
APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Alberto Muñoz Calvo

Registrador de la Propiedad. Representante del Colegio de Registradores en el Foro Justicia y Discapacidad.

Leonor Lidón Heras

Experta de CERMI en el Foro Justicia y Discapacidad

Mariano Salinas García

Abogado. Experto del Foro Justicia y Discapacidad

I. INTRODUCCIÓN

Las sentencias dimanantes de la jurisdicción contencioso-administrativa que, de un modo más o menos directo, están relacionadas con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), pueden sistematizarse en las siguientes materias: educación, dependencia y protección social, nacionalidad-extranjería y vivienda.

En el articulado de este importante tratado internacional encontramos una referencia explícita a cada una de estas materias.

Así, el artículo 24 se ocupa singularmente de la educación, reconociendo que es un derecho que debe hacerse efectivo sin discriminación alguna y sobre la base de un sistema de educación inclusivo, aspecto que constituye uno de los “caballos de batalla” y reivindicaciones más constantes del sector de la discapacidad, y al que nuestras leyes educativas no dan, tal vez, una respuesta suficientemente satisfactoria.

A la dependencia y protección social se refieren sobre todo los artículos 19 y 28 de la CDPD. El artículo 19 alude al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, derecho al que la legislación española intenta atender a través de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas

en situación de dependencia, que es la viga maestra sobre la que descansa y se articula todo el sistema de dependencia y de las ayudas administrativas que éste lleva aparejadas.

Estrecha relación con el anterior precepto guarda el artículo 28 de la CDPD, que se ocupa del derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado y a la protección social, cuya desatención puntual ha dado lugar a importantes resoluciones judiciales que trataremos de analizar.

Respecto de la problemática que afecta a la nacionalidad y extranjería, el artículo 18 de la CDPD constituye la referencia normativa más clara, al ocuparse de la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir residencia y nacionalidad, como derechos que obligan a realizar los correspondientes ajustes razonables en los expedientes y procedimientos administrativos, como así han venido a resolver algunas importantes sentencias que, como veremos, han servido de detonante para importantes cambios legislativos que suponen una satisfactoria adaptación al espíritu de la CDPD.

Por último, el tema de la vivienda, como base indispensable que asegura el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19 de la CDPD), se recoge también en el artículo 28.2 d) del Tratado, que obliga a los Estados Partes a asegurar el acceso a las personas con discapacidad a programas de vivienda pública.

II. SENTENCIAS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.

El derecho a la educación inclusiva está regulado en el artículo 24 de la CDPD. La lectura del mismo es esencial para entender el presente artículo, pues la Convención está escrita desde la experiencia de la exclusión de las personas con discapacidad y, por ello, la regulación de los derechos que contiene, aúna derechos y garantías para su consecución.

Para entender el significado y alcance de este derecho, del mismo modo, es necesario tener en cuenta los elementos transversales de la CDPD, tales como igualdad y no discriminación (art.5), que se logran entre otros, a través de los ajustes razonables (art.2) y la accesibilidad (art. 9). Y, además, en el caso de la infancia, existen previsiones concretas en la CDPD en su artículo 7, dedicado a las niñas y niños con discapacidad.

La recepción del derecho a la educación inclusiva, conforme a su configuración convencional, y a las directrices emanadas del Comité, en su observación general nº 4 relativa al derecho a la educación inclusiva de 26 de agosto de 2018, ha sido dispar en la jurisprudencia española.

El presente artículo, con base a la jurisprudencia contencioso-administrativa, se estructura analizando:

- I. La incorporación del derecho a la educación inclusiva.
- II. Las adaptaciones curriculares.
- III. La dotación de recursos materiales y humanos.
- IV. Los ajustes razonables.

II.1. La incorporación del derecho a la educación inclusiva

Este derecho se ha sustanciado de forma intensa en la jurisprudencia contencioso-administrativa. Sin embargo, la incorporación de este derecho no es uniforme en la jurisprudencia española tras la entrada en vigor de la CDPD en España.

Las sentencias toman como referentes normativos tanto la CDPD, como la Constitución Española (en adelante CE), como la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE), así como otros textos menores.

STSJ Castilla la Mancha (contencioso) 10068/2012, de 5 de marzo (ECLI: ES: TSJCLM:2012:666)

Artículos CDPD: Artículo 24.

Resumen

El TSJ confirma la nulidad de la resolución de escolarización en educación especial de la administración educativa de Castilla la Mancha, por cuanto vulnera el derecho a la educación del menor.

Antecedentes

El JCA nº 1 de Cuenca estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Delegado Provincial de Educación, Ciencia y Cultura de fecha 10 de octubre de 2010, por el que se ratificaba el dictamen de escolarización del hijo de los recurrentes, Ezequías, en el Colegio de Educación Especial “Infanta Elena” de Cuenca. Debe resaltarse que este dictamen rompía la trayectoria en educación inclusiva del menor.

Resumen de la resolución adoptada

Dicha sentencia asume el principio de que las personas con discapacidad deben quedar incluidas dentro del sistema general de educación para, de esta forma, facilitar su formación efectiva. Para ello se les deben facilitar medidas de apoyo personalizadas y efectivas, de conformidad

con el objetivo de plena inclusión. Entiende que, como principio, debe hacerse un estudio de cada caso concreto.

Tras el análisis de la prueba, la sentencia asume la tesis de uno de los profesores que sostenía, en contra del criterio mayoritario, que, si bien es cierto que el alumno requiere de mucha atención, se está ante un problema de medios: tanto de asistencia a través de un profesorado específico, como de medios propiamente materiales.

El Ministerio Fiscal también se opuso a la apelación de la administración educativa alegando que:

(...) atendiendo al resultado de la prueba se desprenden motivos suficientes para entender que las resoluciones recurridas han podido incurrir en vulneración del derecho fundamental invocado, es decir, del derecho a la educación en condiciones de igualdad, cabiendo llegar a la conclusión de que la Administración ha incurrido en una contravención del derecho del menor a recibir una educación secundaria inclusiva con los apoyos específicos necesarios para cubrir sus necesidades educativas especiales; de modo que, tras considerar que el menor había superado los contenidos mínimos de la educación básica y considerar procedente continuar su escolarización en la educación secundaria en el Centro que consideró oportuno, si bien atendiendo a las necesidades especiales que presentaba el menor, sin embargo, el cambio operado posteriormente por la Administración educativa no tuvo justificación alguna, dando cobertura a una nueva postura que implicaba un cambio de escolarización en escasas tres semanas desde el inicio del curso y sin que se adoptasen los medios específicos que la propia Administración había considerado adecuados; asumiendo que, en este caso, no se ha producido una adaptación de los medios a las capacidades del menor sino que ha sido al revés, se ha adaptado el menor a los medios existentes, lo que, efectivamente, contraviene su derecho a la educación, al no permitirle al mismo recibir una educación secundaria inclusiva con los apoyos específicos necesarios para cubrir sus necesidades educativas especiales, con las importantes consecuencias que ello tiene para el desarrollo integral del niño.

Por todo ello, y en virtud de la normativa aplicable, art. 27 CE, la CDPD, la LOE, y normativa autonómica (el Decreto 2/2007, de 16-01-2007, de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios de Castilla-La Mancha, y el Decreto 138/2002, de 8 de octubre, por el que se ordena la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, y el Orden de 14 de febrero de 1996, por la que se regula la evaluación psicopedagógica y el dictamen de escolarización y se establecen los criterios para la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales), se desestima el recurso de apelación interpuesto

por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla- La Mancha contra la sentencia no 196/2011, de 29 de abril, del JCA nº 1 de Cuenca, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la aludida resolución administrativa.

