



VII Jornada sobre

Avances en el

Síndrome de Fatiga Crónica

Barcelona 6 de mayo de 2009

Salón de Actos Pabellón Docente
Hospital Universitario Vall d' Hebron

Director de la Jornada

Dr. Tomás Fernández de Sevilla Ribosa

Coordinadores de la Jornada

Dr. José Alegre Martín.

Dra. Ana M^a García Quintana.



Conferencia de clausura

“Aspectos jurídicos en la incapacidad y discapacidad en el Síndrome de Fatiga Crónica”.

Pilar Rivas Vallejo, Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat de Barcelona. Magistrada Suplente de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Miembro del comité jurídico de la Fundación de afectados y afectadas de fibromialgia y síndrome de fatiga crónica.

Sumario:

- I. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE INCAPACIDAD Y DE DISCAPACIDAD.
- II. LA ASIMILACIÓN ENTRE INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD.
- III. INCIDENCIA DE LA ENFERMEDAD SOBRE EL TRABAJO.
 - 1. Cuando la enfermedad interfiere sobre el trabajo de forma intermitente: la incapacidad temporal.
 - 1.1. Las situaciones de incapacidad temporal.
 - 2. Cuando la enfermedad interfiere de modo continuado o permanente: la declaración de incapacidad permanente.
 - 2.1. Grados posibles.
 - 2.2. Problemas de evaluación en la práctica judicial.
 - 2.3. La cuestión del género.
- IV. DISCAPACIDAD: DESCONEXIÓN CON EL TRABAJO COMO CAUSA DE RECONOCIMIENTO DEL GRADO.

Introducción

El Síndrome de la Fatiga Crónica (SFC) es una enfermedad neuroinmunológica que afecta también a los sistemas endocrinológico y cardiovascular. Junto con la fibromialgia (FM) y el Síndrome de Sensibilidades Químicas Múltiples (SQM), son tres enfermedades relativamente nuevas de la llamada “sensibilización central”. Son enfermedades multisistémicas, tres enfermedades de una misma familia. En realidad, los estudios demuestran que la mayoría de las personas que tienen una de estas enfermedades tienen también las otras dos aunque con más o menos afectación. En España, por razones políticas y mediáticas, se conoce más la fibromialgia, que causa más dolor que las otras dos. El SFC varía de persona a persona, pero es como una gran gripe permanente, que también afecta mucho a nivel cognitivo (memoria, procesamiento de información, ubicación) y a otros sistemas del cuerpo.

Clara VALVERDE, autora de *Pues tienes buena cara. Síndrome de la Fatiga Crónica. Una enfermedad políticamente incorrecta*¹.

¹ La autora afirma igualmente en una entrevista para “Rebelión”, que “Esta enfermedad es, en mi opinión, “políticamente incorrecta” porque pone en evidencia todo lo que no funciona en esta sociedad:

1. El pensamiento médico que funciona de una manera lineal: síntoma-diagnóstico-tratamiento. Los médicos no están preparados para trabajar con lo multisistémico que es realmente lo que hay que hacer porque ninguna enfermedad afecta sólo a un órgano o sistema del cuerpo.
2. Los servicios sanitarios: que no están organizados para trabajar con la persona, sino con un órgano del cuerpo (si tienes una infección de la tráquea tienes que ver a un neumólogo, pero si tienes una infección de la garganta tienes que ver a un otorrino. Suena loco pero es la realidad).

Presentación

La exposición que sigue tiene por objeto tratar el conjunto de medidas jurídicas aplicables a la relación de la persona que padece SFC con el mundo del trabajo. Por tal razón, se trata de medidas de índole jurídico-laboral, entre las que también se integran las propias del sistema de la Seguridad Social (incapacidades temporales y permanentes, así como grados de discapacidad).

Por ello resulta relevante profundizar en la incidencia de la enfermedad sobre la aptitud para el trabajo y su interferencia sobre el mismo en forma de bajas médicas y posterior posible declaración de IP, así como en relación con otro tipo de efectos negativos sobre la relación laboral del afectado (tanto desde el punto de vista de la posible discriminación asociada a los aspectos peyorativos que se le atribuyen popularmente, como su feminización, su índole psicósomática, su relación con problemas personales y mentales ajenos a la enfermedad... como desde la perspectiva de la extinción del contrato de trabajo basada precisamente en la situación de enfermedad prolongada o reiteradas bajas médicas que perjudican la productividad e intereses de la empresa). Y, por otra parte, sobre los efectos que provoca en la propia relación de trabajo en forma de interrupciones, o de disminución de rendimiento, o necesidad de adaptación, así como de las que puedan sobrevenir tras una posible declaración de incapacidad o de discapacidad, con arreglo a la legislación vigente (v.g. RD 1451/1983, LPRL).

Puede anticiparse al respecto que nos hallamos ante un **déficit de medidas reales** que den respuesta apropiada a los conflictos que sobre el trabajo provoca para quien la sufre el síndrome de fatiga crónica, pero que ello no excluye que éste sea el momento oportuno para realizar las propuestas legislativas y de acción social en las empresas y en el ámbito de competencias de sindicatos y patronales al respecto, tras el análisis de las posibilidades que ofrece la legislación vigente, explotadas o no hasta el momento, y de las que podría admitir en este caso mediante la oportuna reforma.

El panorama legal no es tan desolador como aparece descrito por la autora citada, C. Valverde, que afirma literalmente de las personas afectas de SFC: *“nos meten en Guantánamo: en **un limbo legal (sin derecho a ayudas) y sanitario** (sin poder ver a especialistas que sepan del SFC)”*².

-
3. Los políticos y las administraciones: que no quieren enfermedades que no sean fáciles y rentables (para la farmaindustria).
 4. Los ciudadanos que no muestran solidaridad con la gente que no tienen un diagnóstico muy conocido. A las que tenemos enfermedades nuevas (bueno, no tan nuevas: los primeros casos de SFC se publicaron antes de nacer yo!), invisibles y que tenemos “buena cara”, se nos ve como cuentistas y no como personas enfermas. Si una persona dice que tienen Lupus (que es una enfermedad muy parecida al SFC), recibe apoyo. Pero si esa misma persona dice que tiene el SFC, la miran como si “tuviera cuento” y se la mira con sospecha (“bueno, no tiene tan mala pinta, no debe ser tan grave...”).
 5. La sociedad del “éxito fácil” porque enfermamos hacia los 30 años de edad, en plena vida. En vez de “Operación Triunfo”, somos los de la “Operación No-Puedo”. Pasamos de ser gente productiva y activa a ser ciudadanos y ciudadanas echadas en la cama o en el sofá sin poder producir ni consumir. Desmontamos la idea del éxito en esta sociedad.
 6. Somos la mayoría mujeres. Hay hombres que tienen el SFC (un tercio) pero se les cree más que a nosotras. ¿Qué es en nuestra sociedad una mujer que no puede cumplir su rol como madre, esposa, cuidadora? Con el SFC, la cuidadora de la sociedad necesita que la cuiden. ¡Eso desmonta a esta sociedad machista!

² Rebellion.org, 4 de mayo de 2009, <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=84752>.

En Cataluña, una Iniciativa Legislativa Popular catalana, con 140.000 firmas para exigir servicios sanitarios para el SFC y la FM, fue admitida por el Parlamento Catalán (votación por unanimidad), por Resolución 203/VIII (2008).

Por otra parte, la Ley 51/2003, *de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad*, intervino para mejorar las garantías de los derechos de las personas con discapacidad. Naturalmente, esta ley se encuentra condicionada en su aplicación a que la persona tenga previamente reconocida la condición de “discapacitado”. Por tanto, debe abordarse con carácter previo el concepto de incapacidad y de discapacidad del que parte el tema que se pretende analizar, los aspectos jurídicos de la incapacidad y de la discapacidad por SFC.

I. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE INCAPACIDAD Y DE DISCAPACIDAD.

El despliegue de la protección legal derivada de las situaciones de incapacidad y de discapacidad se vincula necesariamente a un presupuesto de hecho: que efectivamente se halle constatada la incapacidad o la discapacidad. Esta afirmación puede parecer tautológica desde una perspectiva no jurídica, pero no lo es en absoluto desde el Derecho, que es en definitiva el llamado a ordenar la protección social por incapacidad y por discapacidad. Y desde esta perspectiva ha de llamarse la atención sobre la condición legal exigible para desplegar la protección: que la condición anunciada *se encuentre reconocida formalmente*, esto es, administrativa o judicialmente en su caso. Las situaciones fácticas, aun cuando objetivamente puedan ser merecedoras de tutela porque el presupuesto de la incapacidad o discapacidad realmente existe, no son tuteladas por el Derecho, al menos en el español, pues otros sistemas dan respuestas distintas, como el norteamericano o el británico, donde la única condición es la existencia de facto de la dificultad social que provoca la incapacidad o la discapacidad (mientras que en nuestro Derecho esa dificultad social se presume si existe el reconocimiento oficial de la discapacidad, según la Ley 51/2003).

La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2.006, ratificada por España mediante instrumento el día 30 de diciembre de 2.007 y auspiciada por la Organización de Naciones Unidas, supone el consenso terminológico internacional acerca del uso estandarizado del término “discapacidad” y de “persona con discapacidad” (ésta recogida en el art. 1.1 de la **Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**), cuya acepción común resulta ajena al origen o posible relación con el trabajo. Frente a este concepto, dígase “universal”, se contrapone en nuestro Derecho de la Seguridad Social el de la “incapacidad permanente”, para significar aquella que tiene un componente profesional, es decir, aquella que impide o dificulta el trabajo en algún grado, y que tiene un carácter sobrevenido.

Su característica esencial no es ya su origen profesional, sino su carácter sobrevenido (que la convierte en “pérdida” de lo que antes existió), con directa incidencia profesional (imposibilidad sobrevenida de realizar el trabajo en las mismas condiciones en que se ejecutaba antes de acontecer el evento que ha provocado la pérdida). Así pues, en el universo de las posibles discapacidades o reducciones de capacidad o de funcionalidades, la incapacidad permanente ocupa un lugar especializado por razón de su singularidad, la ya indicada, frente al resto de las que pueden acontecer al ser humano, ya sean congénitas, de nacimiento, de la infancia, o posteriores incluso si en esta última “fase” no convergen con las

que pueden calificarse como profesionales o incapacidades permanentes si es que provocan una incapacidad concreta para la profesión habitual o, en virtud de su gravedad y repercusión, para cualquier trabajo. En este último caso, ese aludido carácter profesional se diluye para “universalizar” la pérdida de funcionalidad, y tiende a confundirse con la incidencia propia de una “discapacidad” no profesional o “general”.

La legislación de la Seguridad social se ocupa de conducir por la senda correcta tal calificación, pese a la completa identidad entre los efectos y repercusión que una y otra pueda tener para el individuo, sobre la única base de su “sobreveniencia” durante la vida laboral del afectado. De ser así, la calificación jurídica será necesariamente la de incapacidad permanente, si es que interviene otro elemento netamente jurídico: que el citado individuo cumpla los requisitos legales para acceder a una prestación por incapacidad permanente, pues, en caso contrario, la propia ley (LGSS) le expulsará de nuevo desde la especialidad a la generalidad, es decir, lo devolverá al concepto de “discapacidad”, en cuanto respecta a la posible protección que pueda brindársele. No será ya, pues, “incapacitado permanente”, sino “discapacitado”, si el sistema de la Seguridad social, pese a tal carácter sobrevenido de su pérdida de funcionalidad, no le cobija bajo su protección contributiva con las prestaciones por incapacidad permanente. El único resquicio de protección, al que se anuda la propia calificación de su situación, será el no contributivo, y en este caso de la mano de esa otra calificación, la de “discapacidad”.

Por lo que respecta al **concepto de discapacidad**, viene definido por la **combinación de limitaciones funcionales junto a factores sociales**³, es decir, **la repercusión social de las “deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales”**, que se desprende del **art. 7 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)**, según el cual «a los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales». La norma, si bien emplea la terminología sustituida por la de discapacidad, anteriormente “minusvalía” (e incluso históricamente “disminución” y “disminuido”), contiene los elementos conceptuales de la discapacidad. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de*

³ DE ASÍS ROIG, R.- PALACIOS, A.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*. Ed. Dykinson, 2007, pp. 24-25. Los autores separan deficiencia de discapacidad, por entender que la primera se asocia a factores puramente médicos, mientras que la segunda tiene una dimensión social, y “puede estar ocasionadas por barreras sociales y relaciones de poder”. Asimismo, ejemplifican dicha diferencia utilizando la imposibilidad de caminar, deficiencia, frente a la imposibilidad de entrar en un edificio como consecuencia de que éste no está dotado otra forma de acceso que escalones, ésta sí discapacidad. El concepto propuesto por los autores integraría la situación de dependencia, no únicamente motivado por las necesidades personales de la persona, sino las de la propia sociedad, que conforma una realidad compleja del propio fenómeno de la dependencia, pero también de los mecanismos de tutela para hacerle frente, aunque muy alejadas de épocas pasadas en que la que tales autores denominan “deficiencia” era considerada socialmente una tara humana que justificaba la exclusión o aislamiento de los diferentes o “por debajo de la normalidad” (lo que ha dado paso a su consideración actual como limitación de la propia sociedad). Una opinión discordante sería la de GARCÍA VALVERDE, que estima que se ha preferido el término “discapacidad” porque éste “engloba todos los términos jurídicos utilizados por el legislador, es decir, la deficiencia, la incapacidad y la minusvalía” y “para evitar menosprecios, estigmatizaciones y connotaciones inapropiadas” (GARCÍA VALVERDE, M.D.: “A los perceptores de pensiones de incapacidad permanente no procede atribuirles automáticamente la condición de minusválido. Interpretación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003”. *Aranzadi Social* paraf. 49/2007, Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2007).

las personas con discapacidad, que complementa a la anterior para ampliar la protección social del discapacitado (STS de 21 de marzo de 2007, dictada en Sala General [RJ 2007\3539]), por su parte, no se refiere a tal aspecto en la definición, únicamente ligada a un grado de minusvalía declarado, pero sí en el contenido de las medidas que regula y en el propio fin teleológico de la misma, que no es otro que hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, entendido desde esta perspectiva de las desventajas sociales derivadas de la discapacidad social (literalmente en relación con la participación plena en la “vida política, económica, cultural y social”)⁴. La ley da, en definitiva, una dimensión social a las que la legislación anterior, centrándose sólo en el aspecto médico-funcional, llama *minusvalías*, y adopta por ello el término de discapacidad, que enfrenta al individuo a la sociedad y a las carencias que ésta le depara, para tratar de mejorarlas a través de las medidas dispuestas en la misma.

Por tanto y sin profundizar cuanto merece la cuestión, por exceder del propósito de las presentes líneas, se deduce que se requiere para ello que exista “deficiencia”, que ésta tenga una repercusión en las capacidades funcionales, y asimismo social, que precisamente es la que motiva las dificultades de movimiento e integración que las primeras puedan representar, y, finalmente, que la misma sea oficialmente declarada como tal.

