarias con el objetivo de reducir lo máximo posible los riesgos laborales. Por lo tanto, su centro de trabajo se encuentra en la obligación de concederle un puesto de trabajo que se adecue a sus necesidades y que pueda desarrollar sin ninguna dificultad.

Dicha obligación del empresario referida a la adaptación del puesto del trabajo se refleja en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (STSJ CLM 1827/2017).

El artículo mencionado se refuerza a través de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (STSJ AS 2119/2017) y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ M 7248/2017) en las que se establece que los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, por sus características personales, puedan ponerse en situación de peligro.

En este mismo sentido y referido a las obligaciones del empresario de garantizar las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, el artículo 3 del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, establece que se deberán evaluar los diferentes riesgo laborales existentes con el objeto de que los trabajadores puedan realizar su trabajo de manera segura y que la utilización de los lugares de trabajo no supongan un peligro para la seguridad y salud de los trabajadores. Por lo tanto y en su caso, usted debe tener un puesto de trabajo en el que no tenga que realizar tareas que requieran levantar peso o cualquier otra tarea que requiera de la movilización de sus brazos.

Además, se ha llegado a esta situación prescindiendo de las disposiciones legales oportunas, omitiendo el deber de vigilancia a la salud del empresario al trabajador, que establece la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a través de los reconocimientos oportunos, cosa que, de haberse realizado, no habría generado un empeoramiento en de su situación. También se ha inobservado el artículo 14 de la LPRL que refleja la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores.

En estos casos, el Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 4.2c, que los trabajadores no podrán ser objeto de un tratamiento diferente por el empresario por razón de discapacidad siempre y cuando se hallasen en condiciones para desempeñar el trabajo de que se trate. En su caso, y tal y como nos señala en la documentación que nos ha hecho llegar a través de la Clínica Legal, su centro de trabajo no le ofrece un ajuste u acomodación razonable con su situación y por tanto omite una condición básica de accesibilidad y no discriminación. Este hecho produce una vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades. Si no se hubiese producido tal ajuste razonable se estaría incurriendo en una infracción administrativa, que en función de la negativa al ajuste se podrá catalogar como infracción leve, grave o muy grave.

En cualquier caso, la nulidad existe pero hay que exigir un comportamiento activo de la empresa, que cambien y adapte sus condiciones de trabajo. Esta nulidad comporta por tanto la inexistencia de la relación laboral actual y que se retrotraiga la situación al principio del inicio de las actuaciones así como el pago por los servicios ya prestados (es decir, que se sitúen las actuaciones desde que trabajaba como Ayudante Técnico Sanitario en el hospital).

Esta situación se constata según la normativa del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social respecto a la valoración de la adaptación al puesto de trabajo, la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los puestos de trabajo.

En caso de que un trabajador fuese adscrito a un puesto de trabajo cuyas características fuesen incompatibles con necesidades personales, estaríamos ante es una infracción de gran entidad, más cuando se deriva un riesgo grave para la seguridad y salud de los trabajadores

En lo que respecta al UMVI hay que tener en cuenta de que se trata de un órgano que se ocupa de proceder a valorar y calificar las situaciones de discapacidad. Igualmente para la emisión de los dictámenes serán competentes sus órganos técnicos. Más concretamente, entre sus funciones está la calificación de anulación o disminución de la capacidad para el trabajo. Aunque sea el UMVI el que determine la capacidad laboral otra cosa muy distinta es proceder a la adaptación del puesto de trabajo.

No hay que olvidar que la base por la que se le ha asignado dicho puesto de trabajo recae en varias evaluaciones en las que se ha omitido o bien la exploración física o bien las condiciones médicas y el certificado de discapacidad. . Pues bien, a la hora de elaborar el Informe del Servicio de Vigilancia Sobre la Salud es necesaria una exploración médica referida a los daños que sea de origen de la solicitud de adaptación del puesto de trabajo así como realizar un estudio del puesto de trabajo actual especificando los riesgos a los que está sometida y las tareas que no puede realizar o realiza con mayor dificultad.

En este mismo sentido, el artículo 25 de Ley de prevención de Riesgos Laborales más arriba indicada establece la obligación del empresario de proteger a aquellos trabajadores que, entre otras posibilidades, tengan reconocido la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial para que éstos no estén expuestos a los riesgos derivados del trabajo. Del mismo modo, también debe tenerlo en cuenta cuando se trate de realizar evaluaciones de los riesgos laborales y en función de los mismos, adoptar medidas preventivas necesarias.