STSJ Castilla y León (contencioso) 1834/2012, de 26 de octubre,
(ECLI: ES: TSJCL:2012:6560)

Artículos de la CDPD invocados:

Artículo 24

Resumen

La sentencia deniega el derecho a la educación inclusiva del menor con discapacidad basado en dos motivos: en primer lugar porque no está reconocido en nuestro ordenamiento, y en segundo lugar porque las propias normas que lo regulan, lo reconocen vía ajustes razonables que debe hacer la administración para atender a alumnos con discapacidad, o lo reconocen vía el principio administrativo de la proporcionalidad, que, si bien parte del principio de integración, se puede aconsejar que se derive a un alumno del centro ordinario al especializado.

Antecedentes

Mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2011 de la Comisión de escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia de la Junta de Castilla y León se acordó, en contra del criterio de los progenitores, que el niño Gerónimo, fuera escolarizado en el Centro Público de Educación Especial “Carrechiquilla” de Palencia.

Dicha resolución fue recurrida ante el JCA. La sentencia de primera instancia desestimó el recurso de los progenitores, y acordó que el menor fuera escolarizado en un centro público de Educación Especial, y no en un centro educativo ordinario con los apoyos precisos para su correcta educación.

Resumen de la resolución adoptada

La controversia se centra en determinar si la decisión de escolarizar a Gerónimo en un centro de educación especial y no en un centro ordinario de educación con los apoyos precisos, en razón de las limitaciones derivadas de su discapacidad, vulnera o no el derecho a la educación inclusiva reconocido en el artículo 24 de la CDPD, así como los artículos 14, 15, 25 y 27 de la CE; y si es admisible la modulación del derecho atendiendo a las circunstancias del caso.

En cuanto a la normativa aplicable al caso, la sentencia además de las referencias constitucionales, incluye la CDPD, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la CDPD y la LOE.

La sentencia asume que, como principio general, la educación del alumnado con necesidades educativas especiales debe hacerse en la educación ordinaria; Integración que: *“debe hacerse compensando en lo posible las incapacidades que se padecen con aportaciones de la propia sociedad a través de la administración educativa que ayuden a que los déficits que se padecen por algunos seres humanos, no les limiten en su incorporación a la sociedad a la que pertenecen y de la que forman parte inseparable”*.

La sentencia asume que la educación de las personas con discapacidad debe partir del principio de la integración en el procedimiento ordinario, y que ello es un derecho de la persona y una exigencia de la sociedad hoy en día. Sin embargo, entiende que es un principio y no un derecho absoluto, y para ello recuerda que en nuestro sistema jurídico, según constante doctrina del TC, no hay derechos absolutos, siendo admisibles modulaciones de los mismos atendiendo a las circunstancias de cada caso, y es en este ámbito donde se desarrolla la controversia entre los litigantes; mientras que los actores estiman que el derecho a la educación integrativa debe prevalecer en el supuesto de su hijo, sin embargo la administración estima que, por las peculiares circunstancias del menor, ello no es posible y debe ser derivado a un centro especializado.

Por tanto asume que el derecho a la educación integrativa no es un derecho absoluto porque las normas no lo reconocen así, y porque las propias normas lo modulan y permiten la derivación de alumnos que así lo precisen, a escolarización en centros de educación especial, siempre en función del caso concreto, y teniendo en cuenta, además, que no debe interferirse el derecho a la educación de otros alumnos, pues en determinados casos puede haber una no compatibilidad entre los diferentes derechos de los alumnos con y sin discapacidad.

La sentencia da por válido y le otorga mayor valor a la documentación aportada por las administraciones educativas que aconsejan la derivación del alumno a un centro de educación especial. En función de la misma determina que el menor necesita:

(...) algo más, mucho más que ajustes razonables respecto a lo que precisan sus compañeros de edad similar; lamentablemente sufre un desfase muy importante desde la primera fase de la educación infantil en la que está, a la educación primaria que le corresponde por edad; y requiere no un aula normal, sino un aula especial muy poco poblada y con una organización de la misma muy pendiente del mismo(...). Ello no puede entenderse como razonable, pues supone subordinar, de hecho, hacer toda el aula de todos los compañeros a su medida y ello no es juicioso.

Por ello, y asumiendo que no puede pedirse que haya una transformación de la educación ordinaria hacia un aula especial en su favor, por cuanto es desproporcionado y excede de la razonabilidad, entiende justificado que el menor sea derivado a un centro educativo especial y desestima el recurso interpuesto por los padres.

STC 10/2014, de 27 de enero

Artículos de la CDPD

Artículo 24

Artículo 2

Artículo 4

Artículo 5

La sentencia anterior (STSJ Castilla y León 1834/2012, de 26 de octubre) fue recurrida en amparo ante el TC.

Resumen

El TC desestima el recurso de amparo por no estimar vulnerado el derecho fundamental a la educación y a la igualdad, en atención a la existencia de una supuesta discriminación.

Debe explicitarse que esta sentencia contiene dos votos particulares que se resumen al final de este apartado.

Antecedentes

Interpuesto el recurso de amparo, la parte recurrente alega los siguientes motivos:

- 1 El primero, es que se habría producido una vulneración del derecho a la educación del menor al haberle discriminado por razón de discapacidad, y haberse determinado que su escolarización no es como la de los demás niños: inclusiva. Estiman que el derecho a la educación debe interpretarse de conformidad con la CDPD, y que ésta ha sido infringida al no haberse realizado los ajustes razonables en función de las necesidades del menor.
2. El segundo motivo, es que la derivación hacia un centro de educación especial supone una lesión de los derechos a la educación y a la igualdad del menor, ya que se le está discriminando de manera directa por actuaciones de segregación, y de manera indirecta por no haberse efectuado los ajustes razonables a que estaba obligada la administración.
- 2 El tercer motivo interpreta que las resoluciones administrativas y las sentencias han vaciado de contenido el derecho fundamental a la educación en igualdad, por cuanto es la administración quien decide el tipo de educación, lo que conduce a la plena discrecionalidad administrativa.

4. El cuarto motivo entiende que se infringe el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos, como parte del derecho a la educación del artículo 27 CE.
5. El quinto y último motivo lo fundamentan en la vulneración del derecho a la integridad moral del menor, reconocido en el art. 15 en relación al art. 10.1 de la CE, pues el trato discriminatorio por razón de discapacidad y la denegación de los apoyos que requiere vulneran su dignidad.

Por su parte, la letrada de la Junta de Castilla y León solicita la desestimación del recurso de amparo y, en relación a los motivos expuestos, alega lo siguiente:

1. En relación al primero defiende que la decisión de la administración de escolarizar bajo la modalidad de educación especial no puede considerarse una vulneración del derecho a la educación, por cuanto la educación inclusiva no es un derecho absoluto. Sostiene que la decisión se tomó bajo los parámetros y procedimientos legalmente establecidos, sustentados en todos los elementos probatorios, y que el debate debe situarse en si concurren en el caso particular circunstancias que así lo justifiquen, pues al menor, en ningún caso, se le está negando el derecho a la educación, y si actualmente está en un centro de educación especial es porque sus necesidades no pueden ser abordadas con garantías en un centro ordinario.
2. Respecto al segundo motivo de casación, no cabe por cuanto no hay término comparativo que muestre una inmotivada desigualdad de trato, es decir, no se ha presentado situación idéntica en la que la administración haya optado por educación integrada.
3. En cuanto al tercer motivo, alega que la educación inclusiva no es un derecho absoluto, y la decisión de escolarización se realiza bajo la órbita que el propio concepto de ajuste razonable establece.
4. En lo invocado respecto al derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos, recuerda que la decisión compete a la administración, y que los padres participan en el procedimiento, pero que la administración no está obligada a seguir la opción que estos manifiesten.
5. Y, por último, estima que no constituye trato degradante la escolarización del menor en un centro de educación especial, ni por el objetivo ni por los medios que se ponen a disposición.

El Ministerio Fiscal interesó la estimación de la demanda. Entiende que el núcleo del asunto es determinar si la decisión administrativa de escolarizar en un centro de educación especial, decisión confirmada administrativa y judicialmente, es una vulneración de sus derechos fundamentales a la educación (art. 27 CE) y a la igualdad (art. 14 CE).