Y se liga a la existencia de un grado debidamente declarado o certificado y en todo caso superior al 33%, tanto en la Ley 13/1982, como en la Ley 51/2003. Esta opción legal deja fuera del marco de protección privilegiado a aquellas personas que puedan padecer enfermedades o lesiones no oficialmente declaradas como tales según el baremo del RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (modificado por RD 1169/2003, de 12 de septiembre, para incluir la infección por VIH), así como quienes se encuentren afectados de una discapacidad en grado inferior al 33%, que ni siquiera será objeto de declaración administrativa, al sujetarse ésta al requisito de superar la barrera del 33%⁵ (art. 2.1 Ley 51/2003). Se entiende porque la finalidad de la ley es proteger a aquellos que se estima se encuentran en riesgo de exclusión social por causa de enfermedades o pérdidas funcionales que disminuyen su capacidad de movilidad y/o desenvolvimiento en la vida social. Y por lo tanto no protege en sí tales pérdidas, sino los efectos sociales que éstas pueden provocar. Por eso establece por un lado medidas de fomento y facilidades de acceso al sistema educativo, al empleo, a la movilidad, y mecanismos de tutela reforzada contra la discriminación, que incluyen medidas de acción positiva, amén de la protección social directa mediante servicios y prestaciones económicas (STS de 21 de marzo de 2007 [RJ 2007\3539]), y, por supuesto, las derivadas de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, *por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de*

⁴ Para GARCÍA VALVERDE (op.cit.), en el contexto de la Ley 51/2003 “es evidente que toda discapacidad se apoya o es consecuencia de una minusvalía”, ya que la intención de la ley no es alterar dicho concepto.

⁵ DE ASÍS ROIG, R.- PALACIOS, A.: *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, op.cit., p. 22. Los citados autores recuerdan que la solución legal adoptada por el legislador español no es compartida por otros sistemas legales, como el británico o el estadounidense, que no reservan la protección a la discapacidad declarada bajo dichos parámetros, sino al hecho mismo de la discapacidad social o discapacidad socialmente percibida como tal, porque ésta es la que determina la posible diferencia de trato que justifica la tutela legal, a tenor de la *Disability Discrimination Act* de 1995 y en la *American with Disabilities Act* de 1990 respectivamente. Asimismo, llaman la atención sobre la diferencia entre “deficiencia” y “discapacidad”, pues no toda deficiencia o limitación funcional comporta una discapacidad entendida socialmente como fuente de diferencias de trato o problemas de integración.

oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, aun cuando éstas se centren en la estricta esfera del incumplidor y no del titular del derecho.

Ello justifica que se efectúe exclusión de aquellas que no alcancen dicho riesgo social, si es que éste se liga a un grado mínimo, pero no la equiparación entre incapacidades en grado de total para determinadas profesiones –aspecto puramente profesional y no necesariamente social- con la discapacidad protegida por la ley, tanto la LISMI como la Ley 51/5003, si bien esta misma norma contiene una norma de tal alcance, que entra en contradicción precisamente con la filosofía o fin teleológico de este conjunto normativo. Pero no se justifica la ausencia total de protección para aquellos que no han sido oficialmente declarados en situación alguna y sin embargo sufren de enfermedades crónicas que pueden interferir en el empleo, por provocar periodos intermitentes de incapacidad temporal o descenso en el rendimiento profesional. Como es sabido, la jurisprudencia (cfr. SSTs de 29 de enero de 2001, de 12 de julio de 2004 [rec. 4646-2002], de 23 de mayo de 2005 [rec. 2639-2004] y de 18 de diciembre de 2007 [rec. 4194-2006]) ha rechazado que en estos casos las decisiones empresariales basadas en tales circunstancias deban considerarse discriminatorias con motivo de la posible existencia de una discapacidad, pues ésta requiere de declaración previa, así como que pueda serlo por la vía de su inclusión en un colectivo social, pues en este caso entraría en juego la causa de cierre del art. 14 CE –“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”-, considerando su carácter no tasado (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, 31/1984, de 7 de marzo, 37/2004, de 11 de marzo, y 62/2008, de 26 de mayo). ¿Acaso no es una condición personal la que motiva la decisión en este caso, y por tanto, puede incardinarse en tal causa del art. 14 CE para declarar aquélla discriminatoria? La STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008, por la que se resuelve el recurso de amparo 3912/2005, parte de dicha doctrina, centrada en la “perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo determinante de que el mantenimiento de la relación resultase excesivamente oneroso para la empresa”, para sentar que “lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas”, y concluir que, efectivamente, el estado de salud del trabajador puede constituir, en determinadas circunstancias, un factor de discriminación, y concretamente, “cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato”, lo que no ocurre si la decisión se basa en la repercusión funcional de la enfermedad, es decir, en la posible incapacidad para desarrollar el trabajo, pese a no estar declarada. Para **admitir, asimismo, la negativa a la contratación precisamente por dicha causa, como lícita y no discriminatoria**. En suma, la frontera entre la declaración formal no sólo marca el límite de la protección por el sistema de la Seguridad social –en su caso otros beneficios derivados de la condición de discapacitado- sino también de la tutela frente a la discriminación por la condición de pre-incapaz o para-incapaz, es decir, la pérdida de capacidad rechazada como supuesto de incapacidad permanente (por el INSS más no por el empleador). Argumento, sin embargo, rechazado por el TC (y sostenida por el Ministerio Fiscal, así como por el Voto particular de la

sentencia referida), porque no conforma una categoría social plenamente identificada, y puesto que, “en último extremo, la situación de desventaja relativa de determinadas personas en el mercado de trabajo en razón de sus circunstancias físicas o de salud y su eventual riesgo de exclusión social constituyen problemas cuya atención corresponde a los poderes públicos, de conformidad con el art. 9.2 CE, a través, entre otros, del conjunto de medidas de política sanitaria, de formación y readaptación profesionales y, en su caso, de protección social a las que se refieren los arts. 43.2, 40.2 y 41 CE, instrumentos esenciales para hacer realidad el modelo de «Estado social y democrático de Derecho» que nuestra Constitución impone (art. 1.1 CE)”.

La dependencia, por su parte, no se vincula a la falta de capacidad o a una deficiencia, sino a la falta de autonomía, y así viene definida por el art. 2.2 de la Ley 39/2006, conforme a la cual se trata del “estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”, por lo que precisamente el objetivo de la protección por dependencia es facilitar la existencia autónoma de la persona dependiente en su medio habitual y proporcionarle un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad (art. 13). Más adelante se profundizará en la cuestión en cuanto atañe al núcleo del presente trabajo, es decir, las relaciones entre los distintos conceptos aludidos.

Por lo cual el concepto de dependencia no viene ligado necesariamente a la discapacidad, sino asimismo a la edad (asimismo reflejada en otros ámbitos de tutela como por ejemplo las medidas laborales de conciliación de la vida laboral y su cuidado), inclusive en términos de dependencia infantil, de los menores (así como de los hijos incluso en edad superior a los dieciocho años), que viene amparada por el conjunto legislativo que converge desde la protección de las situaciones de hijos a cargo discapacitados y la fijación de los grados de dependencia derivadas de la D.A. 3ª del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006⁶.

II. LA ASIMILACIÓN ENTRE INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD.

El art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, *de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, establece que “a los efectos de esta ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento”, y que “en todo caso, **se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez**, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. También la D.A. 3ª de la misma

⁶ Modificado por el artículo único, 1, del Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre, *en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas, a los efectos únicos de las prestaciones por maternidad*.

ley introduce una relación de coordinación entre ambos niveles, contributivo y no contributivo, de la protección por incapacidad permanente interesante desde el punto de vista tratado, es decir, las interdependencias entre incapacidad y discapacidad.

La norma no es novedosa desde el punto de vista de la interconexión entre ambos niveles de protección de la Seguridad social, pues primero la Orden de 5 de enero de 1982, por la que se desarrolló el Real Decreto 1723/1981, de 24 de julio, *sobre reconocimiento, declaración y calificación de las condiciones de subnormal y minusválido*, que literalmente estableció en su art. 1.1 c) la competencia de los Centros Base del Servicio Social de Minusválidos del Instituto Nacional de Servicios Sociales para homologar, a efectos de las certificaciones acreditativas de la condición de "minusválido o subnormal", "las declaraciones de las situaciones de invalidez permanente por la Seguridad social". Y más tarde la D.A. 3ª, 1, del RD 357/1991, de 15 de marzo, ya vino a disponer que "cuando fuese formulada solicitud de pensión de jubilación o invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, y la misma fuera denegada, la correspondiente entidad gestora cursará al organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva". En aquella ocasión se trataba de encadenar dos procedimientos, el de incapacidad permanente y el de discapacidad, por dicho orden, una vez agotada la primera opción por denegación del derecho. En este caso, el salto establecido por la ley no operaba de forma plenamente automática, en cuanto requería la previa conformidad del interesado, que bien pudiera no estar conforme con dicha tramitación, y sí únicamente con la obtención de una prestación del nivel contributivo. Por lo tanto necesariamente estaba condicionado al interés del beneficiario debidamente expresado, pues lo contrario sería imponerle una carga peyorativa no solicitada, en la misma línea en que la consolidada doctrina del Tribunal Supremo sentada en sentencias de 6 de octubre de 1992 (RJ 1992\7616) y de 14 de octubre de 1991 (RJ 1991\7559) vino a negar el reconocimiento del grado de incapacidad permanente sin derecho a prestación económica.

Pues bien, entrando en el análisis del art. 1.2 de la Ley 51/2003, deben analizarse varias cuestiones:

Primera. *Condición de pensionista.*- **La equiparación tiene lugar a partir del 33% de discapacidad declarada por el procedimiento que corresponda, esto es, el regulado en el RD 1300/1995**, para la evaluación y declaración de las situaciones de incapacidad permanente. Como indica el art. 2 del RD 1414/2006, en concreto será el INSS, o el Ministerio de Economía y Hacienda o el Ministerio de Defensa (reconociendo una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad) quienes emitirán la correspondiente resolución declarativa de la situación de incapacidad, o, en su caso, sentencia judicial que resuelva la impugnación de dichas resoluciones administrativas cuando éstas fueran denegatorias o disconformes con lo solicitado por el beneficiario. Si bien el art. 2 citado alude asimismo al Instituto de Mayores y Servicios sociales u órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente⁷, que declarará el grado de

⁷ Competencia reconocida por el art. 8.2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Sus resoluciones son impugnables en el orden social de la jurisdicción, según doctrina unificada de la Sala social del Tribunal Supremo: SSTS de 27 de octubre de 1997 (rcud 4537/96), de 30 de octubre de 2002 (rcud 3385/2001), de 29 de noviembre de 2002 (rcud 1030/02), de 17 de diciembre de 2004 (rcud 753/04) o de 21 de febrero de 2008 (EDJ 2008\90880), según la cual "debe declararse que los Tribunales del Orden Jurisdiccional Social son competentes para resolver las pretensiones de impugnación de la calificación del grado de minusvalía

discapacidad conforme al RD 1971/1999 y por los **equipos multiprofesionales** integrados en el IMSERSO u órgano administrativo que dentro de cada Comunidad Autónoma tenga transferida la gestión de la competencia para el reconocimiento de la condición de discapacitado y valoración del grado (inclusive a los efectos de las prestaciones por hijo discapacitado a cargo⁸), así como de la prestación económica por incapacidad permanente no contributiva, lo cierto es que en el ámbito de la equiparación tratada esta regla no tiene aplicación, por cuanto se trata precisamente de la determinación de los efectos de la declaración de incapacidad permanente en el concepto de discapacidad. Por tanto, declarada ésta ya, carece de utilidad práctica un ulterior procedimiento, salvo que se pretenda un mayor grado del que inicialmente hubiera sido declarado y, por tanto, la revisión del grado inicial de discapacidad, a cuyo efecto podrá darse plena aplicación al art. 1.2 de la Ley 51/2003 para completar o incrementar dicho grado.

Bastará, por tanto, con la existencia de la declaración administrativa (o, en su caso judicial, si la misma fuera objeto de impugnación⁹) para que pueda entrar en acción el beneficio del art. 1.2 citado.

Pero en cuanto respecta al núcleo de la cuestión examinada, la transferencia de efectos de las pensiones de incapacidad a la condición de discapacitado, a la que se refiere el segundo inciso del art. 1.2 de la Ley 51/2003, éste parte de la situación de incapacidad permanente pensionada, **tanto en grado de total, como de absoluta o de gran invalidez**, es decir, en cualquiera de los grados recogidos en el art. 137 LGSS con derecho a pensión. Por tanto, es necesario como presupuesto previo que se haya reconocido el derecho a una pensión, bien sea en vía administrativa o bien en vía judicial, aunque en este último caso habrá que esperar para afirmar tales efectos a la existencia de sentencia firme, si es que la de instancia ha sido objeto de impugnación en suplicación. La pensión, mantiene la norma, puede haber sido reconocida en cualquiera de los regímenes de la Seguridad social, así como en el sistema de clases pasivas, en cuyo caso la condición de partida es la de pensionista de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, y no el simple pase a la reserva activa o a segunda actividad, en algunos cuerpos de servidores públicos.

Segunda. *Grado.*- **Basta con haber superado la barrera de la incapacidad permanente parcial**, única (obviamente junto con las lesiones permanentes no invalidantes, por hallarse éstas fuera del concepto de la incapacidad para el trabajo) excluida de la equivalencia estudiada, para que tenga aplicación ésta. Por tanto, **a partir de la incapacidad total** para el trabajo, que en principio no tiene parangón concreto con grado de discapacidad preciso, dado el carácter puramente profesional de las lesiones o dolencias que se valoran (es decir, su incidencia funcional respecto a las tareas propias de la profesión que se considera), por lo que incluso podríamos estar hablando de discapacidades *reales* en grado inferior al 33% si se miden por los parámetros neutros de la discapacidad y no por la funcionalidad aplicada a la profesión.

efectuada por el correspondiente órgano administrativo, y ello aunque no se persiga por el interesado la obtención de una pensión no contributiva" (STS de 30 de octubre de 2002).

⁸ STS de 21 de febrero de 2008 (EDJ 2008\90880).

⁹ Sin embargo, el grado declarado no es susceptible de modificación por el INSS en el supuesto de que se resolviera acerca de una prestación, ni tampoco en vía jurisdiccional, cuando esta misma resolución sobre una eventual prestación fuera impugnada judicialmente, ya que en este caso el órgano jurisdiccional debe partir del grado calificado en vía administrativa cuando exista resolución firme de ésta no puede alterarla por tal "vía perifrástica" (STS de 21 de febrero de 2008 [EDJ 2008\90880]).

De hecho, el propio art. 2.2 c) del RD 1414/2006, que desarrolló el art. 1.2 de la ley, parece estar admitiendo abiertamente dicha posibilidad, al prever que, si el beneficiario optase por un expediente declarativo de discapacidad para obtener un grado superior y el resultado de éste fuese precisamente la valoración en un grado no superior al 33%, la resolución que ponga fin al mismo se limitará a establecer esta circunstancia. Ha de admitirse que cabe perfectamente que la valoración realizada saque a la luz un grado inferior al 33%.

A partir de dicho grado mínimo del 33%, corresponderá al órgano calificador que deba decidir sobre el reconocimiento del grado de discapacidad cuál sea el porcentaje que deba atribuirse al interesado.

Tercera. *Procedimiento*.- La lectura del art. 1.2 de la Ley parecía indicar, a salvo de disquisiciones doctrinales al respecto, dada la ausencia de un criterio único incluso entre la doctrina de suplicación, que **en todo caso, sería necesario realizar la tramitación del expediente de discapacidad**, pues, pese al “en todo caso” con el que se abre la equiparación en cuestión, no podía entenderse ésta como de efectos automáticos, al margen de la propia voluntad del interesado, único al que corresponde instar (o en su caso a su representante o persona con interés legítimo) el citado procedimiento. **La condición de discapacitado, por tanto, únicamente procederá a iniciativa propia**, y será en el correspondiente expediente administrativo tramitado al efecto donde tendrá plena eficacia la regla del art. 1.2.