En conclusión, a través de una serie de irregularidades, ya sea la falta de reconocimiento médico, la omisión del informe clínico, o el desconocimiento de las competencias de la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades, se le ha causado un perjuicio en su condición psicofísica al no ofrecerle un puesto de trabajo acorde con sus necesidades.

Estas irregularidades conllevan responsabilidades administrativas, penales y civiles en las que pueden haber incurrido tanto el empresario como la administración, tal y como refleja el artículo 42 de la LPRL. Dichas irregularidades podrán llevar aparejadas tanto indemnizaciones en materia sancionadora como aquellas derivadas del sistema de Seguridad Social (art. 42.3 LPRL).

Como medidas en orden a garantizar su derecho le exponemos algunas posibles alternativas:

1º. La celebración de un sistema de arbitraje, en virtud del artículo 66 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social., en orden a despejar las discrepancias existentes entre el solicitante de un ajuste razonable y el sujeto obligado.

2º. En caso de no prosperar esta vía, puede dirigirse a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual, si la petición prospera y, tras instruir el propio expediente, puede imponer una sanción al empresario.

CAPÍTULO III: CONCLUSIONES AL TFM.

En éste apartado, se recogerá, en primer lugar, el funcionamiento de la Clínica Legal de la Universidad de Alcalá de Henares (UAH) según las vivencias del autor y, a continuación, se expondrán las reflexiones que han surgido a través de la resolución de algunos de los casos en los que se ha estado trabajando.

Todo comenzó el año académico del 2016 nada más ingresar en la facultad de Derecho de la UAH en la que, tras conocer de la existencia de la Clínica Legal, se nos facilitó a los interesados un modelo de ficha de trabajo de los casos que posteriormente realizaríamos (los que aparecen en el Capítulo II de éste estudio) con el fin de que tuviéramos una idea de la estructuración a seguir.

Asimismo, también se nos hizo entrega de un Documento de Confidencialidad, algo que desde un primer momento nos impactó, pues no estábamos acostumbrados a este tipo de escritos, pero que nos hacía darnos cuenta de la responsabilidad que íbamos a adquirir mediante su suscripción, pues a partir de ese momento, dispondríamos de datos de la vida privada de personas que tendríamos que utilizar y custodiar diligentemente.

Después se nos citó a una reunión en la Universidad en la que se subrayó la importancia de realizar éste tipo de actividades para un mejor dominio de la profesión, una mayor conciencia social así como a la ayuda de ciertos colectivos en situación de vulnerabilidad. Así a modo de ejemplo, la Clínica de la UAH tiene un convenio de colaboración suscrito con la Confederación Estatal de Organizaciones de VIH/SIDA (CESIDA) o con las Asociaciones de Crohn y Colitis Ulcerosa (ACCU) por las que presta un servicio jurídico comunitario basado en el asesoramiento a éstos colectivo por parte de los alumnos. Por otra parte, también se contó con la asistencia de un grupo de estudiantes que ya contaban con la experiencia de haber resuelto muchas consultas dentro de la Clínica y que nos animó a inclinarnos por ese compromiso.

A partir de entonces, empecé a trabajar en la Clínica junto con mis compañeros. La comunicación se ha desarrollado principalmente a través del correo electrónico de la facultad del que dispone cada alumno así como también mediante reuniones con los tutores de cada caso que se nos asignaba. También, con el objeto de facilitar la comunicación cuando la reunión era imprescindible y, cuando debido a la realización de las prácticas curriculares era muy difícil acudir a la facultad, se nos dio la posibilidad de concertar la reunión a través de medios de comunicación electrónicos (como *Skype*), hecho que demuestra el compromiso de supervisión de los tutores ante las dificultades eventuales que puedan surgir durante el curso.

Con respecto al tema de los tutores, hay que destacar que por un lado se encontraba un responsable del departamento de la Clínica Legal, al que siempre se informaba de la situación de los casos así como se ocupaba de la supervisión de los mismos. Cuando el tema a tratar era más específico de una rama jurídica, otros profesores de esa especialidad también se ocupaban conjuntamente de la supervisión, algo que dotaba de una mayor riqueza a la hora de la fundamentación jurídica y de las posibles respuestas que ofrecer al usuario.