Para el fiscal sí es una obligación de la administración educativa procurar la educación inclusiva mediante la provisión de los ajustes razonables que sean necesarios, evitando así su exclusión del sistema educativo ordinario. En el supuesto concreto estima que al menor no se le han facilitado los apoyos necesarios a los que estaba obligada la administración. Entiende que el examen de la posible vulneración de los derechos a la educación y a la igualdad debe hacerse teniendo en cuenta lo que establece la CDPD. Esta norma, la CDPD, define qué debe entenderse por discriminación y por ajustes razonables (art. 2), así como las obligaciones de los Estados en relación con las personas con discapacidad y los principios esenciales de la igualdad y no discriminación (art. 5), y que, en concreto, el art. 24 establece que los Estados deberán asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, de forma que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación. Desde el punto de vista constitucional, destaca las obligaciones que se imponen a los poderes públicos vía arts. 9.2 y 49 CE. Y, para respetar este principio, se deben promover las adaptaciones necesarias, siempre que no sean desproporcionadas, para que su derecho a la educación se desarrolle en el sistema educativo ordinario.

El fiscal determina que el informe que justifica la educación segregada se limita a identificar las carencias del menor, pero no analiza expresamente ni explica por qué los apoyos que precisa no pueden ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios; precisamente, este vacío explicativo implica un desconocimiento de los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad.

Por otra parte, la negación de apoyos para la educación integrada supone una discriminación, y, precisamente, lo que la no discriminación exige son medidas de acción positiva tendentes a evitar o compensar las desventajas de estas personas.

Por todo ello, la resolución que determina la escolarización del menor en un centro de educación especial, al no justificar por qué es una carga desproporcionada el integrar al menor en un centro de educación ordinaria, desconoce los derechos del menor a una educación en igualdad de los arts. 27.1 y 14 CE. Por ello, el fiscal propone la declaración de nulidad de la citada resolución y de las sentencias que la confirmaron, y la retroacción de las actuaciones al momento inmediato anterior a que se dictó la resolución administrativa.

La lesión del derecho a la integridad moral es rechazada por el Ministerio Fiscal.

Resumen de la resolución.

El objeto del recurso de amparo fue determinar si la resolución de 13 de octubre de 2011 de la comisión de escolarización de la Dirección Pro-

vincial de Educación de Palencia (Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León), conforme a la que se acuerda que el menor continúe escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de en un centro ordinario, confirmada por el JCA núm. 1 de Palencia y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE.

El TC opta por hacer un análisis inverso de los motivos del recurso, y por ello comienza con el relativo a la vulneración del derecho a la integridad moral del menor y a su dignidad personal (arts. 15 y 10.1 CE, respectivamente). Entiende que la decisión de escolarización en un centro de educación especial no puede calificarse como «trato degradante», por cuanto ha sido adoptada por los órganos legalmente habilitados y en el marco de un amplio expediente reglado dirigido a evaluar sus necesidades educativas. Y concluye recordando la jurisprudencia constitucional al respecto que exige «una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad» (STC 116/2010, de 24 de noviembre, FJ 2).

En relación al derecho de los padres a la elección del centro docente, éste no incluye como derecho constitucionalmente garantizado el derecho a escolarizar en un centro ordinario en lugar de en un centro de educación especial, pues esta potestad está conferida a la Administración Educativa en función de las necesidades educativas del menor conforme lo establece la LOE, en su artículo 74.

El núcleo del problema constitucional planteado es determinar si la decisión administrativa de escolarizar al menor en un centro de educación especial, en lugar de incluirle en un centro ordinario con los apoyos necesarios para su integración, supone una discriminación y una vulneración de su derecho a la educación.

El marco normativo de la cuestión está constituido por el art. 27 CE, el art. 14 CE y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordenan a los poderes públicos realizar una política de integración de las personas con discapacidad, preceptos que han de ser interpretados en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia.

La CDPD regula la educación en el artículo 24, en él se establece que los Estados aseguran un sistema de educación inclusivo y la provisión de apoyos y ajustes razonables. Para el TC el quid está en la propia definición de ajustes razonables de la CDPD, pues entiende que permite excepcionar derechos si los ajustes son desproporcionados o indebidos. Por ello asume que las previsiones de la LOE está alineadas con la CDPD, pues aquella prevé la educación inclusiva como principio, y solamente se derivará a educación especial cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios, y en este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, la administración

deberá exteriorizar los motivos que justifican que es inviable su educación en un centro ordinario.

Por todo ello, el TC concluye que la decisión administrativa y las sentencias en primera y segunda instancia no vulneraron el derecho fundamental a la educación ni a la igualdad, en atención a la existencia de una supuesta discriminación. El TC asume que, en el presente caso, y a la luz del expediente y del informe se desprende que ha habido motivación y ponderación suficiente de las razones en que se basa la adopción de tal medida excepcional, siendo, en consecuencia, dicha iniciativa respetuosa con el contenido de los arts. 27, 14 y 49 CE, interpretados estos preceptos de conformidad con los textos internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE).

Votos particulares

Los dos votos particulares asumen la postura del Ministerio Fiscal, y entienden que sí se ha vulnerado el principio de igualdad en relación al derecho a la educación.

Su afirmación se basa en que el contenido del informe psicopedagógico está centrado en una dimensión científica y desde la misma, y atendiendo a las deficiencias del menor, recomienda su escolarización en un centro de educación especial. Sin embargo, el informe no hace un análisis sobre el coste o la oportunidad de que se realicen los ajustes necesarios para que pueda integrarse en la educación inclusiva. Ambos magistrados estiman que, sin perjuicio de que las decisiones deban estar avaladas por informes técnicos, no deben basarse exclusivamente en los mismos, sino que la administración debe motivar y ponderar la decisión, pues es a ella a quien le compete tomar la decisión. Es más, entienden que dichas decisiones requieren un plus de motivación vía artículo 49 CE.

Discrepan así mismo de que la pretendida motivación y justificación se desprenda del propio expediente, pues ésta debe producirse de forma expresa y no implícita como el TC ha asumido.

SJCA nº 17 de Barcelona 299/2014, de 25 de septiembre,
(ECLI:ES: JCA: 2014:1653)

Artículos de la CDPD

Artículo 24
Artículo 2

Resumen

La sentencia reconoce el derecho a la educación inclusiva, estima el recurso interpuesto por los progenitores del menor y determina la nulidad del dictamen de escolarización que derivaba al menor a un centro de educación especial. Entiende que se ha vulnerado el derecho a la igualdad consagrado el artículo 14 CE, en relación con el artículo 27 de la misma,

al discriminar por razón de discapacidad, sin que se justifique tal discriminación por razones de desproporción, o por las necesidades específicas del interesado.

Antecedentes

Gabino es un menor con trastorno del espectro autista (en adelante TEA) que, desde los 3 años, ha estado escolarizado en el centro público ordinario Berti de l'Atmella del Vallés. Sin embargo, una vez debe producirse el ingreso en el instituto, la administración educativa, con base en los preceptivos informes, resuelve que debe proseguir su educación en un centro de educación especial. Los progenitores se oponen y quieren que continúe en educación inclusiva y adaptada a sus necesidades.

Las pruebas testificales son contradictorias, entre otros aspectos, en cuanto a la capacidad del menor de interactuar y relacionarse, aspecto muy importante en un alumno con este tipo de discapacidad. Sin embargo, el Juzgado hace prevalecer los informes de las personas que han trabajado con el menor, en los que se afirma que su relación y contacto con el resto de los compañeros es un hecho positivo para su evolución, y que abandonar esta práctica sería regresivo para su educación.