El **RD 1414/2006 respecto del grado mínimo del 33%, el reconocimiento sí es automático sin nuevo examen**, pues su art. 2.1.c) segundo párrafo afirma que “a estos efectos, en ningún caso será exigible resolución o certificado del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente para acreditar el grado de minusvalía igual al 33 por ciento de los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 de este real decreto”, precisamente porque el reconocimiento es automático con la sola existencia de la resolución por la que se declare la situación de incapacidad permanente.

Su art. 2.2 b) declara que “los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente real decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por ciento. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía”.

Cuarta. *Efectos*.- La equiparación presuntiva que establece la norma estudiada exige la acreditación del grado de discapacidad conforme a “los términos establecidos reglamentariamente”, que ya han tenido ocasión de examinarse en el precedente apartado, y con validez en todo el territorio nacional, a fin de evitar diferencias de trato entre Comunidades Autónomas, dada la competencia autonómica al respecto, lo que aproxima en mayor medida la declaración que contiene al sistema de incapacidades, bajo competencia única del INSS. Sin embargo, la norma reglamentaria, a partir del año 2006, pasó a ser el RD 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003, cuyo art. 2.2 b) viene a aclarar los términos del art. 1.2 de la Ley. En particular, dicha norma declara que “los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente real decreto podrán solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por ciento. **En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999**, de 23 de

diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía”.

Pues bien, respecto a los efectos de tal equiparación, **han de considerarse, lógicamente, a los solos efectos de acreditación de un porcentaje mínimo del 33% de discapacidad en los expedientes de discapacidad.**

El RD 1414/2006 vino a establecer que: a) la sola declaración de incapacidad permanente da lugar a la presunción de una discapacidad del 33% a efectos de los beneficios de la Ley 51/2003; y b) para obtener la declaración de un grado superior, deberá tramitarse el procedimiento correspondiente y con aplicación del baremo del RD 1971/1999, para lo cual podrá aportarse a efectos probatorios y orientadores la resolución citada.

Con esta rotundidad lo afirma asimismo la doctrina unificada de la Sala Social del Tribunal Supremo, exponente de la cual es la sentencia de 29 de enero de 2.008 (RJ 2008\2063):

“esa homologación automática del 33% sólo surtirá efectos, sin ningún otro requisito administrativo o burocrático, cuando se trate de acceder a algunos de los supuestos o beneficios que de la Ley 51/2003 deriven, supuestos en los que bastará con acreditar la situación legal de incapacidad permanente en alguno de los grados previstos en la norma para que, sin otras exigencias documentales o de baremación, se reconozca la condición de discapacitado en el referido porcentaje”.

La Sala Social del Tribunal Supremo, en sentencias de de 21 de marzo de 2007, dictadas en Sala General (RJ 2007\3539 y RJ 2007, 4999) y posteriores de 29 de mayo (RJ 2007, 7568), de 20 de junio de 2007 (RJ 2007\5355), de 19 de julio de 2007 (RJ 2007, 7395 y RJ 2007\7397), y de 30 de octubre de 2007 (y las que le han seguido, entre las últimas la de 10 de junio de 2008 [JUR 2008\222442]¹⁰), mantuvo la tesis restrictiva, para sentar que, en efecto, la Ley únicamente se está refiriendo a los efectos de la propia ley 51/2003, y que si se interpretara el RD 1414/2006 en sentido extensivo sería tanto como entender que dicho reglamento estaría incurriendo en *ultra vires*. Por consiguiente, **la condición de discapacitado a la que se entiende equivalente la de incapacitado para el trabajo es válida a los solos efectos de la Ley 51/2003, sin que pueda hacerse valer más allá de sus confines.**

En efecto, razona el Tribunal que “las garantías suplementarias establecidas en la Ley 51/2003 se refieren, entre otras materias, a "medidas contra la discriminación" (en las que se incluyen las llamadas "exigencias de accesibilidad"), a "medidas de acción positiva" adicionales a las ya establecidas, a actuaciones administrativas de "fomento", y a normas de "tutela judicial" y "protección contra las represalias", que “las materias reguladas en la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos se pueden clasificar en los siguientes grupos: a) la determinación de la condición de minusválido (incluidos el diagnóstico y la valoración de las minusvalías); b) el acceso de los minusválidos al sistema educativo ordinario y a la educación especial; c) la reserva para ellos de cuotas de empleo en empresas de más de 50 trabajadores; d) la colocación de minusválidos en centros especiales de empleo; e) las prestaciones en dinero y en especie específicamente establecidas en su favor; f) los servicios sociales para minusválidos; y g) las normas especiales sobre "movilidad y

¹⁰ Además de éstas, las de de 6 noviembre 2007 [RJ 2008\612], de 26 noviembre 2007 [RJ 2007\9244], de 11 de diciembre de 2007 (recurso 799/07), de 26 de diciembre de 2007 [RJ 2008\1789], de 28 enero 2008 [RJ 2008\2776, 2891, y 2892], 29 de enero de 2008 [RJ 2008, 2564], de 12 de mayo de 2008 [JUR 2008\194521], de 3 junio 2008 [JUR 2008\222494], de 6 de junio de 2008 [JUR 2008\232642 y JUR 2008\222456] y de 10 de junio de 2008 [JUR 2008\222442].

barreras arquitectónicas””, para concluir que “de las consideraciones anteriores se infiere que la atribución de la condición o estatus de persona con discapacidad pertenece al grupo normativo de la Ley 13/1982 y no al de la Ley 51/2003”¹¹. En definitiva, en palabras literales que “el precepto contenido en el art. 2.1. de la Ley 51/2003 despliega, por tanto, plena eficacia en todo el ámbito de materias de dicha Ley; es precisamente esto lo que quiere decir la expresión "en todo caso". **Pero no alcanza a la atribución con carácter general de la condición de minusválido o discapacitado.**

Habrá que definir, por tanto, cuáles sean tales efectos a los que se refiere el art. 1.2, que se definen en particular en el art. 3 de la misma norma, inspirada en el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad. En concreto: a) telecomunicaciones y sociedad de la información; b) espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; c) transportes; d) bienes y servicios a disposición del público; e) relaciones con las Administraciones públicas. A lo que se añade la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación (en cuyo caso la ley 51/2003 se declara supletoria de lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación). Lo anterior significa que en los ámbitos citados la equiparación procedente de la existencia de declaración de incapacidad permanente para el trabajo tendrá efectos, como si se tratase de persona afectada de discapacidad, y que en ellos tendrán aplicación las medidas previstas en la ley. Por lo tanto, no que la condición de discapacitado se pueda hacer valer en todos los ámbitos enumerados, sino que en los mismos tendrán eficacia las medidas reguladas en el resto de la ley, y a los posibles efectos aplicativos de dichas medidas será a los que haya de oponerse la condición de discapacitado que deriva de la equiparación. Así pues, corresponde examinar cuáles sean tales medidas.

Pues bien, a tenor del art. 4, **se trata de garantizar la igualdad de oportunidades**¹² (arts. 4 a 10), todas ellas dirigidas a los poderes públicos, y, por tanto, salvo las definiciones directas de los conceptos de acoso y de discriminación indirecta, sin reconocimiento de derechos subjetivos individuales ligados a la condición de discapacitado, que sólo se materializarán en cuanto tenga desarrollo legislativo las previsiones de acciones positivas previstas en dichos preceptos, así en materia de:

- a) **accesibilidad de los edificios y entornos**, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y específicamente supresión de barreras arquitectónicas y tecnológicas;

¹¹ En sus razonamientos añade otro de orden finalista, que, según el tribunal, “atiende a los distintos propósitos de protección que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye como se ha visto otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales. La coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el art. 2.1. Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social”.

¹² Vulnerado cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas.

- b) **acceso, participación y utilización de los recursos** de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas;
- c) **apoyos complementarios**, tales como ayudas económicas, tecnológicas de apoyo, servicios o tratamientos especializados y otros servicios personales (en particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos u otros dispositivos que permitan la comunicación);
- d) **normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad.**

En segundo lugar, se regulan **medidas de fomento y defensa** (arts. 11 a 20), asimismo dirigidas a los Poderes públicos (art. 11), o consistentes en derechos de representación, y medidas de defensa (arbitraje y defensa judicial). Es precisamente en este específico ámbito, el de la tutela judicial, donde cobra pleno sentido la equiparación estudiada, pues viene a significar que **los pensionistas de incapacidad permanente gozarán de los mecanismos de tutela reforzada a los que alude el art. 18 frente a cualquier tipo de discriminación de la que pudieran ser objeto precisamente por su condición de tales**, y, como quiera que dicha protección requiere, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, tanto comunitaria como constitucional y social (SSTS de 29 de enero de 2001 [RJ 2001\2069], de 12 de julio de 2004 [RJ 2004\7075], o de 15 de julio de 2007, entre otras), de la constatación formal de tal condición, es por lo que la ley efectúa la declaración objeto del presente examen, partiendo de que el incapacitado para el trabajo no tiene por qué ser una persona discapacitada, si no concurren los aspectos sociales que se ligan a ésta.

En definitiva, éste (**fomento y tutela¹³**) es el núcleo de la equiparación que realiza la **Ley 51/2003**, al margen de los ulteriores efectos que, en aplicación de la misma, se puedan disponer en las políticas públicas que ésta ordena desplegar para hacer efectivos el derecho a la igualdad de oportunidades. Si se considera que fundamentalmente esta ley persigue tutelar frente a la discriminación basada en la discapacidad, es aquí donde ha de tener eficacia el sentido del art. 1.2. Ello abarca, por supuesto, a la discriminación en el empleo.

Respecto de la Seguridad social, queda excluida (salvo las bonificaciones en las cotizaciones).

III. INCIDENCIA DE LA ENFERMEDAD SOBRE EL TRABAJO.

Convivir con una enfermedad que provoca cansancio constante sin duda es un reto para el afrontamiento de la vida diaria, pero este reto deviene una barrera si observamos otro terreno: el del trabajo, en el que *el cansancio no es una opción, sino una puerta de salida* cuando incide sobre el rendimiento. Y esta relación de transmisión es inevitable, considerando la propia etiología o manifestaciones del síndrome de fatiga crónica. La fuerza de trabajo se contrata por un empleador para que produzca lo esperado, y lo esperado es lo

¹³ En el mismo sentido parece apuntar FALGUERA BARÓ (op.cit., p. 157), para acabar concluyendo con la tesis contraria, esto es, que la equiparación es a todos los efectos, porque los términos tan genéricos en los que viene redactada la ley, coincidentes en materia de discriminación con los de la Ley 62/2003, no aportaría novedades, como pretende la misma, en su intención de novación de la figura del *discapaz*, si bien previa declaración administrativa.

exigido en convenio colectivo, en el contrato o lo esperable en el contexto laboral de destino¹⁴. Lo que implica que una caída en el rendimiento necesariamente conlleva una reconsideración de la permanencia en el puesto de trabajo de la persona que se había comprometido a ofrecerlo a través del contrato de trabajo. Ahora bien, esta disminución en términos jurídico-laborales ha de ser constante o prolongada. De ahí que en el ínterin cobre protagonismo la protección del sistema de la Seguridad social. Éste se convierte en mecanismo protector en esta fase intermedia, y también en la respuesta al vacío que conlleva la terminación de la relación laboral si ésta va acompañada de una definitiva frustración de expectativas laborales.

Lo que ocurre en todas estas fases, en términos jurídicos, merece examinarse con mayor detenimiento.

1. Cuando la enfermedad interfiere sobre el trabajo de forma intermitente: la incapacidad temporal.

1.- La enfermedad puede implicar para quien la sufre ciertos conflictos con las exigencias que le supone su trabajo, tanto las del puesto de trabajo como las del horario o jornada que esté obligado a cumplir.

Estas exigencias podrían ponerse en relación con las obligaciones empresariales de adaptación del puesto de trabajo, previstas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, para entenderlas exigibles (art. 25).

2.- ¿Tiene derecho el trabajador en esta situación a solicitar una reducción de jornada que le permita asumir el trabajo que desempeña? Cuando el esfuerzo continuado exigido por el trabajo provoca la claudicación del enfermo en un número de horas determinado, podría ser idónea la aplicación de jornadas reducidas. Sin embargo, no está previsto este derecho en el Estatuto de los Trabajadores, es decir, no es exigible por el trabajador. Además, supondría en todo caso una pérdida de salario.

Desde la perspectiva preventiva podrían hacerse otras reflexiones, partiendo de una hipótesis: ¿es exigible al empresario este tipo de adaptaciones del trabajo a la persona para evitar riesgos laborales o perjuicio a la salud del trabajador? Pero desde la óptica de las obligaciones y derechos derivados del contrato de trabajo, es una cuestión de buena voluntad de los agentes sociales y de los implicados en la relación individual de trabajo. Por lo que sin duda podría articularse una reforma o implantación de medidas idóneas dirigidas a la reducción de la jornada (hasta ahora sólo previstas para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, pero no para la inserción social de las personas con enfermedades crónicas o minusvalías), y desde luego, desde el análisis médico de la repercusión funcional e incidencia de la enfermedad, ésta parece ser la medida más idónea, la adaptación de la jornada o reducción de la misma (para adaptarla al nivel de esfuerzo que pueden ofrecer las personas afectadas por la misma).

¹⁴ Si es que no se toma la situación permanente-intermitente de enfermedad como causa de despido, precisamente por conllevar esa disminución de rentabilidad para la empresa. Vid. ROMÁN TORRES, M.I.: "Causas de despido objetivo: excesiva morbilidad". En *El despido: análisis y aplicación práctica*, dir. J. Gorelli Hernández, 2004, pp. 404-416.

3.- ¿Qué tratamiento jurídico recibe la enfermedad bajo la protección de la incapacidad temporal?

A continuación se tratará de dar respuesta a estas cuestiones.

1.1. Las situaciones de incapacidad temporal.

En función de la incidencia de la enfermedad sobre la vida cotidiana del enfermo, ésta tendrá una repercusión sobre el trabajo también en forma de bajas médicas (incapacidad temporal), con el límite que marca la Ley General de la Seguridad Social (art. 128-131 bis). Es decir, no podrá prolongarse dicha situación más allá de, a lo sumo, 18 meses.

Resulta obligado referirse a los síntomas de la enfermedad para poder valorar su repercusión sobre el trabajo y dar una respuesta jurídica:

a) En primer lugar, según indica la doctrina médica¹⁵, la SFC requiere para su diagnóstico de un periodo de manifestación de seis meses, lo cual puede ser incardinable en un proceso de incapacidad temporal si los síntomas motivan la ausencia del trabajo, e incluso se producen de forma intermitente y progresiva. Mientras no incidan sobre la continuidad del trabajo, los diferentes síntomas con los que cursa hasta su diagnóstico pudieran provocar interferencias en el trabajo, según la tipología de éste. Los síntomas anunciados son:

- Polimialgias con debilidad muscular.
- Poliartralgias sin signos inflamatorios.
- Adenopatías cervicales o axilares.
- Cuadros de faringitis de repetición.
- Cefaleas de intensidad y persistencia variable.
- Persistencia de la fatiga en más de 24 h.
- Sueño no reparador.
- Trastornos de la concentración y de la memoria

Resulta notorio que algunos de ellos tienen incidencia negativa sobre trabajos de gran concentración mental o precisión (la cefalea, los trastornos de concentración y de memoria), y que otros podrían tenerla sobre trabajos con elevadas exigencias físicas.

En el caso de la fibromialgia, y según indican los estudios médicos, la estimación es de una media de diez consultas al médico al año en tales pacientes y una media de tres fármacos diarios para el control del dolor¹⁶, lo cual puede incluso contraindicar la realización de ciertos trabajos (v.g. aquellos que requieren el manejo de máquinas peligrosas).