El funcionamiento a la hora de resolver los casos ha seguido unos mismos criterios. Primero, se citaba al alumno a una reunión basal, poco después de la asignación del caso- Se trata de una reunión inicial en la que se abordan los objetivos de la consulta y para ello se analizan tanto los documentos aportados por el usuario como los principales instrumentos normativos. Si durante éste proceso se descubre que falta algún tipo de información relevante para el correcto desarrollo, deben formularse las preguntas al coordinador y que sea éste el que las remita al usuario. Éste último paso puede darse también en momentos posteriores.

Después se van realizando posteriores reuniones, las que sean necesarias, en las que se va adaptando la respuesta a la consulta del interesado, en las que pueden surgir nuevos elementos de juicio, como las respuestas del usuario a las preguntas efectuadas por los alumnos, y dónde la labor de supervisión del tutor incide de manera más notoria, tratando por ejemplo, que los estudiantes se ciñan a responder adecuadamente al usuario, de una manera breve, concisa y sin terminología jurídica complicada a la hora de la comprensión. Para facilitar la comunicación y el desarrollo de la consulta de una manera más rápida, si no surgían grandes interrogantes se realizaba el seguimiento del caso a través de correo electrónico.

Además durante la estancia de las prácticas se han desarrollado varias actividades, entre las que destaca la participación en premios de actividades de voluntariado universitario; jornadas de formación con profesores de la Universidad o con representantes de las asociaciones de pacientes a los que se asesora; o incluso de aparecer en los medios de comunicación mediante la grabación de las reuniones que se realizan dentro de la Clínica todo ello con objeto de visibilizar más la actuación de esta institución así como de conocer los principales usuarios y cuestiones más comunes en las consultas.

Durante el desarrollo del **“CASO 1. INDEMNIZACIÓN EN CONTRATO DE INTERINIDAD”** pude comprobar la constante actualización de la aplicación del Derecho a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Septiembre de 2016 que viene a establecer un principio de no discriminación de los trabajadores con contratos de duración determinado con respecto a trabajadores fijos comparables, cosa que en el Derecho Interno no se había producido hasta entonces.

También, y, quizás por ser el primer caso que se me asignaba, me impactó lo bien que puede adaptarse una persona a su puesto de trabajo, a pesar de las limitaciones que tenía (visión borrosa o pérdida de sensibilidad auditiva, entre otras).

En el **“CASO 2. PERÍODO DE PRUEBA Y RESCISIÓN DE CONTRATO”** me sentí especialmente crítico con la posibilidad de que nuestra legislación ampare durante 1 año entero el período de prueba en los contratos de apoyo a emprendedores. Supone, según mi juicio, un elemento total de abusividad para que el empresario pueda ir utilizando continuamente a trabajadores y que, cuando él lo considere oportuno, pueda prescindir de sus servicios sin la más que merecida indemnización. Además, la flexibilidad en la definición de éste tipo de contratos no hace más que acrecentar el número de personas afectadas.

El **“CASO 3 COMPATIBILIDAD PENSIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON DESEMPEÑO DE UN TRABAJO”** es un claro ejemplo de la función dignificadora que tiene el desarrollar un trabajo y más en el caso de una persona que tenga mayores dificultades en su desempeño. Como la persona estaba incapacitada para unas funciones distintas de las que iba a realizar en la oferta de trabajo que le presentaron puede desarrollar el mismo sintiéndose útil y contribuyendo a una mejor situación económica pues a veces el cobro sólo de la pensión es insuficiente.

Realizando el **“CASO 7. POSIBILIDAD DE BENEFICIARSE ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL POR UN CIUDADANO ESPAÑOL RESIDENTE EN OTRO PAÍS”** fue una de las pocas veces en la que me mostraba disconforme con la petición del usuario ya que sin trabajar ni cotizar en España y encontrándose en un tercer país, pretendía acceder a la cartera de servicios prevista por el sistema de salud por el mero hecho de ostentar la nacionalidad española.

Por último, el autor se despide, no sin antes agradecer la oportunidad de haber trabajado en la Clínica Legal con todos sus compañeros y profesores, haber ayudado dentro de sus posibilidades a todos los usuarios que le han planteado consultas y recomendando ésta experiencia innovadora a toda persona que desee contribuir a un mundo más justo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, A.: *La educación clínica: hacia la transformación de la enseñanza del derecho*. cit. p. 127.

ATIENZA, S.: *Clínicas Jurídicas en EEUU, ¿un modelo para España*. 6 de marzo de 2017. Disponible en: <https://hayderecho.com/2017/03/06/clinicas-juridicas-en-eeuu-un-modelo-para-espana/>

BLÁZQUEZ MARTÍN, D.: *Apuntes acerca de la educación jurídica clínica*. cit. p.48.