Resumen resolución

El Juzgado destaca que todas las partes, incluido el Ministerio Fiscal, se remiten a la STC de 27 enero 2014 con interpretaciones incompatibles entre sí, y que ha sido incluida en este trabajo con anterioridad.

La interpretación que el Juzgado realiza de la sentencia del TC es que existe un principio general de inclusión del menor en la escuela ordinaria. Sin embargo, este principio decae cuando los ajustes que deba realizar la administración para atender al alumno en el seno de la educación ordinaria sean de carácter desproporcionado o indebido, o también cuando sus necesidades no pueden ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad que existen en los centros ordinarios.

El juez puntualiza que la sentencia del TC se remite a la LOE, y que en el ámbito catalán está la Ley 4/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, siendo una ley propia del ámbito competencial de la Generalitat de Cataluña, y que esta ley sólo contempla como opción posible la inclusión¹, por lo que la posibilidad de educación especial contemplada en la LOE tiene muy difícil encaje en el territorio de la Generalitat.

En todo caso, el Juzgado entiende como indiscutible la plena aplicación en Cataluña de la Sentencia del TC de 27 enero 2014. Por tanto, el

¹ Ley 4/2010 de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de la Generalitat Catalana, artículos 42 y 50.

derecho a la educación inclusiva decae si el ajuste razonable es desproporcionado o indebido en los medios que deba utilizar la administración para garantizar la educación del interesado, o cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas en un centro ordinario.

Una vez determinado el derecho a la educación inclusiva de conformidad a lo establecido por el TC, la cuestión se reconduce a un tema probatorio en torno a los ajustes o a si sus necesidades pueden ser atendidas en un centro ordinario.

Y, en ese sentido, del expediente no se puede deducir que la permanencia del menor en su actual centro ordinario implique un esfuerzo extraordinario o indebido. Tampoco hay nada en el expediente que indique que las necesidades del menor no pueden seguir siendo atendidas en su actual centro ordinario, mediante los apoyos que ha venido recibiendo a lo largo de todos los años en los que ha permanecido en dicho centro ordinario.

Para el Tribunal, dado que se dirime el derecho fundamental a la educación del art 27 CE, es la administración quien debe motivar la existencia de tal esfuerzo desproporcionado (motivación absolutamente inexistente en el presente caso) y, además, debe probar dicha desproporción en el esfuerzo o en los medios necesarios para garantizar el derecho a la educación inclusiva del menor.

Idénticas previsiones y cautelas deben darse en el caso de que lo que se alegue sea que las necesidades del menor no pueden ser atendidas en un centro ordinario, puesto que esta afirmación lo que hace es derogar el derecho a la educación inclusiva.

En el presente caso hay discrepancias en los informes, y aquéllos que tienen un contacto directo con el menor son los que sostienen y defienden su permanencia en la educación inclusiva.

Por ello, el Juzgado duda muy seriamente de que el interés del menor exija su escolarización en un centro especial:

(...)puesto que es evidente que la escuela no sólo tiene por objeto el estudio o la acumulación de conocimientos, cosa que en el caso del interesado resulta ser ciertamente complicada y difícil, sino que además la escuela es un centro de aprendizaje de la convivencia y en ambas direcciones, es decir la convivencia de Gabino con el grupo en el que se integra y al que pertenece, resulta tan enriquecedor como para este como para el grupo en sí mismo, puesto que enriquecerá a ambos socialmente mediante el contacto con personas diferentes.

Si hasta la fecha el interesado se ha integrado, ha participado e interactuado con sus compañeros, dentro de las limitaciones que impone su situación física y psíquica, con ayuda de los planes específicos de apoyo que se han efectuado para apoyar su integración, no se ve (ni tampoco lo expone la administración), por qué razón ahora precisamente resulta necesario mo-

dificar la situación actual, ni por qué ahora precisamente no resulta posible seguir con planes de apoyo específicos a su actual grado escolar.

En definitiva, tampoco puede considerarse acreditado que el interés superior del menor exija un cambio de la educación inclusiva, y además resulta muy posible, como indican diversos testigos, que su introducción en un centro de educación especial implique una regresión por el shock inherente a una modificación del medio al cual estas personas resultan especialmente sensibles.

STSJ Cataluña (contencioso) 794/2015, de 9 de noviembre
(ECLI: ES: TSJCAT:2015:10954)

Artículos de la CDPD

Artículo 24

Resumen

El TSJ desestima el recurso interpuesto por la administración educativa catalana y confirma la sentencia que reconocía el derecho a la educación inclusiva del menor.

Antecedentes

El JCA nº17 de Barcelona reconoció el derecho a la educación inclusiva y determinó la nulidad del dictamen de escolarización que derivaba al menor a un centro de educación especial.

En contra de esta resolución, la administración interpuso un recurso de apelación ante el TSJ de Cataluña con base en: una errónea interpretación del artículo 74 de la LOE; un error de valoración de la prueba, dado que asume que no se valora el informe del equipo de atención psicopedagógica; y que la prueba testifical de los recurrentes es parcial al mediar parentesco o vínculos profesionales. También entiende que la sentencia incurre en déficit de motivación y en una incorrecta apreciación del interés superior del menor.

El Ministerio Fiscal, por su parte, solicita la estimación del recurso al entender que el menor tiene dificultades de escolarización y necesita de unos apoyos que no pueden prestarse, dado su carácter desproporcionado o indebido, en el centro ordinario, cual sería adaptar las necesidades de los compañeros a las del menor con discapacidad.

Por parte de la representación de los padres del menor, se entiende que el recurso interpuesto no desvirtúa los hechos probados, que se interpreta de forma correcta el derecho a la educación en condiciones de igualdad, y que no hay ningún error de valoración de la prueba, por lo que solicitan la desestimación del recurso.

Resumen de la resolución

En relación con la interpretación del artículo 74 de la LOE, el Tribunal recuerda que la sentencia asume el marco definido por la sentencia del TC de 27 de enero, conforme a la cual el derecho a la educación inclusiva no es pleno y decae si el ajuste es desproporcionado o indebido en los medios que deba utilizar la administración para garantizar la educación del interesado, o cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas en un centro ordinario. Por lo que desestima este motivo de apelación.

En lo que a la valoración de la prueba se refiere, el Tribunal se remite al artículo 361 de la LEC aplicable de forma supletoria, y que señala que podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos. Además, añade que estos testimonios se hacen bajo juramento o promesa e identificando si existe o no relación con las partes, y en este sentido de todos era conocido que sí existía relación de parentesco y profesional.

Por otra parte, no se hace uso del mecanismo de la tacha de testigos establecido por el artículo 377 de la LEC, ni consta error alguno en la valoración de la prueba, que se produce de conformidad con el artículo 376 LEC, según el cual los Tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado. Por tanto, conocido todo esto por el tribunal de instancia, este motivo tampoco puede prosperar.

En relación a la valoración del informe del equipo de atención psicopedagógico, la sentencia recurrida señala que sólo está referido a la situación del menor con el resto de los compañeros, y que el mismo no fue ratificado en presencia judicial, con lo cual, si bien no se ha sometido a contradicción, sí ha sido valorado. Destaca, además, que fue rotundamente contradicho por la numerosa prueba testifical practicada en autos, de la que se llega a conclusiones radicalmente distintas a las del mismo, y señala que lo que sí resulta evidente es que no existe la más mínima prueba de que el esfuerzo que exige a la administración catalana la Ley 4/2010, sea en este caso desproporcionado o indebido. Por lo que tampoco cabe estimar este motivo de recurso.

Y en lo que ya sería el centro del recurso lo centra en si la escolarización en un centro ordinario supone un ajuste desproporcionado o indebido.

Para ello, el tribunal toma como referencia la citada sentencia del TC de 27 de enero de 2014, que define como principio general que la educación debe ser inclusiva, y que, por tanto, se deben proporcionar a los alumnos con discapacidad los apoyos necesarios para su integración. Es decir, sólo

si los ajustes que deba realizar para dicha inclusión son desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. Y cuando procede este tipo de escolarización corresponde a la administración exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir justificar por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.