Esta necesidad ha de ponerse en relación con dos cuestiones:

¹⁵ OJEDA GIL, J.A.: *Valoración médica de la incapacidad o discapacidad, de la fibromialgia y fatiga crónica*. Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Fibromialgia y Fatiga Crónica, Madrid, 5, 6 y 7 de Junio de 2008, p. 17. En <http://www.peritajemedicoforense.com/VALORACION%20M%C3%89DICA.OJEDA.PDF>, consultado el 4 de mayo de 2009.

¹⁶ LERA MIGUEL, S.: *Características y respuesta al tratamiento multidisciplinar de pacientes afectas de Fibromialgia*. Memoria de tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2005, p. 6.

- El sistema de bajas médicas previsto en la legislación de Seguridad social (LGSS) y en su caso el derecho al correspondiente permiso laboral (retribuido) para ausentarse del trabajo sin consecuencias negativas, que, sin embargo, no tiene reconocimiento legal en el art. 37.3 ET, por lo que depende en todo caso de lo que prevean los convenios colectivos, que en buena parte se ocupan de regular este derecho como permiso retribuido o en todo caso ausencia justificada. La vía alternativa en este caso sería la IT de corta duración, que supone un coste empresarial, pues, al tratarse de una enfermedad común, éste debe asumir el pago de la prestación por incapacidad temporal hasta el decimoquinto día de la baja, o bien que, de ser su duración inferior a cuatro días (pues la prestación nace a partir del cuarto día en estos casos), se asuma por el trabajador sin prestación, pero con cómputo de tales ausencias, aun justificadas (a los efectos del despido por absentismo, ex art. 52 ET).
- La incidencia real de los síntomas y manifestación de la enfermedad sobre el trabajo.

Los síntomas o manifestaciones propias del SFC pueden interferir en determinado tipo de actividades, que requieran o bien realizar esfuerzos físicos o bien la concentración mental (o agilidad o capacidad rápida de respuesta), o aquellos otros en los que pueda existir una mayor exposición a riesgos que pudieran provocar ansiedad (trabajos con mayor índice de riesgos psicosociales, como es el caso de ciertas profesiones o sectores, así la sanitaria y la docente entre las más expuestas).

Y, además, puede interactuar con otros problemas, como el de la asunción de dobles jornadas o problemas de conciliación de la vida laboral y familiar, que comportan un factor de riesgo añadido que incrementa los efectos estresores de otros factores que pueden estar presentes en estas patologías (desde la perspectiva de la psicología, la cuestión del “work life balance” es considerado un factor de predisposición relevante). Asimismo, ha de considerarse como factor asociado el descrédito de la trabajadora en el propio ámbito laboral, si se le considera poco colaboradora en relación con sus compañeros, o incluso “vaga” o demasiado sensible, como consecuencia de su claudicación a un número determinado de horas de trabajo, o a la realización de ciertos esfuerzos físicos, con la consiguiente influencia psicológica negativa que este factor puede acarrear por sí mismo o asociado a los síntomas ya existentes, para ampliar la repercusión de la patología sufrida. Sin duda los riesgos psicosociales a los que se hace referencia alimentarán a su vez a los reactivos a la enfermedad, con el inevitable mayor quebranto en la salud mental de la trabajadora, y, por tanto, una más amplia repercusión en el sistema de incapacidad temporal (más y mayores procesos de incapacidad temporal).

Y ello puede significar una mayor incidencia del número de bajas médicas o, lo que es lo mismo, una mayor propensión a pasar a la situación de incapacidad temporal.

En esta tesitura cabe plantear si es adecuado para la persona enferma el mecanismo de la incapacidad temporal o sería necesario descartarlo a favor de la incapacidad permanente o bien por otro sistema de adaptación o rehabilitación (teniendo en cuenta las obligaciones empresariales al respecto, derivadas del art. 25 LPRL¹⁷) que

¹⁷ Según el art. 25.1 reside en el empresario la obligación de garantizar “de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos

reservara la incapacidad temporal únicamente para las agudizaciones de la enfermedad, o si esta posibilidad sólo cabe en relación con aquellos trabajos o tipos de trabajos en los que no se dé tal prevalencia en la exposición a riesgos que multipliquen o amplíen el efecto de los síntomas propios del SFC.

Por tanto, deberían separarse ambas modalidades de trabajos y relacionarse con los síntomas concretos del enfermo en cuestión, que no tienen por qué responder exactamente al patrón indicado. Y en función de ello, podría concluirse que el sistema de bajas médicas sería adecuado, dentro de los parámetros legales que lo limitan a 18 meses y por consiguiente sólo para aquellos casos en los que el paciente se mantiene estable y compatibiliza sus síntomas con el trabajo, o bien, de ser los síntomas continuados, habría que pensar en otro tipo de medidas. Y, obviamente, sería totalmente descartable la IT.

En conclusión, la situación de IT debe reservarse para situaciones de agudización de la enfermedad en tanto no se produzca una mejoría, o para los casos en los que los síntomas se agraven y conduzcan a su cronicidad, a efectos de desembocar en la IP.

Ahora bien, ¿cabe exigir a la empresa el cambio de condiciones de trabajo para acomodarlas a la enfermedad?

La respuesta es distinta según la persona afectada cuente o no con reconocimiento de grado de discapacidad o de incapacidad permanente (parcial). En el caso de que sea así, el art. 25 LPRL, así como la normativa sobre recolocación (RD 1451/1983, de 11 de mayo, sobre empleo selectivo y medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos¹⁸), reconoce el derecho a cambio de puesto de trabajo, sobre la base o bien de una discapacidad reconocida o simplemente, bajo el art. 25 LPRL, de la existencia de una **característica personal**, que bien pudiera ser una enfermedad. Sin embargo, la simple adaptación de otras condiciones, como horario, jornada, no se desprende literalmente de la ley.

Ahora bien, ¿qué modificaciones en particular?

aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”.

¹⁸ El art. 1 del RD 1451/1983 prevé la posibilidad de que la IPP afecte al rendimiento normal para el trabajo en el mismo puesto de trabajo anteriormente ocupado (aunque se reconozca el derecho a la reincorporación a ese puesto o a otro, de no ser posible, con mantenimiento del mismo nivel retributivo). En caso de disminución en el rendimiento, el empresario debe destinar al trabajador a otro puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual. De no existir puesto de trabajo adecuado, le permite reducir proporcionalmente el salario, manteniéndole en su puesto de trabajo. La reducción salarial no puede superar el 25%. La cuantía retributiva deberá ser como mínimo del SMI. Literalmente afirma: “Los trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente parcial, tienen derecho a su reincorporación en la Empresa en las condiciones siguientes: 1. Si la incapacidad permanente parcial no afecta al rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse deberá el empresario reincorporarlo al mismo puesto o, en caso de imposibilidad, mantenerle el nivel retributivo correspondiente al mismo. En el supuesto de que el empresario acredite la disminución en el rendimiento, deberá ocupar al trabajador en un puesto de trabajo adecuado a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa”.

Las ya planteadas afectan al cambio de puesto o traslado, esto es, se trata de la posibilidad de la **movilidad funcional**, permitida por el art. 25 LPRL, que la configura como medida idónea para garantizar la adaptación del puesto a la persona.

Asimismo, las que afectan a la **jornada y horario**. En particular, el art. 36.4 del Estatuto de los trabajadores prevé medidas de protección de la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos. Aquellos a los que se reconozcan problemas de salud ligados al hecho de su trabajo nocturno tendrán derecho a ser destinados a un puesto de trabajo diurno (que exista en la empresa y para el que sean profesionalmente aptos).

En alguna resolución, como la S. del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), núm. 5466/2007, de 19 julio (AS 2007\2507) precisamente se ha enjuiciado esta posibilidad, a partir de la solicitud de la trabajadora afectada de SFC a una reordenación de condiciones de trabajo, concretamente el cambio de horario a horario diurno, en la empresa Chupa Chups¹⁹, que ésta había concedido mientras se encontraba el síndrome en tratamiento, pero sin poder elegir turno concreto, que solamente competente a la empresa si no se pone en juego la salud de la trabajadora:

"No se sostiene jurídicamente la alegación del recurso de que asignar a la actora al turno de tarde (de 14 a 22 horas) "pone en peligro la integridad física de la trabajadora". De los informes médicos aportados por las partes se desprende que la actora tiene contraindicado el horario nocturno, pues precisa un sueño profundo y reparador, por lo que es necesario un horario estable, que le permita dormir lo más fisiológicamente posible, es decir, por la noche (informe Dexeus). En igual sentido, el informe de aptitud laboral de la Mutua la considera apta para su puesto de trabajo, con la única restricción de la realización de las tareas en horario nocturno. La decisión empresarial, de asignarla al turno de tarde, es respetuosa con las recomendaciones médicas que se derivan de los informes comentados. Es incierto que ese turno "entre en horario nocturno", como se dice en el recurso, pues de acuerdo con el artículo 36.1 ET trabajo nocturno es el realizado entre las 10 de la noche y las seis de la mañana. Por otra parte, el turno asignado es el que mejor se adapta al estado patológico de la actora. Lo que si podría poner en peligro su integridad física es no dormir durante la noche lo máximo posible, como recomiendan los informes médicos, y no lo haría desde luego si se le asignara al turno de mañana, que empieza a las 6 horas de cada día. La decisión empresarial es, insistimos, plenamente respetuosa con las recomendaciones médicas (contraindicación de horario nocturno); y la más razonable para salvaguardar el estado físico de la actora, pues para dormir más por la noche es a todas luces mejor concluir la actividad laboral a las 10 de la noche que empezarla a las 6 de la mañana.

¹⁹ Hechos: La trabajadora desde mayo de 2004 ha venido realizando su jornada laboral en turnos rotativos de mañana, tarde y noche. Está afecta de fibromialgia y síndrome de fatiga crónica, en tratamiento. Puso en conocimiento de la empresa su situación a finales de 2004. En fecha 28.06.05, tras una valoración por parte de la Mutua Universal y un nuevo requerimiento por parte de la trabajadora, recibe la siguiente comunicación por parte de la empresa: "En respuesta a su escrito de 23 de mayo de 2005 en el que referencia el informe de aptitud laboral (de Mutua Universal) que la considera APTA para su puesto de trabajo, con la única restricción de la realización de tareas habituales en horario nocturno, le comunicamos que teniendo en cuenta las cargas de trabajo previstas para los próximos meses, la planificación de turnos y vacaciones, la distribución de la plantilla, consultada Planificación y producción quedará adscrita, mientras persistan las circunstancias anteriores, al turno de tarde de 14 a 22 horas. Habiendo sido de alta de su situación de I.T. con fecha 17 de junio y una vez disfrutado el período vacacional del 20 al 26 de junio, la efectividad de lo mencionado horario será a partir del próximo 27 de junio de 2005. Dicha restricción deberá ser revisada en el período de un año, a contar desde la emisión del citado informe de aptitud. En caso de que en la mencionada fecha se liberase esa restricción volvería a la realización del sistema de rotación a 3 turnos tal como venía desarrollando hasta la fecha."

La actora tiene derecho a ser destinada a trabajo diurno, pero no a elegir dentro del horario diurno turno de mañana o de tarde, decisión que, por necesidades justificadas, compete a la empresa en el ejercicio de su poder de dirección y organización del trabajo. Ni puede pretender, subsidiariamente, adscripción a turnos rotativos de mañana y tarde sin limitación temporal alguna, ni condicionamiento derivado de su enfermedad, pues es precisamente su situación médica, y el mantenimiento de la misma, lo que justifica el trato distinto de la actora respecto de sus compañeros de trabajo que, disfrutando de turno fijo (mañana o tarde) pasaron a tres turnos rotativos en virtud de decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones laborales de carácter colectivo, declarada justificada por sentencia firme del Juzgado de lo Social 22”.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo social), núm. 1863/2005 de 21 diciembre (JUR 2006\91056), el supuesto es el de una Técnico Medio de Biblioteca, en la Biblioteca de Falencia, en la sección de operaciones de préstamos de libros. Solicita cambio de puesto por SFC²⁰, que se le deniega por considerar que su trabajo no es estresante sino compatible con su estado de salud:

“...argumentándose en esencia que su estado de salud, aunque no incapacitante, es incompatible con la atención directa al público que exige su puesto de trabajo, recurso que no puede ser acogido; el artículo 11 del Convenio Colectivo citado en su apartado primero situación tercera prevé para el trabajador con capacidad disminuida pero no incapacitante la adaptación de su puesto de trabajo y cuando no fuere posible se proceda conforme a lo previsto para la Incapacidad Permanente Parcial que a su vez prevé tres posibilidades; adaptación del propio puesto del trabajador discapacitado, adscripción a otro puesto de la misma categoría con las adaptaciones en su caso que procedan y la adscripción a otro puesto de trabajo de distinta categoría igual o inferior acorde con la minusvalía; la actora solicita se le dispense de la atención al público, tarea que según dice constituye un elemento estresante y perjudicial para su dolencia que consiste en fibromialgia y trastorno somatoformo indiferenciado (hecho probado cuarto); **supuesto que la actora no esta incapacitada en grado alguno puesto que no ha instado del INSS el oportuno reconocimiento y que su categoría profesional es la de asimilado a titulado de grado medio ocupando el puesto de trabajo de Técnico Medio** de la Biblioteca Pública de Palencia, en la que además de la actora prestan sus servicios otros cinco trabajadores con dicha categoría y otros ocho con la de Auxiliares de Biblioteca, **se ha de llegar a la conclusión de que no ha lugar a acoger su pretensión de que se le dispense de la atención al público porque aunque se admita que tal tarea en una Biblioteca Pública pueda resultar estresante, en todo caso no constituye, según la definición de la categoría de la actora en el Convenio Colectivo citado, la atención directa e información básica del público una función propia de los Técnicos Medios de Biblioteca sino de los Auxiliares de Biblioteca de tal suerte que la atención al público que pueda dispensar la actora no será constante y agobiante sino en su caso esporádica y perfectamente compatible con su actual estado de salud”.**

También la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de julio de 2005 se refiere a un cambio de turno de quien padece **fibromialgia** y tiene asignado el turno de noche. Se afirma en la misma que el art. 25 LPRL no ampara esta pretensión que **no implica cambio de funciones, sino únicamente de horario:**

²⁰ Se emitió informe por parte del Equipo Multiprofesional para cambios de puesto de trabajo por causa de salud, con el siguiente contenido: - Situación clínica actual: proceso crónico con posibles agudizaciones. - Relación del proceso patológico con el puesto de trabajo: ninguna. - Funciones, actividades y tareas que puede desempeñar el trabajador: todas las de su categoría profesional. - Adaptaciones necesarias a su puesto de trabajo determinación del nuevo puesto compatible con el estado del trabajador: --- Necesidad de formación profesional previa: Ninguna. - Observaciones: A la vista de los informes aportados no se considera adecuado, en este momento, el cambio de puesto de trabajo.

“El artículo 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en su apartado primero está destinado a proteger a trabajadores con características personales singulares, con estado biológico particular, o en una situación de discapacidad física o psíquica o sensorial, situaciones todas ellas que los convierten en unas personas «especialmente sensibles» a los riesgos del trabajo, ya sean generales o específicos. Estos trabajadores deberán ser rodeados de las medidas preventivas pertinentes y dotados de los medios de protección necesarios, en función del tipo de trabajador, de sus características psico-físicas y de la finalidad de la tutela de la salud; y además, «no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias...».

La **STSJ Galicia de 13 de diciembre de 2003** analiza un supuesto de cambio temporal de puesto de trabajo, como derecho reconocido en el convenio, a quien **padece fibromialgia y tiene reconocido un 38% de discapacidad**. No es imprescindible que el puesto haya sido el desencadenante o causante de la enfermedad, sino que basta con que ésta impida su desarrollo sin riesgo para el trabajador.