BLÁZQUEZ MARTÍN, D. et al.: *Guía sobre cómo crear, organizar gestionar y conducir una clínica jurídica en una facultad de derecho*. cit.p.7.

GONZÁLEZ MORALES, F.: *Defensa Jurídica del Interés Público. Enseñanzas, estrategias, experiencias*. cit. p. 35.

NAVAL, C.; GARCÍA, R.; PUIG, J. Y ANXO SANTOS, M.: *La formación ético- cívica y el compromiso social de los estudiantes universitarios*. cit. p.2.

RAMIRO AVILÉS, M. y RAMÍREZ CARVAJAL, P.:

- *El Aprendizaje – Servicio en Derecho: la Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*. cit. p. 10.
- *Discriminación por razón del VIH: Los casos de la Clínica Legal en 2015*. cit. p. 6

WITKER, J.: *La Enseñanza Clínica como recurso de aprendizaje jurídico*. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*. Año 5, Número 10, 2007, ISSN 1667-4154. cit. p. 185.

ANEXO DE LEGISLACIÓN

Constitución Española. BOE núm. 311, de 29/12/1978.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, hecho en Roma el 10 de Diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966

Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y la CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011)

- C-158. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 OIT

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. BOE núm. 295, de 10/12/2013.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2/10/2015.

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. BOE núm. 162, de 7/7/2012.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. BOE núm. 245, de 11/10/2011.

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo. BOE núm. 166, de 12/7/2007.

Ley 39/2006, de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. . BOE núm. 299, de 15/12/2006.

Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 128, de 29/05/2003.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8/1/2000.

Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. BOE núm. 167, de 14/7/1998.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita. BOE núm. 11, de 12/1/1996.

Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. BOE núm. 269, de 10/11/1995.

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. BOE núm. 261, de 31/10/2015.

Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE núm. 261, de 31/10/2015.

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. BOE núm. 255, de 24/10/2015.

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. BOE núm. 289, de 3/12/2013.

Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. BOE núm. 98, de 24/4/2012.

Real Decreto 293/2016, de 15 de julio, por el que se establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio para el curso 2016-2017, y se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. BOE núm. 171, de 16/7/2016.

Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. BOE núm. 186, de 4/8/2012.

Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. BOE núm. 15, de 17/1/2008.

Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado. BOE núm. 72, de 24/3/2007.

Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. BOE núm. 238, de 4/10/2003.

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. BOE núm. 22, de 26/1/2000.

Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. BOE núm. 7, de 8/1/1999.

Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. BOE núm. 198, de 19/8/1995.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206, de 25/7/1889.

Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de incapacidad permanente en la Seguridad Social. BOE núm. 136, de 7/6/18984.

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. BOE núm. 221, de 15/9/1970.

Orden ECI/1815/2005, de 6 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de becas y ayudas al estudio por el Ministerio de Educación y Ciencia. BOE núm. 142, de 15/6/2005. BOE núm. 142, de 15/6/2005.

Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla el Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social. BOE núm. 23, de 26/1/1996.

Orden de 15 de abril de 1969 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social. BOE núm. 110, de 8/5/1969.

Resolución de 27 de julio de 2016 de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan ayudas para alumnado con necesidad específica de apoyo educativo para el curso académico 2016-2017. BOE Núm. 189, de 6/8/2016.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

STJUE (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016. Asunto C-596/14.

STC 139/ 2016, de 21 de julio de 2016.

STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008.

STS 443/2014, de 1 de Julio de 2014.

STS 5809/2003, 15 de Octubre de 2004.

STS 3017/2002, de 12 de Mayo de 2003.

STS 2424/200, de 18 de febrero de 2002.

STS 9395/2002, de 28 de Enero de 2002.

STS 9607/2002, de 18 de Enero de 2002.

STSJ Castilla La-Mancha 1040/2016 de 11 de Julio de 2017.

STSJ Asturias 1322/2017 de 29 de Junio de 2017

STSJ Navarra 21/2017 de 19 de Enero de 2017.

STSJ Madrid 246/2014 de 5 de Octubre de 2016.

STSJ Valencia 1603/2015 de 29 de Noviembre de 2015.

Auto TSJ País Vasco 2018/2013 de 21 de Enero de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona 289/2013 de 17 de Septiembre de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró 144/2014 de 29 de abril de 2014.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona 426/2013 de 19 de noviembre de 2013.