En su análisis, el Tribunal estima que la única conclusión razonable es la misma que la de la sentencia recurrida que, tomando la prueba practicada, concluye que el informe de la administración educativa no explicita por qué la educación inclusiva del menor en un centro ordinario es desproporcionada o indebida. El citado informe sólo se centra en las necesidades del menor, cuando es evidente que tanto la LOE como la jurisprudencia constitucional parten de la educación inclusiva, de forma que la escolarización en centro de educación especial exige un plus de motivación que no se da en el presente caso.

El Tribunal por tanto desestima el recurso.

STSJ Castilla y León (contencioso) 2843/2015, de 18 diciembre,
(ECLI: ES: TSJCL:2015:6020)

Artículos de la CDPD:

Artículo 24
Artículo 2

Resumen

El TSJ de Castilla León desestima el recurso contra la sentencia del JCA nº 3 de León, y confirma el dictamen de escolarización del menor, Casiano, en el centro de educación especial Santa María Micaela.

Antecedentes

La sentencia del JCA nº 3 de León confirmó la resolución de escolarizar a Casiano en un centro de educación especial. La sentencia recurrida, citando la normativa legal y la jurisprudencia a este respecto, y asumiendo la suficiencia de los informes psicopedagógicos, entiende que hay base para que se proceda a la matriculación de Casiano en un centro de educación especial.

Frente a la misma, los padres solicitan la revocación de la misma al entender que:

1. Se ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación.
2. Hay una incorrección del informe psicopedagógico que incumple las formalidades previstas en la normativa de aplicación.
3. Existe un incumplimiento de la normativa en materia de igualdad y especialmente de la CDPD.

4. Hay un incumplimiento de la normativa, que impide la escolarización del menor en un centro especial sin autorización de los padres. La Junta por su parte se opone a todo lo alegado por la parte recurrente (los padres).

Resumen de la resolución

En lo relativo a la valoración de la prueba, el TSJ recuerda que su capacidad está limitada, y que la jurisprudencia y la propia normativa establecen que, salvo en el caso de error o de que su valoración contradiga la sana crítica, prevalece la apreciación de la primera instancia. En cuanto a las posibilidades de proposición de prueba se circunscriben a las denegadas o no practicadas no atribuibles a quien las propuso. Por ello, estará siempre mal planteada toda apelación que no se centre en criticar la sentencia, y sólo trate de reproducir el juicio en segunda instancia análogo a como se hizo en la primera.

En relación al informe psicopedagógico que impugnan, el TSJ recuerda que es un informe, y que la decisión la toma la autoridad administrativa, y que el mismo refleja la necesidad e intensidad de los apoyos que Casiano necesita. Añade, además, que la divergencia de opinión con el informe no lo hace inadecuado como pretenden los padres.

Para el TSJ, siguiendo la sentencia de instancia, la educación segregada no es discriminatoria, pues no toda diferencia respecto del menor es discriminar. Por el contrario, sí sería discriminar si la decisión se hubiera tomado sin la base de un informe psicopedagógico. Cuestión distinta, señala, es que la decisión o el deseo de los padres sea otro.

Si bien reconoce que el principio general es la educación inclusiva, el TSJ asume que si la carga es desproporcionada o indebida es posible, conforme prevé la ley, e incluso la CDPD, escolarizar en centro de educación especial. Y que, en la medida que los recursos de los que dispone el centro ordinario son a tiempo parcial y no total, se concluye que lo pretendido por los padres es desproporcionado o inatendible.

Por último, desestima que la escolarización en un centro de educación especial requiera la autorización de los padres, pues es una potestad de la administración.

Por todo ello, desestima el recurso de los progenitores y confirma la sentencia de instancia.

STS (3^a) 1976/2017, de 14 de diciembre (ECLI: ES:TS: 2017:4521)

Artículos CDPD:

Artículo 2

Artículo 5

Artículo 24

Resumen

El TS reconoce el derecho a la educación inclusiva y desestima el recurso interpuesto por la administración educativa riojana contra la sentencia que anuló el dictamen de escolarización en educación especial por vulneración del derecho a la igualdad en relación al artículo 27 de la CE, y que obligó a mantener al menor en la modalidad de educación inclusiva, manteniendo la escolarización en la doble modalidad de aula TEA y aula ordinaria.

Antecedentes de hecho

La administración educativa de La Rioja resolvió modificar la modalidad educativa del menor, pasando de educación en colegio ordinario a educación especial.

Esta decisión fue recurrida y el TSJ, en sentencia de 21 de julio de 2016, anuló el acto y reconoció el derecho del menor a permanecer en educación ordinaria.

Posteriormente, la recurrente, la Comunidad Autónoma de La Rioja, interpuso recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de La Rioja.

Resumen de la resolución adoptada

Para el análisis del caso, el TS toma como referente el marco normativo en materia de educación, concretado en la CE (art. 27, 14 y 10.2), la CDPD, y la LOE, y extrae los siguientes principios:

1. Como elementos de garantía de la igualdad y no discriminación, en el derecho a la educación rige el principio del derecho a la educación inclusiva.
2. La regla general es la inclusión y la excepción es la escolarización en centros de educación especial, que sólo cabe cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.
3. Para la consecución de la inclusión se debe dotar de medios que procuren apoyos y atenciones educativas específicas, personalizadas y efectivas para estos alumnos.
4. Este conjunto de modificaciones y adaptaciones no deben suponer una carga desproporcionada o indebida.
5. Estas necesidades deben identificarse y valorarse lo más tempranamente posible por personal cualificado. Las evaluaciones se producirán a principio y a final del curso, debiendo valorarse la consecución de los objetivos iniciales propuestos.
6. La consecuencia de la evaluación es, entre otras, favorecer su integración.
7. Por tanto, el legislador ordena a las administraciones educativas que en educación infantil se promueva su escolarización, que en

los niveles obligatorios se desarrollen programas para su adecuada escolarización y, en los postobligatorios, que se favorezca su escolarización y se adapten las condiciones de realización de pruebas.

El TS destaca que tanto el TC, como la propia Sala han interpretado este conjunto normativo, la sentencia 10/2004- contraria al amparo-, y la sentencia estimatoria de la sala de 9 de mayo de 2011². De las mismas cabe deducir los siguientes criterios en el caso de alumnos en centros de educación especial:

1. El derecho de los padres a la elección de centro no contiene el derecho a decidir la tipología de educación: en centros ordinarios o en centros de educación especial.
2. No cabe un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prescricionales salvo previsión legal, y se entiende que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar. El TS matiza y asume que esos mismos criterios no pueden trasladarse sin más a supuestos tan singulares, por cuanto los alumnos con TEA están, de partida, en una situación de desigualdad y deben obtener una respuesta administrativa adecuada a sus necesidades. Ha de tenerse presente la interpretación conjunta del artículo 27, el artículo 49 y el artículo 9.2 de la CE; por tanto, su caso, no es el del resto de ciudadanos frente a los que sí cabría hacer valer límites frente a sus pretensiones.
3. Normativamente, hay un doble mandato dirigido a la administración: el primero de puesta de medios (personales, materiales, y de programación académica), y el segundo, la carga de explicar por qué los apoyos requeridos no pueden ser prestados con medidas de atención a la diversidad en los centros ordinarios.
4. Las decisiones de escolarización en un centro de educación especial, para que sean constitucionales, deben justificar el trato diferenciado atendiendo a cada caso, deben razonar por qué supone una carga desproporcionada escolarizar en un centro ordinario, es decir, debe justificarse por qué se opta por la excepcionalidad mediante la escolarización en centros de educación especial.