Ahora bien, no garantizar tal adaptación por parte de la empresa en tales casos no es cuestión despejada de toda duda en cuanto a sus efectos legales. Sólo de la **LISOS** se desprende un claro efecto sancionador, pues la califica como infracción grave (la adscripción de trabajadores a puestos de trabajo con condiciones incompatibles con sus características personales) en su art. 12.7.

- Ha de tenerse en cuenta que una incidencia reiterada de estas situaciones de IT tiene una clara repercusión negativa sobre la continuidad del contrato de trabajo, puesto que puede abrir la posibilidad de la extinción del contrato a iniciativa del empresario por ausencias reiteradas al trabajo, aun cuando estén justificadas por la existencia de una enfermedad, e incluso cuando tenga un carácter más definitivo o diagnóstico claro: la ineptitud sobrevenida como motivo de despido, autorizada por el art. 52 ET. Más adelante se analizará este tema desde la perspectiva constitucional de los derechos del enfermo y su posible discriminación precisamente como enfermo.

Pues bien, desde el punto de vista estricto de la incapacidad temporal y su duración y dinámica, cabe reseñar lo siguiente:

- Su duración máxima es la de 18 meses, dentro de los que se computan las recaídas que tengan lugar en el periodo de los seis meses siguientes al alta (art. 128 LGSS).
- Ello implica que, sobrepasado este periodo, necesariamente debe tomarse una decisión sobre la situación del paciente: a) reincorporación al trabajo sin posibilidad de nuevas bajas hasta transcurrir al menos seis meses, o bien b) incapacidad permanente.

La enfermedad puede ser causa válida, desde el Estatuto de los Trabajadores, para extinguir el contrato a iniciativa del empresario. Por lo tanto, ha de considerarse que desde el punto de vista legal permite la expulsión laboral del enfermo.

Esta posibilidad ha sido admitida por el Tribunal Supremo. Sin embargo, algunas sentencias recientes del TSJ de Cataluña mantienen su carácter discriminatorio por basarse precisamente en la situación de enfermedad del trabajador. Ninguna de ellas se refiere al SFC.

El TJCE, en su sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.*, plantea precisamente la cuestión desde el punto de vista de una eventual discriminación en el empleo y la ocupación, prohibida por la Directiva 2000/78/CE²¹. Dicha sentencia concluye que el concepto de discapacidad debe interpretarse de forma autónoma y con validez para todos los Estados miembros y que la simple enfermedad no constituye situación amparada sino hasta declararse la situación de incapacidad o de minusvalía, puesto que las medidas a las que se refiere tal protección tienen que ver con situaciones prolongadas con las que no se corresponde el concepto de “enfermedad” sin declaración alguna de incapacidad (la STJCE se refiere a *una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*).

No obstante, ello determina otro problema: que hace depender la protección de que por el órgano calificador se entienda que la enfermedad alcanza un grado concreto de minusvalía o incapacidad, y deja fuera a todos aquellos casos en los que, pese a la cronicidad de la enfermedad, como sería este supuesto, no han obtenido reconocimiento administrativo alguno. Sin embargo, es bien cierto que el planteamiento de la sentencia se refiere en particular a cualquier enfermedad tan pronto como aparezca y no está pensando en enfermedades crónicas.

²¹ Su artículo 1 dispone: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato». El art.4 de la Directiva establece que los Estados Miembros podrán disponer que una diferencia de trato basado en una característica, relacionada con alguno de los motivos protegidos, no tendrá carácter discriminatorio cuando, debida a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Y el art. 5: «A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

Por otra parte, La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada con ocasión de la reunión del Consejo Europeo celebrada el 9 de diciembre de 1989, a la que hace referencia el artículo 136 CE, apartado 1, enuncia en su apartado 26: «Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social. Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda.» Pero todo ello requiere *declaración de minusvalía*.

En el Derecho español, tanto el art. 17.1 ET²² (en su versión modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social), como el art. 55.5 ET declaran la nulidad de las medidas de carácter discriminatorio y entre ellas de los despidos discriminatorios. Sin embargo, la enfermedad no está prevista como situación protegida, sino sólo la discapacidad, por lo que, de acuerdo con la sentencia comunitaria citada, no puede entenderse incluido.

Pese a ello, dos sentencias del TSJ de Cataluña (Sala social) declararon la nulidad del despido en tal situación, la Sentencia de **12 de julio de 2006**, dictada en Sala General, núm. 5340/2006²³, y la Sentencia de **30 de marzo de 2007**, Recurso núm. 8192/2006²⁴, que no tuvieron respaldo jurisprudencial, puesto que el Tribunal Supremo en sentencias posteriores ha seguido manteniendo la validez del despido en estos casos.

Por otra parte, no se ha planteado la nulidad del despido de enfermos de SFC (o por fibromialgia) pero, habida cuenta de que superan el 90% de los diagnósticos de la enfermedad las declaradas a mujeres, cabría plantear dicha nulidad no por la vía estricta de la enfermedad, sino por la discriminación por razón de sexo. Además, téngase en cuenta que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, modifica incluso la Ley General de Sanidad para dar una atención específica a las enfermedades femeninas o prevalentes en la mujer, y ésta es una de ellas, lo que justifica este refuerzo de protección.

No puede ignorarse que, si estadísticamente estamos ante enfermedades de signo o incidencia femenina, el desvalor social o trato peyorativo recibido por tal circunstancia puede constituir un supuesto de discriminación indirecta por razón de sexo. Hasta el momento no se ha abordado dicho análisis en nuestro país, pero la lógica no puede apuntar

²² “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”.

²³ Declara nulo el despido de los trabajadores de la empresa SEAT por basarse precisamente en la existencia de una enfermedad que determinó un proceso de incapacidad temporal, ya que la causa se aplicó a un número amplio de trabajadores de la misma empresa en las mismas fechas. La sentencia citada considera que en tal caso todos los trabajadores quedaban incluidos en un mismo colectivo, cuya pertenencia implica la concurrencia del requisito exigido por el art. 14 CE para estimar la existencia de discriminación (por pertenencia a un determinado colectivo como factor de discriminación o segregación social).

²⁴ También utiliza el criterio de la “segregación”, para concluir que: “dado que el ordenamiento jurídico español ha decidido otorgar a los supuestos del artículo 5 del Convenio 158 OIT la calificación de despido nulo, máxima posible en nuestro sistema de relaciones laborales, pensamos que idéntica protección debemos otorgar a quienes son despedidos por estar enfermos, por cuanto son objeto de una discriminación prohibida por el artículo 14 de nuestra Constitución en relación con el 10.2.” Y, en línea con el derecho a la salud antes apuntado, el citado tribunal añade dos argumentos adicionales en apoyo de la tesis de la nulidad del despido: “...el despido es una reacción empresarial al uso que el trabajador ha hecho de su propio derecho en materia de seguridad social y salud: se ha producido una reacción empresarial desproporcionada contra ese actuar legítimo, lo cual entendemos que es vulnerador de su derecho fundamental a la indemnidad. (...) El trabajador no ha podido evitar hacer uso de su derecho a preservar su integridad, y la empresa no ha querido soportar la obligación que el ordenamiento jurídico le impone ante ese correlativo ejercicio.

hacia otro lugar, en cuanto nos encontramos en primer lugar con una enfermedad potencialmente discriminadora en su recepción social, si se considera que, además de la natural reticencia hacia el surgimiento de nuevas patologías en tanto no se instaure un conocimiento científico sólido sobre su etiología y entidad (propias de cualquier enfermedad), éstas se acompañan de un especial desvalor social observado incluso entre la clase médica, pues se asocian a elementos atribuidos peyorativamente a la mujer, como su carácter psicomático, su posible etiología “histórica”, la ineficacia laboral, o la simple búsqueda de vías para huir del trabajo de manera económicamente ventajosa (la obtención de una pensión de la Seguridad social²⁵).

La Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*²⁶, aplicable incluso a los trabajadores inválidos, prohíbe las discriminaciones directas o indirectas (definidas en el art. 2.1) cuando se aplica una restricción basada en el sexo de la trabajadora²⁷.

La doctrina comunitaria acerca del valor indiciario del dato estadístico viene a sentar en estos casos (simplificadamente) que si el colectivo mayoritariamente afectado por una medida aparentemente neutra estadísticamente es el femenino, se está introduciendo una discriminación indirecta por razón de sexo. Desde esta perspectiva, por tanto, cabría plantear este despido como discriminatorio por razón de sexo, a la luz de la Ley Orgánica de Igualdad, y declarar su nulidad.

2. Cuando la enfermedad interfiere de modo continuado o permanente: la declaración de incapacidad permanente.

Frente al ingente número de solicitudes de incapacidad permanente por fibromialgia, la mayoría de las cuales llegan a los tribunales por no ser estimadas administrativamente, el número de solicitudes por SFC cuando es ésta la única patología valorable y no va asociada a la primera (supuesto más probable) es ciertamente no menor, sino incluso irrelevante, en mucha mayor proporción en la que ambas enfermedades se dan estadísticamente, pues, frente a los cientos de demandas por fibromialgia, sólo decenas se plantean por SFC en Cataluña. Es buena muestra de ello el registro de las que publica la conocida base de datos de Aranzadi (westlaw.com), en la que en la actualidad por dicha voz únicamente se

²⁵ En este supuesto más allá de los casos reales que sí obedecen a tan criticado afán, sin olvidar que éste está puede encontrarse por igual en otras enfermedades y personas que buscan del mismo modo la rentabilidad económica de su enfermedad por la vía del sistema de la Seguridad social y que no se topan con semejante desvalor basado únicamente en las características de su enfermedad, sino en su gravedad o en la finalidad – crematística o la simple huida del mercado de trabajo- perseguida por quien la sufre.

²⁶ La citada directiva declara su aplicabilidad en su art. 1 a todas las condiciones, laborales y de Seguridad Social: a) el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución; c) los regímenes profesionales de seguridad social

²⁷ Éste define como «discriminación directa» la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, y como «discriminación indirecta» la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

encuentran nueve sentencias publicadas, mientras que las dictadas por fibromialgia fueron 155.

Conclusiones derivadas de los casos judicializados:

- Condiciones requeridas: imposibilidad de prestar trabajo físico/ intelectual: en este caso por deterioro cognitivo.
- Grado concedido: habitualmente la IPA cuando la fatiga es a esfuerzos mínimos, cumpliendo todos los criterios de *Fukuda* y tiene carácter grave (hasta 160 puntos en la escala de Fukuda), o cursa además con deterioro cognitivo. Será IPT cuando no provoque esa imposibilidad por reunir gravedad inferior o no hallarse presente de manera continuada.
- Contingencia de la que deriva: en los casos en los que se produce una manifestación de la enfermedad como reacción a una exposición química o vírica (*virus Epstein-Barr*) de origen laboral, puede considerarse contingencia profesional (Accidente de trabajo).

2.1. Grados posibles.

Cabe la declaración, como en cualquier otra enfermedad, de los diversos grados de incapacidad previstos en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social.

Ahora bien, en primer lugar, parece poco probable la aplicación del grado de incapacidad permanente parcial, aparte de que se venga reconociendo en la práctica sólo en caso de accidentes y no de enfermedades comunes (bajo el argumento de que la edad en sí misma provocaría pérdidas o degeneración artrósica en todos los casos y por tanto obligaría a declarar dicho grado en edades próximas a la jubilación a casi todos los trabajadores), porque la repercusión funcional de esta enfermedad es mucho más amplia, cuando tiene la gravedad requerida, que el 33% de disminución de la capacidad funcional para el trabajo habitual.

De ahí que los grados preferentemente declarados sean el de incapacidad permanente total para la profesión habitual y el de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

Si el carácter de la enfermedad es grave o severo y así se encuentra acreditado, el grado declarado será con toda probabilidad el del IPA. En ocasiones se ha declarado una IPT, pero la regla general es la absoluta, puesto que suele provocar un dolor constante o una fatiga generalizada que resulte compatible con pocos trabajos, al no tener una repercusión específica y localizada sobre cierta funcionalidad concreta, amén de encontrarse muchas veces asociada a síndromes depresivos o deterioros cognitivos que dificultan asimismo la realización de tareas no físicas, sino de mayor contenido intelectual o que exigen unos requerimientos mentales mínimos.

Por el contrario, si no se acredita ningún grado en particular y no se indica su severidad, no se aprecia por lo general la existencia de incapacidad alguna, por no poder constarse la verdadera repercusión funcional de la misma o reales afectaciones o pérdida de capacidades.

2.2. Problemas de evaluación en la práctica judicial.

Sabido es que existe una total discordancia entre la realidad interna y externa en los procedimientos de evaluación de IP. Por lo que respecta al ámbito judicial, una discordancia

frecuente se advierte en la visión que se tiene de la valoración judicial. Véase un ejemplo de tantos de la opinión popular:

En un foro sobre fibromialgia

(http://www.portalesmedicos.com/foros_medicina_salud_enfermeria/ubbthreads.php/posts/10023), consultado el 4 de mayo de 2009:

(A la pregunta: QUISIERA SABER SI POR PADECER FIBROMIALGIA SE HA RECONOCIDO ALGUN GRADO DE MINUSVALIA POR POR EL DEPARTAMENTO DE ACCION SOCIAL DE LA DIPUTACION U ORGANO COMPETENTE. DESCONOZCO ESTE TEMA, SI HE LEIDO LO DE LA INCAPACIDAD ABSOLUTA EN BARCELONA PERO NO HE LEIDO NADA REFERENTE AL % DE MINUSVALIA. SI ALGUIEN CONOCE ALGO SOBRE ESTE TEMA Y PUEDE INFORMAR SE LO AGRADECERIA.

MUCHAS GRACIAS

ISABEL)

Se responde por una persona anónima:

"hola lo primero un saludo te escribo desde barcelona el problema de esta enfermedad es que" no existe" por lo tanto tienes que fabricarla de manera evidente a los ojos de los que te miran la primera vez que fuimos me dieron un 42% de minusvalia y la segunda vez despues de dos años me concedieron un 57% lo primero que tienes que consela preguntaguir informes medicos firmados por especialistas como reumatologos,psiquiatra,traumatologos y como ultimo el menos importante los del medico de cabecera cuando vayas a la revision o cualquier consulta medica la primera que se tiene que creer que estas enferma eres tu por lo tanto no vayas arreglada procura llevar una apariencia oscura y sin maquillar a la pregunta de cualquier medica "parece que hoy estas mejor"la respuesta siempre tiene que ser no rotundo ,cuando espliques tus dolores acuerdate cuando te duele ya que seguramente cuando estes en presencia de cualquier medico no te duela en ese momento en todo momento tienes que estar pendiente de lo que haces en el momento que entras en cualquier institucion medica ya que te observan en todo momento cuando estes esperando en la sala y te llamen no corras levantate despacio y con gesto dolorido si tu marido se cree tu enfermedad el te tiene que ayudar y colaborar contigo esto es una labor bastante sicologica ya que como la mujer del cesar aparte de ser honrada tiene que parecerlo y tu tienes que hacer lo mismo aparte de estar enferma tienes que parecerlo nosotros hemos conseguido ganarle a la seguridad social la invalidez absoluta en los tribunales ya que cuando paso el tiempo la seguridad social me mando a trabajar dandome el alta cosa que recurri a los tribunales y ganamos."²⁸

²⁸ A ello responde otra persona anónima: "Por lo que leo en múltiples foros, no solo no hay un estandar de valoración para la fibromialgia, sino que para algunas provincias españolas, e incluso para distintos discapacitados dentro de la misma provincia se aplican valoraciones con ABISMALES diferencias entre unos y otros, y lo que tiene mas ... llamémosle o incluso pudiera en el futuro llamarse "delito" es que te adjudiquen el (%) que le venga en gana al médico de turno. Por qué hay que engañar al valorador diciendo AYYYYYYYYYYY! si te sopla a la cara cuando ese día te has tenido que tomar 50 calmantes y 20 antiinflamatorios + 10 sedantes para poder asistir al tribunal????????? Claro ese día te puedes mover algo, porque con lo que te has tomado o la palmas o haces hasta el pino... y te dan un 2%, y eso que llevabas 50 informes de especialistas diciendo lo jodid@ que estas. Eso sí, ese día era complicado y con mucho trabajo para leer tanto informe y por lo tanto mejor que tirarse una semana leyendo informes es hacerte mover la cabeza a un lado y otro y levantar los bracitos... Ay Dios.. además de estar malo hay que saber mentir.. esto es la lexe. Ah .. una cosa.. no te vayas nunca a cabrear si tu colega del cole.. el que llamabais "El Trolas", al que le dieron el 68% por GranFibromidalgia, lo ves bailando un break-dance-rokero lanzando a la pareja a 3 metros de altura y vacilando de contorsionista... te repito.. no te cabrees que eso estresa y te pondrás más malit@ aunque nadie se lo crea. Por qué no estandarizan una valoración para la fibromialgia?... pues por lo mismo que para el resto de padecimientos que recoge el Real Decreto.... Todos van por tramos desde % hasta % y así.. tu que le has gustado menos te quedas con el 10% y tu que le has caído simpatic@ aciertas un pleno al 60%. Mientras que el refranero español tenga razón "Quien hizo la ley hizo la trampa", A TU PREGUNTA ES DIFÍCIL

Bien, ¿cuál es la realidad?

1.- Dificultad de los jueces:

a) Que **no existen tests objetivos**, y, por lo tanto, se genera una gran desconfianza hacia los exámenes médicos de partida, que deben revisarse en el ámbito judicial.

Primero porque se parte de de que depende del criterio del médico examinador, y, por tanto, puede resultar variable.

Segundo, porque se supone que los **dictámenes médicos** más objetivos, además de los del ICAM, son los del médico forense, al que pedir su opinión en caso de duda. Pero el problema con éstos es que sólo son supuestamente objetivos, porque este médico es generalista, es decir, se le pide dictamen sobre cualquier dolencia, cuando sólo es especialista en algún campo y no en todos, lo que supone que su criterio tampoco puede prevalecer sobre el del especialista (POSE VIDAL). Ya que el grado de fiabilidad científica de tales informes se puede poner un poco en entredicho por la falta de especialización.

b) El **historial médico** a examinar. El criterio que prima en la práctica es el examen de dicho seguimiento, la observación del iter seguido, y si se ha consultado a la Medicina Pública especializada. Hace desconfiar en el juez o tribunal que los únicos informes aportados provengan de instituciones privadas, a las que se atribuye normalmente la cualidad de informes de favor, especialmente si están confeccionados con posterioridad al surgimiento del pleito. Por ello se advierte también una discordancia entre las estrategias sugeridas por los abogados especializados (vid. un caso en COL·LECTIU RONDA: *Les malalties invisibles. Fibromiàlgia, fatiga crònica...*, Barcelona, 2008), que aconsejan siempre acudir a perito privado, y el valor que en la práctica judicial los órganos judiciales conceden a tales informes, frente a los que impera la desconfianza, sobre todo en el ámbito del TSJ.

CONTESTAR... hay quien por fibromialgia le han otorgado Incapacidad Total para todo tipo de trabajo y una invalidez del 70% y quien tiene que seguir currando y 0,00001% de minusvalía. Hay quien por hernia discal cervical sin compresión radicular (sin aportar resonancia alguna, y por simple examen físico con muchos ayssssssss incluidos) obtuvo en su día un 49% y quien en la actualidad por Fibromialgia generalizada de varios años de evolución, Artrosis avanzada de ambas caderas (Coxartrosis) (grados II y III), artrosis ambas articulaciones sacroiliacas, espondilosis L1-L2 y L4-L5 con pinzamiento L4-L5, Hiperlordosis Cervical, Escoliosis dorso-lumbar, Osteoporosis, Hombro doloroso, Codo de Tenista, Síndrome de Piernas Inquietas, Hígado Graso, EPOC-Bronquitis crónica, Ulcera-sangrados digestivos repetitivos por AINES, Cólón irritable y espástico(15 años con 4 colonoscopias, 3 biopsias, 3 gastroscopias, etc.etc.), Depresión reactiva en tratamiento psiquiátrico 3 años, quiste cavidad riñón derecho, verrugas en duodeno ¿pancreas aberrante?, Hernia de Hiato, Estómago en Cascada, y alguna cosilla más, le han "Supervalorado" con un 33%. Un 1% por cada pastilla diaria .. es decir 33 pastillas diarias = 33%.. Ah... si se toman pastillas de Cianuro son mejor valoradas y te dan un 2% por cada una que tomes. Lo dicho... CUANTO TE DARÁN POR UNA FIBROMIALGIA?.. Pues como bien queda reflejado en los Anexos del Real Decreto DESDE 0% HASTA 100%.. eso si... haz caso del Refranero ... MAS VALE CAER EN GRACIA QUE SER GRACIOSO.. lo que significa ... MÁS VALE QUE TE CREAN MALO QUE ESTAR MALO.. o quizás habría que aplicar otro dicho del refranero y en este caso habria que decir ... MAS VALE TENER AMIGOS HASTA EN EL INFIERNO... será por eso que hace tanto calor en los Centros Bases de Minusválidos?.....

c) Los informes médicos manejados y la definición de la enfermedad y su gravedad y limitaciones en los mismos.

Con el SFC **no se aprecian las mismas dificultades** que aparecen con frecuencia con el síndrome de fibromialgia. Y ello es así en razón de los informes médicos que se utilizan como referencia para tomar la decisión, que en el primer caso adolecen de vaguedad o imprecisión respecto de la gravedad y alcance limitante, así como de las propias características de la enfermedad ya que, si en el caso de la fibromialgia la limitación depende del número de puntos gatillo y de la gravedad e incidencia de los puntos dolorosos, en el SFC se tiene la idea de que, acreditado el hecho de que existe una imposibilidad de prestar esfuerzo físico mínimo durante todo el día, se entiende directamente como situación incapacitante. Es decir, la calificación como invalidante resulta mucho más simple.

Por el contrario, la ausencia de algunos indicadores se considera determinante de la desestimación de la solicitud:

a) informes genéricos que no concretan la gravedad de la enfermedad y las concretas limitaciones que produce;

b) común a todas las incapacidades, que se evidencie la falta de seguimiento continuado de la enfermedad (reflejado en un historial clínico continuado y documentado), con informes médicos procedentes de instituciones hospitalarias especializadas públicas, porque esto inclina la interpretación hacia la exclusión del verdadero alcance incapacitante, y favorece la sensación de que se trata de una “prueba preconstituida”, de favor o *ad hoc* para el pleito a fin de obtener la incapacidad exclusivamente, no importa el rigor científico del hospital de su procedencia, frecuentemente privado. Del mismo modo, la existencia de informes únicamente del médico de familia o de peritos médicos privados hace presuponer que falta un verdadero respaldo médico de un diagnóstico serio y tratamiento curativo antes de la solicitud de la prestación.

2.- Resultados judiciales.

Se impugnan en vía judicial un porcentaje muy elevado de las incapacidades denegadas en vía administrativa. Y, además, en un porcentaje igualmente elevado, se recurren ante el Tribunal Superior de Justicia. Estadística aproximada de éste:

- si se acredita la severidad o gravedad de la enfermedad, que indica una severa limitación para el trabajo, se reconoce el grado de incapacidad;
- el grado reconocido es el de IPA si provoca una incapacidad para el trabajo físico pero también determina pérdidas cognitivas o merma significativa de la aptitud psíquica para el trabajo, como consecuencia de la falta de capacidad para ofrecer esfuerzo físico siquiera mínimo (o comorbilidad con síndrome depresivo grave: el leve o moderado tampoco modifica el grado incapacitante);
- el número de recursos estimados en los que se reconoce la incapacidad, en atención a las circunstancias anteriores, es más alto, que para la fibromialgia, pero se demanda en mucho menor número;
- en muchos casos vienen acompañados de informe pericial realizado sólo a partir del inicio del pleito o de informes realizados a solicitud del paciente por el médico de familia, a los que en sí mismos se concede menor credibilidad, pero ello ocurre con menor frecuencia en el SFC;

- no es habitual recurrir al informe médico adicional que supone el informe forense para despejar las dudas del juez, por ser recurso usado en supuestos extraordinarios en los que existe una auténtica contradicción entre todas las pruebas practicadas, que no permiten al juzgador extraer una conclusión clara de todo ello.

En esta línea, es importante destacar la repercusión social de esta estadística, que, al conocerse en los circuitos jurídicos, favorece o bien desincentiva la solicitud de prestaciones y/o la impugnación de las resoluciones administrativas.

Finalmente, cabe plantear la aplicabilidad de la gran invalidez y el baremo de valoración de la situación de dependencia aprobado por Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, que desarrolla la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, *de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*.

Se trata de un supuesto inadecuado para los enfermos de SFC, en tanto que la dependencia de tercera persona resulta especialmente de apreciar en estos casos, pese a la posible severidad de la afectación, pues en todo caso se entiende que impide trabajar o llevar una vida cotidiana con mínimos esfuerzos, pero tampoco exige la ayuda de tercera persona para realizar los actos esenciales de la vida cotidiana.

En este orden de cosas, frecuentemente se alude al elevado gasto en incapacidades, temporales y permanentes, sobre el que se centra la atención acerca de los recursos que supone para el sistema de la Seguridad social –y terceros implicados- estas situaciones. Sin embargo, no se cita un elemento significativo, y es que no se computa el gasto que precisamente *no* se hace, por tanto el ahorro que supone para el sistema de la Seguridad social, en otros beneficios sociales que se repercuten directamente sobre el propio ciudadano, como es el cuidado de familiares en situación de dependencia, hasta ahora, y antes de la Ley 39/2006 y el Reglamento, Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, repercutido directamente sobre las prestaciones por incapacidad, al ser un habitual refugio de aquellas personas que, abocadas a prestar esta atención, no encuentran otra salida que recurrir a bajas médicas temporales o a la incapacidad permanente.

2.3. Casos reseñables.

1. Enfermera con SFC post-infección por virus de Epstein-Barr. No se considera EP.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social)

Sentencia núm. 9326/2004 de 29 diciembre. JUR 2005\55828

Profesión habitual: Enfermera-ATS, enfermera del Hospital Aliança Sagrat Cor y profesora en la E.U. de Enfermería Blanquerna.

Diagnóstico de «Síndrome de Fatiga Crónica».

Lesiones probadas: Síndrome de fatiga crónica post-infección por virus de Epstein-Barr y citomegalovirus, grado II-IV.

Sobre su calificación como EP (se deniega):

“Ahora bien, no basta con que el personal sanitario haya contraído una enfermedad infecciosa para afirmar, sin más, que tal enfermedad es profesional, pues el artículo 116 de la LGSS exige, con carácter general, que se trate de enfermedades contraídas a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena, para lo cual es necesario acreditar la existencia del virus en el lugar de trabajo y que se ha producido un contacto con el mismo en el medio laboral, teniendo en cuenta las diversas formas de infección que se conocen, que para el citomegalovirus son, como

afirma la entidad gestora, las siguientes: congénita, perinatal, relaciones sexuales, transfusión de sangre o en pacientes inmunodeprimidos y para el virus de Epstein Barr a través de la saliva.

Además, el hecho de que el síndrome de fatiga crónica haya aparecido con posterioridad a una infección de los citados virus no significa que la causa de la enfermedad se encuentre en tal infección, pues ha de tenerse en cuenta que desde el punto de vista científico la fatiga crónica es una enfermedad de origen desconocido y su adquisición por contagio vírico es una simple hipótesis que no está confirmada. Por ello *en el presente caso sólo podría eventualmente admitirse como enfermedad profesional la infección vírica pero no el síndrome de fatiga crónica*, la cual **es una patología no está incluida en el cuadro de enfermedades profesionales**. No puede aceptarse que la enfermedad sea accidente de trabajo, como apunta el INSS, pues aparte de que es una pretensión que no se ha formulado en la demanda, el artículo 115.2.e) de la LGSS sólo considera como accidentes aquellas enfermedades que no sean propiamente profesionales contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo, prueba que en el presente caso no se ha practicado”.

2. SFC derivado de síndrome químico múltiple (intoxicación por organofosforados). Se califica como AT.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social)

Sentencia núm. 2570/2006 de 24 marzo. JUR 2006\241222

Dictamen ICAM: "Cuadro de fatiga crónica. Hipotiroidismo. Disfunción neurológica de tipo frontal"

Dolencias probadas: Cuadro de fatiga crónica. Hipotiroidismo. Disfunción neurológica de tipo frontal.

“Tot al contrari, provat, com s'ha provat sens dubte, el nexa causal possible entre la fumigació descontrolada i reiterada, amb productes de gran toxicitat, vinculada a la manca de ventilació correcta del centre i que l'actora pateix una patologia que pot ser provocada per aquests agents químics, la presumpció de l'article 115.3 de la citada LGSS, desplega els seus efectes. En conseqüència, hauria de ser la part demandada la que aportés algun indici que trequés el nexa causal com seria per exemple un altre factor de contaminació per productes químics, extern a la vida laboral. I respecte a la ruptura del nexa no existeix cap prova, quan per contra s'ha aportat una amplia i profusa documentació realitzada per organismes públics de vigilància de la salut que han estudiat i investigat el cas i arriben a la conclusió de la probable afectació de l'actora pel conjunt de factors indicats.”

3. SFC con disfunción neurocognitiva: se afirma que determina una severa incapacidad

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Social).

Sentencia núm. 608/2005 de 30 mayo. JUR 2006\14467

Categoría profesional de Directora de Recursos Humanos.

Lesiones probadas: Síndrome de fatiga crónica. Y trastorno depresivo-ansioso reactivo leve.

Ha seguido consulta monográfica del síndrome de fatiga crónica en Centro Médicos Delfos, por un cuadro de fatiga crónica invalidante de 10 años de evolución.

En el cuadro clínico junto a la fatiga crónica invalidante de más de 6 meses de evolución y que limita su actividad diaria en más del 50% (primer criterio mayor diagnóstico), refería febrícula, dolor de garganta recurrente, cefalea recurrente, artralgias migratorias, debilidad muscular, mialgias, fatiga prolongada tras ejercicio, severos trastornos de la concentración y la memoria del sueño (criterios menores diagnósticos) y el inicio de dicho cuadro fue de forma gradual.

Se descartan otros procesos médicos que pudiesen inducir fatiga crónica, tales como enfermedades infecciosas crónicas, hepáticas, endocrinas y psiquiátricas tales como la depresión mayor (segundo criterio mayor diagnóstico).

Tras aplicar el protocolo del síndrome fatiga crónica consideran que el síndrome de fatiga crónica según el CDC o de Holmes e internacionales de Fukuda.

Como elementos comórbidos del síndrome de fatiga crónica, destaca fibromialgia, síndrome miofacial y alteraciones neurovegetativas, en forma de episodios de hipotensión ortostática y lipotimias.

En sus antecedentes patológicos destaca un hipotiroidismo biológico controlado con dosis bajas de levotiroxina y discopatía degenerativa C5-C7.