De lo anterior el TS deduce un mandato a los poderes públicos tendente a la consecución de un doble objetivo: uno de política social derivado del artículo 53.3 en relación con el art. 49 de la CE (inclusión social de personas con discapacidad) y otro educativo (la educación integrada en condiciones de igualdad). Este techo obliga a las administraciones a la integración en el sistema educativo ordinario con las debidas adaptaciones, y sólo, sólo cabría acudir al sistema de educación especial *“si se justifica que, agotados los esfuerzos para esa integración, lo procedente es esa opción que en esas condiciones sí justificaría un trato distinto”*.

² Incluida en el epígrafe II.III: STS (3^a), de 9 de mayo de 2011

La sentencia impugnada estimó la demanda en el contexto normativo referido, y en virtud de la prueba practicada concluyó que la administración educativa no cumplía el marco de explicitar en relación al menor: qué medidas requiere, por qué no pueden facilitarse en el aula ordinaria, no hace mención de los avances del menor y si estos pueden seguir produciéndose, tampoco prueba que la modalidad de educación integrada sea perjudicial para el menor, y por último, los testigos propuestos por la administración no identifican qué actuaciones realizaron los profesores para conseguir la inclusión en el aula TEA.

Esta sentencia explícita de forma estructurada y detallada el marco constitucional del derecho a la educación.

El TS, tras hacer un detallado análisis de las causas de impugnación alegadas por la administración recurrente, desestima en su integridad todas ellas.

II.2. Las adaptaciones curriculares

STSJ Galicia (contencioso) 84/2015, de 12 de febrero
(ECLI: ES: TSJGAL:2015:804)

Artículos CDPD:

Artículo 24

Resumen

El TSJ confirma la sentencia que desestima el recurso interpuesto por unos padres solicitando que su hijo siguiera el curso de forma ordinaria sin adaptaciones curriculares, al entender que esto minaba su capacidad de aprendizaje, maduración y desarrollo.

Antecedentes

El JCA nº 1 de A Coruña desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a Salvadora y D. Carlos Ramón en el que solicitaban que no se aplicaran adaptaciones curriculares en el currículum formativo de su hijo, escolarizado en un centro ordinario, por entender que tiene derecho a recibir una educación plena y a que la administración educativa y el centro escolar, sustancien el error y procuren enseñarle todos aquellos contenidos de los que en su momento fue privado.

En la actualidad el menor, con síndrome de Down, tiene una adaptación curricular significativa. Los padres durante la escolarización se han negado a: las adaptaciones curriculares y de material de aprendizaje diferente al resto del alumnado; a que el alumno salga de aula ordinaria; a la posibilidad de flexibilizar o repetir el curso, aunque no hubiera alcanzado las competencias necesarias para afrontar los objetivos de la siguiente etapa.

En su escrito de demanda, los padres del menor exponen que desde su nacimiento, Emilio pertenece al Proyecto Roma, una actividad compartida entre familias, profesorado y educación preocupados por que se cumplan los principios de educación inclusiva. El Proyecto Roma asume que a mayor estímulo mayor aprendizaje y desarrollo, y que madurez va ligada a aprendizaje, por lo que, si éste se limita, la madurez se ve afectada.

Por ello, entienden que el colegio está haciendo justo lo contrario de lo que Emilio necesita, pues si sale del aula, repite curso o se le reduce el currículum, lo que se está consiguiendo son lagunas en su aprendizaje e impidiendo el desarrollo real de Emilio. Y que, cuando estas lagunas se ponen de manifiesto, no se achacan a los errores cometidos en su educación, sino que se responsabiliza al síndrome de Down.

Esta situación de “educación especial” soterrada y sin conocimiento de los padres le ha ocasionado daños y perjuicios en su desarrollo educativo y se ha hecho, alegan los padres, sin cumplir con los requisitos establecidos legalmente.

La Letrada de la Xunta de Galicia se opuso en el acto de vista a la nulidad pretendida por los demandantes y defiende que se ha respetado la normativa en materia de educación. Respecto a la pretensión indemnizatoria, la Letrada señala que no se han identificado ni acreditado por los reclamantes la existencia de perjuicios reales y efectivos.

Resumen de la resolución

Para el TSJ el marco jurídico de la controversia está encabezado por el Texto Refundido de la LDPD, al que se suma el texto de la CDPD.

El artículo 18 de la LDPD reconoce el derecho a la educación inclusiva y a los apoyos y ajustes razonables precisados, y sólo se reconoce la educación especial de forma residual cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios y tomando en consideración la opinión de los padres o tutores legales.

Por su parte, la LOE había reconocido como principio “la inclusión educativa”, que se desarrollará bajo los principios de normalización e inclusión, previéndose flexibilización de las etapas, y la valoración de las necesidades por parte de la Administración. La norma prevé que los objetivos definidos para cada alumno están sujetos a evaluación y, conforme a la misma, se podrá modificar el plan de actuación, así como la modalidad de escolarización, de modo que pueda favorecerse, siempre que sea posible, el acceso del alumnado a un régimen de mayor integración (art. 74 LOE).

La Administración educativa de la Comunidad Autónoma se rige por la Orden de 6 de octubre de 1995, de la Consellería de Educación y O.U., que regula las adaptaciones del currículum en las enseñanzas de régimen

general para aquellos alumnos que lo necesiten y que pueden ser: medidas de refuerzo educativo que no afectan a los elementos prescriptivos del currículum (art. 4); medidas de adaptación curricular que implican modificaciones de los objetivos, los contenidos y los criterios de evaluación, y que proceden una vez agotadas otras medidas ordinarias de intervención educativa, y requieren, a diferencia de los refuerzos, autorización de la inspección educativa, y que cuentan con un detallado proceso de elaboración, y que, una vez elaborado, se remitirá la propuesta de adaptación curricular al correspondiente servicio provincial de inspección que emitirá un informe preceptivo (arts. 5 y ss.).

Si se produjera adaptación curricular, el art. 12 de la citada norma prevé una reunión al finalizar el curso, en la que serán oídos los padres, y que decidirá la pertinencia de la promoción de ciclo o de curso, la necesidad de alguna adaptación curricular en el curso siguiente y, en caso necesario, las líneas generales de la misma.

En lo relativo a la relación con las familias, la orden prevé que recibirán información pertinente sobre las decisiones adoptadas, y que, en caso de desacuerdo podrán reclamar ante el director o directora del centro y, de persistir en su disconformidad, ante el servicio de inspección correspondiente (art. 15).

El TSJ estima que la resolución de la controversia planteada no tiene una solución jurídica que pueda satisfacer los legítimos anhelos de los padres de Emilio para que éste reciba la educación que consideran más conveniente para su desarrollo personal.

De los análisis de los informes educativos de Emilio se desprende el cumplimiento de la normativa en lo relativo a las adaptaciones curriculares significativas, aunque éstas no sean del acuerdo o conformidad de los padres.

Analizada la normativa y el expediente se puede concluir que tanto el centro como la administración educativa han actuado conforme a la legalidad vigente. El derecho a la educación inclusiva y la provisión de medios y recursos no impone un determinado modelo pedagógico, sino que se limitan a establecer procedimientos y técnicas encaminadas a garantizar el bienestar del menor y el desarrollo de su personalidad.

El TSJ destaca que durante el proceso se han ventilado cuestiones muy interesantes, pero más de índole pedagógico que legal. El experto en pedagogía exponía que en el ámbito educativo existen dos corrientes pedagógicas contrapuestas sobre la educación de los menores a través de la adaptación curricular: (1) quienes defienden que todos deben recibir la misma educación; y (2) quienes entienden que debe ser posible y, si el menor así lo requiere, una educación diferenciada (adaptación curricular). Asimismo, el experto explica que existen en la actualidad dos paradigmas sobre la inteligencia: (1) el que afirma que los seres humanos nacen con una inteligencia, sin que la educación o cultura pueda hacer nada al res-

pecto; y (2), los que defienden que la inteligencia se construye y que los seres humanos, a través de la educación y la cultura, pueden llegar a ser inteligentes, sin que sea determinante el factor genético.

Ante esto, el TSJ esgrime que no puede determinar que la corriente pedagógica impulsada desde el Proyecto Roma, a la luz de nuestra normativa, deba tener amparo en el sistema educativo español. Por eso tampoco puede pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la administración ante los déficits de aprendizaje que ha manifestado Emilio ni, por consiguiente, su derecho a ser resarcido por los daños y perjuicios causados.

Por todo ello, desestima el recurso de apelación interpuesto por los padres.

STSJ Aragón (contencioso) 81/2017, de 22 de febrero
(ECLI:ES:TSJAR:2017:316)

Artículos CDPD:

Artículo 24

Resumen

El TSJ ratifica la sentencia de instancia en la que se deniega la realización de adaptaciones curriculares en el Grado de actividad física y del deporte al estimar que sería un ajuste desproporcionado pues desnaturaría la titulación correspondiente, y desestima el recurso contra el acto administrativo que denegó la petición de adaptación curricular.

Antecedentes

El JCA nº 2 de Zaragoza, dictó sentencia nº 143/2015, de 15 de julio, por la que se desestimaba el recurso interpuesto de petición de adaptación curricular en el Grado de ciencias de la actividad física y del deporte.

En la sentencia recurrida se contraponen el estado físico del recurrente, con enfermedad de Phertes, y las asignaturas a cursar en el grado. La citada enfermedad desaconseja la práctica de actividades deportivas de impacto, y, teniendo en cuenta las asignaturas que se imparten en los distintos cursos, para que cursase el grado el recurrente, o bien se le exigiría prescindir de todas las limitaciones, prohibiciones y contraindicaciones médicas, lo cual no puede ser aceptado, por más que el recurrente estuviese dispuesto a asumir el riesgo, o bien exigiría una adaptación curricular tan importante que implicaría la desnaturalización del grado, por ello concluye que lo que se pretende va más allá de ajustes razonables, que sí son exigibles.

Resumen de la resolución.

La Sentencia toma como referencias normativas la CDPD y el Real Decreto 1791/2010 que regula el Estatuto del Estudiante Universitario. La sentencia estima que si bien nadie puede ser discriminado por razón de

su discapacidad, existen límites previstos en la propia CDPD, pues la misma incorpora los ajustes razonables, que toman en consideración tanto los medios, como la no desnaturalización de la actividad, y es en este último sentido donde la Universidad de Zaragoza, teniendo en cuenta los informes médicos, considera que el título quedaría desnaturalizado dado el gran número de asignaturas de impacto que deberían, para este caso, suprimirse.

La Universidad alega que no hay antecedentes de alumnos con la enfermedad de Perthes que hayan cursado estos estudios, y que en los casos de otros alumnos que han requerido adaptaciones, estos no han sido relevantes.

La parte apelante, entiende que ha habido un error en la apreciación de la prueba, especialmente en lo relativo a los informes médicos. En cuanto al informe médico que exige la Universidad, alega que la misma no prevé para la medición del esfuerzo otra forma más que mediante cicloergómetro (cinta). Alega que existen otras opciones pero que la Universidad no adaptó la prueba, y que al no realizarse el preceptivo informe médico, la Universidad anuló la matrícula.

En lo relativo al resto de informes médicos y las precauciones a tomar en su caso, sí admiten la práctica deportiva de los que conllevaran impacto, pero con las adaptaciones pertinentes.

Además, señala que el Grado en actividad física y del deporte no contempla como única salida el ejercicio profesional de determinados deportes, sino que también permite otras profesiones como la de profesor o la de director de centros deportivos.

Sin embargo, la sentencia estima que dicha alegación carece de eficacia a los efectos pretendidos por cuanto lo que se plantea en el presente recurso, a la vista de la decisión impugnada, es si se pueden cursar los estudios con “ajustes razonables” y si es ajustada a derecho la conclusión de la Universidad que sostiene que, a la vista de las limitaciones físicas del apelante, la supresión de actividades y asignaturas desnaturalizaría el grado que el recurrente pretende cursar.

En dicho sentido la resolución razona que dado que:

(...) en la actividad curricular del Grado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte existen una serie de asignaturas obligatorias que implican la realización de ejercicios físicos de carga o impacto, no podemos asumir la responsabilidad de ser responsables del empeoramiento de su patología de la cadera izquierda, que se va a producir con total seguridad por la práctica de esos ejercicios físicos obligatorios.

Por otra parte, añade que la Universidad era concedora de la intención de Luis Pablo de realizar dichos estudios, pues contactó con los interesados un año antes a través de la Comisión de Garantía de la Calidad

y la Oficina de la Discapacidad, y que, durante ese tiempo, la Universidad no realizó un estudio detallado de las adaptaciones/ajustes necesarios atendida la patología de Luis Pablo, ya que solo así podría haberse determinado si aquellos ajustes, que inicialmente se concretaban en una silla de ruedas, eran posibles, realizables y no desnaturalizaban los conocimientos que se exigían en el grado.

En relación a los motivos de impugnación la sentencia afirma que, de la prueba practicada, es la Universidad de Zaragoza junto con la Oficina de la Discapacidad quienes establecen las condiciones de acceso, y que la valoración del caso concreto y de sus adaptaciones, no se produce hasta que el alumno está matriculado. Y esto es así, por cuanto las eventuales adaptaciones, en el caso de ser posibles, se realizarían una vez presentado el reconocimiento médico-deportivo con la matrícula.

La sentencia también estima que la prueba de esfuerzo la superó, pero que la denegación de matrícula se fundó en que en el grado había “una serie de asignaturas obligatorias que implican la realización de ejercicios físicos de carga o impacto” que el alumno no podía realizar.

La parte apelante alega igualmente que la sentencia yerra también al señalar que la finalidad de la intervención del doctor Narciso haya sido exclusivamente la de conservar el cartílago, estabilizar la zona y no invertir el proceso, afirmando que la operación conlleva la reversión de la patología y una recuperación y movilidad completa. Pero, a la vista de los informes periciales emitidos, esa no es la conclusión que se deduce del conjunto de la prueba practicada, cuya valoración por parte de juez de instancia se estima acertada.

A juicio del TSJ se debe desestimar el recurso, pues teniendo en cuenta las diferentes asignaturas del grado, para poder cursarlas, o bien habría que prescindir de las limitaciones, prohibiciones y contraindicaciones médicas, aspecto no posible, o bien se exigiría una adaptación curricular tan importante que implicaría la desnaturalización del grado, lo que va más allá de las obligaciones impuestas por los ajustes razonables.

II.3. La dotación de recursos materiales y humanos

STSJ Comunidad Valenciana (contencioso) 1608/09, de 4 de diciembre (ECLI: ES: TSJCV: 2009:8796)

Artículos CDPD:

Artículo 24

Resumen

El Tribunal desestima la solicitud de que se declare vulnerado el derecho a la educación y se garantice la escolarización de los niños con

TEA, mediante la dotación de los recursos humanos y materiales necesarios para que puedan recibir un tratamiento especializado adecuado a su diagnóstico.

Antecedentes

De acuerdo con lo alegado por los demandantes, el aula de comunicación y lenguaje del CP Tomas de Montañana y el CEIP Mare Nostrum de Valencia presentan las siguientes carencias: falta de personal educativo con conocimientos específicos en materia de TEA; ausencia de material adecuado para un aula para dichos niños; falta de coordinación entre los centros; y se incumplen las ratios que obligan a un tutor con formación específica por cada 3 ó 5 niños. Esta situación, entienden que es una vulneración de sus derechos de igualdad y no discriminación, su derecho a la educación y a la salud y su derecho a la integración.

Denegada la petición de dotación de recursos vía administrativa se formalizó demanda solicitando se dictara sentencia declarando vulnerados los derechos fundamentales de los hijos de los actores, y condenando a la administración a la adopción de las medidas necesarias para que cesara dicha situación, disponiendo de los medios humanos y materiales necesarios.