En la escala de impacto de la fatiga, se obtiene una puntuación de 145 puntos, sobre un máximo de 160.

La determinación de los marcadores biológicos de la fatiga crónica cociente Rnasal/Rnasa 8.7 (condiciones normales <0.5) y actividad de la Rnasa I 680 (condiciones normales 50).

El test del ejercicio físico con la determinación del consumo de O₂, ha mostrado los siguientes resultados: V_{O2} máximo real de 14.6 ml/kg/min, siendo el V_{O2} máximo teórico de 29.1 ml/kg/min, con un cociente V_{O2} máximo V_{O2} máximo teórico de 50.1%.

El estudio de la disfunción neurocognitiva: Valorado a través de una batería neuropsicológica (Waiss-Escalas Wessler para adultos), ha puesto de manifiesto dificultad en la atención y concentración, acalculia prefrontal, dificultad en la memoria de procesamiento y para iterar operaciones, dificultades en las actividades discursivas y del aprendizaje, problemas en el procesamiento de la información visoperceptiva y de la memoria del trabajo espacial.

“Como razona el Juzgador de instancia, el síndrome de fatiga crónica es una enfermedad que condiciona una severa alteración de la calidad de vida, la sintomatología en forma de fatiga crónica, dolor y debilidad muscular junto a alteraciones en la función cognitiva y sueño condiciona una severa incapacidad no sólo en la esfera laboral, sino también en la vida personal, familiar y social.

Son factores asociados a una peor evolución, la duración de la sintomatología superior a cinco años, la presencia de síntomas físicos como dolor generalizado rebelde al tratamiento analgésico, las altas puntuaciones en las escalas de fatiga y la severa disfunción neurocognitiva y la actora ha sido valorada por un cuadro de fatiga crónica invalidante de 10 años de evolución y que limita su actividad diaria en más del 50%, presenta febrícula, dolor de garganta recurrente, cefalea recurrente, artralgias migratorias, debilidad muscular, mialgias, fatiga prolongada tras el ejercicio, severos trastornos de la concentración y la memoria, del sueño y el inicio de dicho cuadro fue de forma gradual.

En la escala de impacto de la fatiga, se obtiene una puntuación de 145 puntos, sobre un máximo de 160. Presenta asimismo, trastorno ansioso-depresivo reactivo leve, tal y como se describe en el lugar oportuno de esta Sentencia, transcribiendo el relato fáctico de la recurrida, impide la realización de cualquier trabajo remunerado por cuenta ajena y con respecto a la falta del tratamiento prescrito que la Entidad Gestora invoca como obstáculo para la concesión de la prestación, consta en autos que la actora inició situación de incapacidad temporal el 9 de Julio de 2003, siendo significativo que el expediente administrativo se iniciara de oficio, a instancia del Servicio Público de Salud, a los cuatro meses de permanecer en dicha situación.”

4. Cajera (40 años), declarada en IPT por SFC.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Social)

Sentencia núm. 1185/2006 de 11 diciembre. JUR 2007\83426

Síndrome de fatiga crónica de etiología desconocida con un cuadro de dolores articulares y musculares generalizados, con adenopatías cervicales y axilares y debilidad generalizada que provoca una marcada **impotencia funcional para realizar cualquier esfuerzo físico**. Además ocasiona dolor cervical y craneal con episodios de mareos y vértigos. También padece hernia discal C5-C6, pequeñas lesiones hiperintensas en sustancia blanca subcortical frontoparietal, de probable etiología isquemia.

5. Trabajadora autónoma titular de un supermercado. No se reconoce la IPT.

Tribunal Superior de Justicia de Murcia, (Sala de lo Social)

Sentencia núm. 1140/2006 de 27 noviembre. JUR 2007\60773

Diagnosticada por Reumatología y psiquiatría de un síndrome de fatiga crónica, fibromialgia y un episodio depresivo leve/moderado; pruebas complementarias dentro de la normalidad.

6. IPA derivado de accidente no laboral por SFC y hepatitis C por contagio.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social)

Sentencia núm. 5585/2003 de 19 septiembre. AS 2003\3391

Padece: En 1981 histerectomía por fibrosis uterino y endometriosis ovárica que no fue diagnosticada hasta 1999 mediante ecografía de esteatosis hepática, serología virus hepatitis C positivo, síndrome de fatiga crónica en personalidad neurótica, espondiloartrosis leve, dorsalgia y cervicalgia persistente».

“En este punto ha de aceptarse también el recurso y ello porque partiendo del hecho incontrovertido de que hubo una intervención quirúrgica y en ella, por la trasfusión efectuada, – así se recogen en la fundamentación de la sentencia con valor de hecho probado fundamento 3º– se produjo el contagio del virus, se confirma la intervención súbita, y lo inesperado e imprevisible, el contagio, y la concurrencia del otro elemento, la lesión, que debe incluir no sólo la violenta o repentina sino también la lenta e insidiosa, tanto la herida manifestada externamente como la dolencia sin manifestación externa notoria, así como el trastorno fisiológico o funcional.

Entendemos que no puede descartarse que sea accidente no laboral, precisamente la distinción de accidente de trabajo y no laboral, se funda en el vínculo o conexión con el trabajo, en los términos que expresa los artículos 115 y 117 de la LGSS, pero no en cuanto en el contenido de la «lesión», que sigue siendo idéntico para ambos, de manera que establecida la relación entre la intervención quirúrgica y contagio y la posterior enfermedad invalidante, es correcta la calificación de accidente no laboral. En definitiva lo que importa es el hecho constitutivo de la lesión, y no tanto si el suceso ha sido repentino. **Tratándose de un contagio en este caso procede la calificación como accidente no laboral**, calificación que no puede invalidarse por el hecho de que el diagnóstico haya sido efectuado con posterioridad a la intervención, pues lo que sí resulta claro es que la intervención hace entrar a la actora en contacto con la enfermedad y se desarrolla provocándole finalmente la situación actual, en que el resultado puede calificarse de enfermedad común pero el origen es accidental según resulta acreditado como se ha indicado, y al no tener relación con el trabajo ha de calificarse de Accidente no laboral.”

7. Pase a segunda actividad por SFC de Policía Nacional pero no IP.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencia de 29 noviembre 2002. JUR 2003\26110.

Síndrome de fatiga crónica, como evolución previsible la de «cronificación» y como propuesta la de que «no está totalmente imposibilitado, siendo la patología que padece tributaria de pase a situación de segunda actividad psicofísica».

“...coincide con el diagnóstico del Tribunal Médico, y efectúan por lo demás una valoración referida a que su intensidad en el momento hace que aquél no pueda desempeñar las funciones propias del cuerpo, mas es esta última de una valoración jurídica que no corresponde llevar a cabo a dicho médico, sino precisamente a este órgano judicial.”

Cuerpo Nacional de Policía: jubilación por incapacidad permanente para el servicio: denegación: síndrome de fatiga crónica: pase a situación de segunda actividad psicofísica.

2.4. La cuestión del género.

La mayor morbilidad femenina se manifiesta en un mayor número de mujeres discapacitadas. Las cifras del año 2008 (datos a fecha de mayo de 2008) indican una proporción similar a la de años anteriores, con edades medias de 53 años entre los hombres y de 56 entre las mujeres:

Regímenes						
	Hombres		Mujeres		No consta	
	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media	Núm.	P.Media
General	373.108	950,42	178.749	802,77	11	567,90
Autónomos(*)	83.680	580,91	44.847	496,67	4	638,32
Agrario	37.426	487,43	29.413	426,30		
T. del mar	8.400	779,40	1.015	552,60		
M. del carbón	4.200	1.245,69	37	1.263,03		
E. de hogar	374	453,70	13.647	441,26		
A. de trabajo	73.502	966,62	9.011	831,19	8	964,46
E. profesionales	10.520	1.137,88	3.161	752,79		
Sovi	1.901	333,71	28.617	343,03		
Total sistema	593.111	871,78	308.497	663,29	23	718,08

En cuanto respecta a la incapacidad permanente, el análisis transversal exige considerar que los resultados son necesariamente sesgados, en cuanto la población activa femenina, así como las franjas de edad incluidas, son muy diferentes entre ambos, y se producen igualmente sesgos laborales por la fuerte feminización de sectores y empleos; que inevitablemente los resultados no son homogéneos, dada la conformación profesional de las incapacidades y la distinta incidencia de cada sector y tipo de empleo. Así, no puede ignorarse un factor que incide claramente sobre el índice de pensiones por incapacidad, y es el hecho de que la ausencia del mercado laboral de buena parte de las mujeres en edades activas hasta hace pocas décadas, y la ausencia de las que podrían acceder en la actualidad a la pensión de jubilación, tiene un componente sociológico adicional, y es que, a partir de ciertas franjas de edad, motiva que se intente el acceso a la protección de la Seguridad social por la vía de la incapacidad, puesto que la pensión de jubilación requiere de un periodo notablemente mayor de carencia que no pueden acreditar.

Pues bien, si se observa la estadística disponible, puede llegarse a ciertas conclusiones, que precisarían asimismo de una línea de actuación propia en el ámbito de la salud laboral, aún con intervención de las políticas públicas de salud. Dicho análisis muestra la existencia de la prevalencia de ciertas enfermedades y, a su vez, de su influencia sobre la conformación de las causas de incapacidad permanente protegida por el sistema de la Seguridad social.

Entre ellas se encuentra la fibromialgia y el **síndrome de fatiga crónica**. Se trata de enfermedades en clara expansión en la actualidad, al haber aflorado un elevado porcentaje de pacientes, en su mayor parte de sexo femenino, afectas de la enfermedad

(inevitablemente se confunden entre este colectivo algunos supuestos infundados, como acontece con todas las nuevas vías de reclamación que acaban cobijando solicitudes no veraces), que en el ámbito de los órganos evaluadores de incapacidades (EVIS, e ICAM en Cataluña) están siendo fuente de constante preocupación, especialmente ante el desbordamiento de las consultas y solicitudes con tal causa.

En al menos un *90% de los casos objeto de reclamación jurisdiccional las solicitantes son mujeres*, mayores de 40 años en su mayor parte, y la patología aparece frecuentemente asociada a síndromes depresivos, y en muchos casos también unida al síndrome de fatiga crónica. Aunque, según la Encuesta Europea del Dolor, el perfil de las mujeres que sufren dolor crónico es el de las amas de casa (el 70% de quienes sufren dolor crónico son mujeres), por lo tanto fuera del mercado de trabajo, si bien sus características (seis años de evolución) y síntomas asociados (alteraciones del sueño, irritabilidad y depresión) las sitúan en los parámetros de la incapacidad laboral definida por el art. 136 LGSS.

Y, por otra parte, ha de llamarse la atención sobre su incidencia desde la perspectiva preventiva, ya que los síntomas que acompañan a la fibromialgia (entre ellos ansiedad 44%, dolor de cabeza 54%, fatiga 78%, y dolor extenso 97%) pueden interferir en determinado tipo de actividades, que requieran o bien realizar esfuerzos físicos o bien la concentración mental (o agilidad o capacidad rápida de respuesta), o aquellos otros en los que pueda existir una mayor exposición a riesgos que pudieran provocar ansiedad (trabajos con mayor índice de riesgos psicosociales, como es el caso de ciertas profesiones o sectores, así la sanitaria y la docente entre las más expuestas). Y, además, puede interactuar con otros problemas, como el de la asunción de dobles jornadas o problemas de conciliación de la vida laboral y familiar, que comportan un factor (femenino) de riesgo añadido que incrementa los efectos estresores de otros factores que pueden estar presentes en estas patologías (desde la perspectiva de la psicología, la cuestión del “work life balance” es considerado un factor de predisposición relevante).

Asimismo, se trata de una enfermedad que, dadas sus características clínicas, no objetivables mediante pruebas diagnósticas, frecuentemente expone a quien la padece a una situación de estrés emocional adicional derivado de la desvaloración personal, y del descrédito profesional vinculado a prejuicios y estigmas de asociación a holgazanería o debilidad “femenina”.

Pues bien, la desvalorización que acompaña a las pacientes de estas dolencias tanto en el ámbito social como en el más específico del trabajo puede observarse desde la perspectiva de género, y muy posiblemente el análisis empírico indique que es la prevalencia femenina la que incide en su desvalorización social. Con toda probabilidad, su aparición indiferenciada por sexos o incluso la prevalencia masculina provocaría otro tipo de respuestas sociales (incluso entre la propia profesión médica, en muchos casos contraria a su admisión como enfermedad autónoma), ya que su afectación prioritaria al sexo femenino la convierte en blanco de apreciaciones típicamente sexistas, tales como su índole psicósomática o incapacidad de respuesta frente a la tensión emocional, al esfuerzo laboral o a las dificultades vitales, o la simple asociación al “histerismo” femenino²⁹. Por consiguiente, tanto

²⁹ El propio diccionario de la RALE define la histeria (del fr. *hystérie*, y este del gr. *ὑστέρα*, matriz, víscera de la pelvis), en su primera acepción, médica, como “enfermedad nerviosa, crónica, más frecuente en la mujer que en el hombre, caracterizada por gran variedad de síntomas, principalmente funcionales, y a veces por ataques convulsivos”.

la propia caracterización de la enfermedad como su impacto social se encuentran expuestas al mismo desvalor derivado del sesgo femenino. Ello habría de motivar, por tanto, según cuanto se afirmará posteriormente, que haya de merecer un tratamiento singularizado en las políticas sanitarias, de acuerdo con el art. 27 de la LO 3/2007.

Características de las evaluaciones y de las sentencias sobre IP por estas patologías:

Patologías mentales de tipo depresivo.

- ✚ Se trata de patologías que fundan buena parte de las solicitudes de incapacidad permanente, especialmente de las litigiosas, y en las que un porcentaje muy significativo corresponde a mujeres.
- ✚ El perfil habitual se corresponde asimismo con situaciones de desempleo –desde las que se pretende el acceso a la pensión por incapacidad permanente- y con edades alrededor de los cincuenta años, en muchos casos con problemas familiares que podrían asociarse al llamado síndrome del quemado que sufren los cuidadores de personas en situación de dependencia, u otro tipo de problemas familiares (fallecimientos, problemas personales de hijos, dependencias de hijos, trastornos psiquiátricos graves o demencias de familiares a cargo...)

Fibromialgia y síndrome de fatiga crónica.

- ✚ Ambos síndromes musculares están fundando multitud de solicitudes de incapacidad permanente, en su mayor parte denegatorias.
- ✚ Si bien no puede afirmarse que la causa de la denegación sea un prejuicio hacia esta enfermedad, que sí sabemos que se encuentra entre muchos profesionales de la Medicina, sino por razones puramente procesales, al tratarse de una enfermedad de difícil constatación mediante pruebas médicas y la ausencia de informes médicos contundentes, claros y precisos, que afirmen con rotundidad la gravedad de la enfermedad y su alcance incapacitante.
- ✚ Ello dificulta que por el juzgador pueda resolverse favorablemente, al no contar más que con informes muy genéricos que no permiten llegar a tal conclusión³⁰.

En todos estos casos, se aprecia una cierta tendencia a minimizar la importancia de la enfermedad y de su alcance invalidante, para rechazar su trascendencia a tales efectos, y por tanto la calificación como invalidante. Y si se tiene en cuenta que estamos ante patologías que estadísticamente afectan en mayor medida a mujeres, el resultado es que sí existe un reflejo concreto de las diferencias valorativas por sexos en materia de incapacidades laborales.

Obsérvese en la tabla que se adjunta cómo la ocupación femenina se da fundamentalmente en trabajos de profesionales y técnicos y personal administrativo (concretamente, trabajos de tipo administrativo, de servicios de restauración, personales y de comercio, “trabajos no

³⁰ En la sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003\74680), se reconocía el grado de incapacidad permanente total para la profesión de limpiadora precisamente como consecuencia de tal patología, asociada a espondilolítosis degenerativa de grado IV-V. Valoraciones similares se realizan en la STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (AS 2006\134) a efectos de determinar el derecho a la recolocación de trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente total.

cualificados” y personal técnico profesional científico e intelectual)³¹, sobre los que no inciden patologías invalidantes relacionadas con el esfuerzo físico, sino el intelectual y, por lo tanto, sí tienen trascendencia buena parte de las anteriormente citadas.

Por otra parte, hay que considerar otro dato relacionado con multitud de solicitudes de incapacidad: la situación de **desempleo**, desde la cual se intenta en muchas ocasiones el “salto” a las prestaciones de incapacidad permanente, con objeto de alcanzar una cobertura económica a esa situación de exclusión social.

¿Existe alguna política sanitaria de género?

La Comisión Europea se ha ocupado del factor diferencial del sexo en la salud, haciéndose eco de tal realidad (manifestada en definitiva en que *la calidad de vida de las mujeres, aún más longevas, es inferior a la de los hombres*, por la incidencia y prevalencia de ciertas enfermedades, como la osteoporosis, y especialmente las enfermedades cardiovasculares, además del cáncer y los trastornos mentales), que ha de tener un claro reflejo en las políticas sanitarias. Por ello se ha establecido un «Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2006-2010» con inclusión de la perspectiva de género. Y del mismo modo se ha situado como objetivo del programa de acción comunitario en el ámbito de la salud pública (2003-2008) atajar las desigualdades en materia de sanidad. Asimismo, la propuesta de Decisión del Consejo relativa al Programa Específico «Cooperación» por el que se ejecuta el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea de Acciones de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Demostración (2007-2013) tiene la intención de integrar los aspectos de género en la investigación sanitaria, como reseñan las Conclusiones del Consejo sobre la salud de las mujeres (2006/C 146/02), que *subraya la importancia de aumentar entre la población en general, y también entre los profesionales sanitarios, la conciencia de que el sexo es un factor determinante clave de la salud, y reconoce la importancia de atajar las desigualdades que puedan existir entre Estados miembros atendiendo a los factores determinantes de la salud ligados a aspectos sociales y económicos*.

Sin embargo, también ha destacarse que la propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la discriminación de género en los sistemas de salud (2004/2218 (INI)) fue rechazada por el Parlamento por 244 votos en contra, 173 a favor, y 149 abstenciones³².

Del mismo modo, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, *para la igualdad efectiva de hombres y mujeres* (LOI), en su art. 27 dispone la integración del principio de igualdad en la política de salud, con una política específica de promoción de la salud de las mujeres, “así como de prevención de su discriminación”, en el marco de la educación sanitaria y la investigación científica, y en particular en relación con la salud laboral, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 27.3).

Ello permite sostener que los objetivos específicos de la LOI, en cuanto atañe a la salud, son ámbitos muy concretos: la salud pública y la salud laboral. Sin embargo, mientras que en el primer campo (salud pública) no establece medidas definidas, pues su planteamiento es más general, y precisado de una concreción ulterior (con las precisiones y objeciones que se realizarán a continuación), en el segundo (salud laboral), por el contrario, los instrumentos ya se diseñan e imponen por la propia ley, aunque en ambos casos puede afirmarse que, sin restarles valor como primera medida de promoción de la transversalidad de género en la salud, el conjunto de herramientas que facilita la ley es todavía rudimentario. Pese a lo cual, la interpretación de su implantación conforme a la filosofía de la propia ley puede permitir integrar bajo su mandato un más amplio campo de actuación y de herramientas.

³¹ *Apuntes de coyuntura (Nº 6) “SOBRE IGUALDAD Y DISCRIMINACION DE GÉNERO”*. Octubre 2006. Fundación Sindical de Estudios. En http://www.comfia.net/pdf/Bdd_DescDocumentoExe.pdf.

³² La resolución fue objeto de un informe realizado por Eva-Britt SVENSSON [GUE/NGL, SE].

La ley introduce modificaciones únicamente en dos normas marco que conforman la legislación sanitaria vigente, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Si bien permanecen inalteradas el resto de las que conforman la compleja y difusa legislación sanitaria, el carácter marco o delimitador de las dos citadas suponen la directa integración de los principios en ellas contenidas en el resto de las aludidas, por lo que puede entenderse “subsano” dicho déficit.

Sin perjuicio de que los ámbitos afectados por las citadas leyes tengan naturaleza pública y, por tanto, quede olvidada la sanidad privada, a la que igualmente debe entenderse dirigido el mandato de la LOI, y, por tanto, la crítica que esta omisión pudiera merecer, lo cierto es que estamos ante un cambio cualitativo en la orientación de las políticas sanitarias. Primero porque se introduce la obligación de acomodar el diseño de cualquier programa o política de actuación no ya al principio de no discriminación, que va de suyo, especialmente desde la perspectiva constitucional, sino al factor diferencial del sexo, a fin de que éste, o bien el género (es decir, los estereotipos sociales ligados al mismo), no interfiera en la prestación de la sanidad o en las actuaciones sanitarias.

Ahora bien, la orientación de género implica ir más allá, no sólo para evitar las posibles discriminaciones indirectas, a las que apela el nuevo art. 3.4 de la LGS, así como el art. 6.2 (ambos introducidos por la D.A. 8ª), sino asimismo para acomodar la atención sanitaria a las especificidades de género, que requieren de un trabajo de investigación previo para sentar las bases de tal especialidad, bajo la premisa general, sentada en el art. 21.1, de integrar la perspectiva de género en la actuación sanitaria en el ámbito específico de la salud laboral.

Éste es precisamente el sentido del nuevo art. 18 (apartados 1, 4, 9, 14, 15 y 17), al aludir a: 1) una educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres en la educación sanitaria, amén de la formación contra la discriminación de las mujeres, 2) la obligación de atender a las necesidades diferencias de mujeres y hombres en la prestación de productos terapéuticos; 3) la atención especial al acoso sexual y al acoso por razón de sexo dentro de la salud laboral, 4) la formación específica en el tratamiento de la violencia de género, 5) la investigación científica sobre las diferencias entre mujeres y hombres, y 6) la desagregación por sexos de los datos médicos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica, que permita el análisis de género.

En la misma línea, la Ley 16/2003 parte del principio de no discriminación por razón de sexo en las actuaciones sanitarias (art. 2 a), innecesaria afirmación desde el art. 14 CE, no así desde la visibilidad de la cuestión y de su planteamiento como medida de fomento y concienciación.

También dicha ley incide en los aspectos abordados por la nueva redacción de los preceptos citados de la Ley General de Sanidad:

- a) atención especial a los riesgos y necesidades específicas de las mujeres en la atención a la salud laboral (art. 11.2 g);
- b) la atención al género entre los grupos de riesgo o con atención especial (art. 12.2 f);
- c) la inclusión de la perspectiva de género en las actuaciones formativas (art. 34 e);
- d) la investigación sobre las especificidades de género o de mujeres y hombres (art. 44 f);
- e) desagregación por sexo de los datos contenidos en el sistema de información sanitaria, acerca de las prestaciones y cartera de servicios en atención sanitaria pública y privada, lo cual requiere de la adaptación de los indicadores y requerimientos técnicos para integrar dicha perspectiva en el análisis (art. 53.2 y 3). Se ignora si a fecha de hoy se ha producido la implementación de esta medida técnica con carácter general;
- f) análisis específico de la salud de mujeres y hombres en los informes emitidos por el Observatorio del Sistema Nacional de Salud (art. 63).

Se trata, como puede comprobarse, de criterios orientativos generales que han de guiar las distintas políticas sanitarias, públicas y privadas, que, no obstante, no introducen mecanismos específicos que permitan una traducción más directa de la perspectiva de género, y que dejan en manos de los distintos implicados la buena voluntad de llevarlos a término, pues no existe mecanismo coercitivo claro que garantice su efectividad. Desde el punto de vista de la administrada, resulta difícil sostener la existencia de un derecho perfecto, al menos en el marco de la legislación sanitaria reseñada, a un tratamiento singularizado por razón de género, y, por consiguiente, que pueda fundar una reclamación por incumplimiento determinante de discriminación indirecta, aún a la luz del art. 14 CE, para obtener la responsabilidad administrativa por el mismo.

Sin embargo, destacan importantes ausencias, entre las que se encuentran la atención a ciertas enfermedades feminizadas no recibe un tratamiento específico, al menos en esta legislación general, más allá del campo de la investigación. Esto conlleva la ausencia, hoy por hoy, de medidas concretas para atender ciertas enfermedades que tienen un sesgo claro de género, o que tienen especial prevalencia sobre la mujer, ya que tales criterios, aún orientativos, abarcan la estadística, la formación y la investigación, pero no la aplicación de una prestación diferenciada (al margen de la alusión a las terapéuticas en la LGS).

IV. DISCAPACIDAD: DESCONEJÓN CON EL TRABAJO COMO CAUSA DE RECONOCIMIENTO DEL GRADO.

Las situaciones que no interfieren profesionalmente, esto es, que, pese a ser permanentes (o irrecuperables), no provocan una reducción de la capacidad funcional para el trabajo en grado suficiente para considerar que la persona afectada por SFC no pueda seguir desempeñándolo conllevan una respuesta desestimatoria cuando se plantea el reconocimiento de un grado de IP.

Sin embargo, sí pueden ser objeto de calificación como discapacidad por aplicación del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Realmente este reconocimiento tiene otros efectos distintos a los de la protección económica, que también puede venir dada por la confluencia de la situación de necesidad con la de un grado de discapacidad superior al 65%, y que parte de la declaración de la condición de persona discapacitada, a partir del grado del 33%, con los efectos tributarios, y de otra índole que representa tal declaración administrativa. No existe, por otra parte, transmisión de efectos entre una y otra (discapacidad/incapacidad), salvo en el caso que ya se ha analizado anteriormente.

Así pues, ha de valorarse si la minusvalía regulada por el RD 1971/1999 resulta aplicable a las limitaciones que pueda implicar el SFC y en qué grado, expresado en porcentajes.

Conforme al art. 4 del reglamento citado, dicha valoración se realizará (a propuesta del órgano autonómico técnico³³ competente al que remite el art. 6) mediante los baremos recogidos en el Anexo 1 del mismo, que valora discapacidades (Anexo 1 A) y factores sociales

³³ Art. 9.3: el órgano técnico competente emitirá *dictamen propuesta* que deberá contener necesariamente el diagnóstico, tipo y grado de la minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos. Según el art. 9.2, "dichos órganos técnicos podrán recabar de profesionales de otros organismos los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes para la formulación de sus dictámenes", o incluso, cuando las especiales circunstancias de los interesados así lo aconsejen, el órgano técnico competente podrá formular su dictamen en virtud de los informes médicos, psicológicos o, en su caso, sociales emitidos por profesionales autorizados (art. 9.4)

complementarios (Anexo 1 B), *relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social.*

Primera cuestión: **no puede valorarse a estos efectos ninguna enfermedad que no haya sido previamente diagnosticada y tratada terapéuticamente** (y todo ello documentado), aunque se trate de patología congénita.

Segunda cuestión: **diagnóstico no es equivalente a valoración**, del mismo modo que tampoco lo es a efectos de IP.

Tercera cuestión: las pautas de valoración no se fundamentan en el alcance de la deficiencia sino en su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria³⁴, es decir, en el grado de discapacidad que ha originado la deficiencia.

Cuarta cuestión: los **grados de discapacidad** son 5:

Grado 1: discapacidad nula.

Los síntomas, signos o secuelas, de existir, son mínimos y no justifican una disminución de la capacidad de la persona para realizar las actividades de la vida diaria.

Grado 2: discapacidad leve.

Los síntomas, signos o secuelas existen y justifican alguna dificultad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, pero son compatibles con la práctica totalidad de las mismas.

Grado 3: discapacidad moderada.

Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado.

Grado 4: discapacidad grave.

Los síntomas, signos o secuelas causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las A.V.D., pudiendo estar afectada alguna de las actividades de autocuidado.

Grado 5: discapacidad muy grave.

Los síntomas, signos o secuelas imposibilitan la realización de las A.V.D.

Quinta cuestión: dentro de tales grados, se aplican **porcentajes**, que implican la distinción entre "clases" I a V:

CLASE I. Se encuadran en esta clase todas las deficiencias permanentes que han sido diagnosticadas, tratadas adecuadamente, demostradas mediante parámetros objetivos (datos analíticos, radiográficos, etc., que se especifican dentro de cada aparato o sistema), pero que no producen discapacidad.

La calificación de esta clase es 0 %.

CLASE II. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad leve.

A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 1 por % y el 24 %.

CLASE III. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los sistemas o aparatos, originan una discapacidad moderada.

³⁴ Se entiende por actividades de la vida diaria aquellas que son comunes a todos los ciudadanos. Entre las múltiples descripciones de AVD existentes, el baremo toma como referencia la propuesta por la Asociación Médica Americana en 1994.

A esta clase corresponde un porcentaje comprendido entre el 25 % y 49 %.

CLASE IV. Incluye las deficiencias permanentes que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada uno de los aparatos o sistemas, producen una discapacidad grave.

El porcentaje que corresponde a esta clase está comprendido entre el 50 % y 70 %.

CLASE V. Incluye las deficiencias permanentes severas que, cumpliendo los parámetros objetivos que se especifican en cada aparato o sistema, originan una discapacidad muy grave.

Esta clase, por sí misma, supone la dependencia de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, demostrada mediante la obtención de 15 o más puntos en el baremo específico (anexo 2).

A esta categoría se le asigna un porcentaje de 75 %.

Sexta cuestión: **clasificación** de discapacidades: el baremo (en el Anexo 1. A) distingue las siguientes:

SISTEMA MUSCULOESQUELÉTICO.

SISTEMA NERVIOSO.

APARATO RESPIRATORIO

SISTEMA CARDIOVASCULAR.

SISTEMA HEMATOPOYÉTICO.

APARATO DIGESTIVO.

APARATO GENITOURINARIO.

SISTEMA ENDOCRINO.

PIEL Y ANEJOS.

NEOPLASIAS.

APARATO VISUAL.

OÍDO, GARGANTA Y ESTRUCTURAS RELACIONADAS.

LENGUAJE.

RETRASO MENTAL.

ENFERMEDAD MENTAL.

En esta clasificación **el SFC no tiene acomodo expreso**, por no tratarse de enfermedad que se mencione explícitamente dentro de ninguno de dichos apartados, y por no ser tampoco objetivable del mismo modo que las que sí figuran listadas. Por lo tanto, lo que cabe valorar es la posible discapacidad que deriva de cada una de las afectaciones concretas en las que se manifiesta el síndrome.

Como indica OJEDA GIL, los déficits articulares, las neuropatías, las radiculopatías, etc. (así, preferentemente dentro de los capítulos de las relativas al sistema musculoesquelético y nervioso, combinado con las incluidas en el capítulo de enfermedades mentales), **por suma y valores combinados de todos ellos (aplicando la Tabla de Valores Combinados)**. Sin embargo, **esta valoración implica un menor porcentaje, en cuanto que los diferentes valores individuales se diluyen parcialmente al resultar combinados.**

Respecto del SFC:

- 1.- Las deficiencias permanentes de los distintos órganos, aparatos o sistemas se han de evaluar, *siempre que sea posible*, mediante parámetros objetivos.
- 2.- Si el SFC cursara a brotes, debería ser evaluada en los periodos intercríticos, pero considerando la frecuencia y duración de los brotes (según cada enfermedad).