Resumen de la resolución

La representación de las administraciones demandadas contestó:

1. Oponiéndose a la inadecuación del procedimiento, pues entendía que era una cuestión de legalidad ordinaria, dado que las cuestiones que se refieren a las necesidades educativas especiales de determinados alumnos no afectan al núcleo esencial del derecho a la educación, no viéndose afectado por ello ningún derecho fundamental.
2. Negando la inactividad, por cuanto los menores están escolarizados, si bien admite que los medios materiales y humanos no son suficientes para el tratamiento especial que los padres pretenden que se les aplique, ello no impide determinar que el contenido prestacional está cumplido.

El Ministerio Fiscal, por su parte, alega imprecisión y se opone a la demanda y señala que no se objetivan los hechos en los que se funda la vulneración de los derechos fundamentales que se alegan.

EL TSJ estima que lo que resulta en todo caso incontrovertido, pues ha sido alegado por las partes, es que para el curso 2006-2007, el aula de comunicación y lenguaje no contó con medios materiales hasta febrero de 2007.

La sentencia toma como punto de partida el artículo 27 de la CE, desde el que analiza la regulación de la escolarización de los menores con necesidades educativas específicas, y hace referencia, como texto que refuerza el marco legal, la CDPD. Aunque matiza que no es aplicable,

ratione temporis³, sí revela la consideración que España tiene en torno a la escolarización de un menor con necesidades educativas específicas. La CDPD lo es de «derechos» de las personas con discapacidad, y los Estados parte reconocen a éstas, entre otros, el de educación (artículo 24), comprometiéndose a asegurar que el mismo sea «efectivo» a través de diferentes medidas que la CDPD concreta.

A la luz de los textos normativos aplicables y partiendo del hecho que es normativa que debe exigirse y cumplir la administración, la sentencia trata de analizar si los hechos se incardinan o no en la citada legalidad, con un eje determinante, la obligación de asegurar los recursos necesarios para que los alumnos alcancen el máximo desarrollo de sus capacidades, por lo que es necesario contar tanto con personal cualificado como con recursos (artículos 72 y 74 LOE).

Ante la primera cuestión alegada por la administración de no ser un tema de derechos fundamentales sino de legalidad ordinaria, el tribunal entiende que, debido a su contenido y alcance cabe la vulneración directa o indirecta del derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación especial que precisan. Afirmación que se hace con base a los artículos 27 y 14 de la CE. Por ello, concluye la adecuación del procedimiento instado.

El siguiente análisis que plantea el tribunal, una vez determinada la adecuación del procedimiento, se centra en lo relativo a la suficiencia o insuficiencia de los medios y dotación para atender a los menores escolarizados. En el mismo toma como referencia el informe del inspector de educación emitido en fecha 19 de febrero de 2007. Conforme al mismo, se establece que las dotaciones satisfacen las garantías normativas mínimas de tamaño del aula, de asignación de personal, etc. Por ello, la actividad administrativa no vulnera el artículo 27 CE. Tampoco, se vulnera el artículo 15 de la CE, en cuanto referido el derecho a la integridad física y moral, pues la misma no puede verse afectada por el acto administrativo. Y, por otra parte, tampoco se ha acreditado la vulneración del art 14 CE, pues no hay un término válido de comparación que sustente la afirmación de que los niños hijos de los actores reciben un trato distinto por parte de la administración educativa al de otros niños con el mismo trastorno.

Por tanto:

(...) no consta infringido al derecho constitucional a la educación, no constando que ninguno de los menores solicitantes de la prestación de educación haya quedado sin escolarizar en el ámbito de la educación especial que precisan, aunque ello haya podido llevar a una fórmula que no fuese del total agrado de los padres, no recogiendo en el art.27.9 un derecho fun-

³ La CDPD entra en vigor en 2008 y los hechos se remontan a 2006.

damental, sino un deber, dirigido al legislador, de orientar en una concreta manera la política educativa, estableciendo medios al efecto, pero dentro de las necesidades reales y de las limitaciones presupuestarias, sin que quepa entender que los ciudadanos tienen un derecho subjetivo a que sus exigencias prestacionales deban ser atendidas necesariamente por la Administración e inmediatamente, como ya se ha venido pronunciando el TC, en SS de 27-6-1985 (S. núm. 77/85) y 10-7-1985 (S. núm. 86/85).

STS (3ª) de 9 de mayo de 2011 (ECLI: ES:TS: 2011:3257)

Artículos CDPD⁴:

Artículo 24

Resumen

Se anula la STSJ Comunidad Valenciana (contencioso) 1608/09, de 4 de diciembre, al considerar infringido el derecho a la educación y se reconoce, en consecuencia, el derecho de los padres a que la administración educativa subsane las insuficiencias del aula de comunicación y lenguaje del Colegio Público Tomás de Montañana.

De esta forma, se reconoce que el colegio no reunía las condiciones legales para albergar a niños con trastorno de espectro autista, por cuanto sus dotaciones no ofrecían las garantías mínimas necesarias.

La sentencia asume que los niños afectados se encuentran en una posición de desigualdad de partida, y este hecho les hace acreedores de una respuesta cualificada de las administraciones educativas, adecuada a sus necesidades: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la CE, reforzada por las previsiones del artículo 49 CE relativo a las personas con discapacidad y, muy especialmente, por el mandato de su artículo 9.2 CE de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Por tanto, las previsiones contenidas en la legislación educativa que se preocupan por asegurar una igualdad efectiva en la educación exigen a las administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad.

Antecedentes

En el recurso nº 694/2007, seguido en la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, el 4 de diciembre de 2009 se desestimó el recurso y la solicitud de que se declarara vulnerado el derecho a la educación y se garantizara la escla-

⁴ La invocación de la CDPD proviene de la Demanda inicial que se interpuso ante el TSJ de Valencia y que es reproducida por la presente sentencia en los antecedentes de hecho.

rización de los niños con TEA, mediante la dotación de los recursos humanos y materiales necesarios para que pudieran recibir un tratamiento especializado adecuado a su diagnóstico.

Contra dicha sentencia se presentó recurso de casación.

Resumen de la resolución

La demanda se basó en tres motivos de casación, y pese a lo propugnado por el Ministerio Fiscal sobre su desestimación total, el TS admitió el último motivo, relativo, precisamente, al núcleo duro del derecho a la educación y la igualdad.

En relación a los dos motivos desestimados se incluyen las grandes líneas de los mismos.

El primer motivo alega que la sentencia es incongruente por omisión y carece de la debida motivación.

Sin embargo, el TS estima que es congruente y motivada, ya que identifica con claridad la pretensión de los recurrentes y da respuesta a los argumentos con los que la sustentan. Tampoco incurre en desviación porque en ningún momento ignora a qué atribuye la demanda la lesión de los derechos fundamentales invocados.

El segundo motivo alega que se produjo indefensión por la denegación de la prueba pericial propuesta. Esta prueba tenía por objeto que, mediante un organismo independiente y especializado en autismo, se dictaminara: (a) sobre la metodología adecuada para la educación de los niños autistas; (b) sobre las consecuencias que para ellos tiene la deficiente aplicación de un método terapéutico respecto a su nivel de aprendizaje y capacidad de integración en su entorno; (c) sobre la ratio adecuada a un aula especializada; y (d) para que describiera el caso.

Sin embargo, el TS entiende que la citada denegación de los medios de prueba no ha ocasionado la pretendida lesión por cuanto en el proceso se dispuso de suficiente material probatorio para establecer los hechos relevantes y, además, no se ha demostrado que, de haberse practicado las que no fueron aceptadas, habría sido otro el juicio expresado en la sentencia.

El tercer y último motivo de casación, sí estimado parcialmente, afirma que la sentencia vulnera el derecho a la educación (art. 24 CE), el derecho a la igualdad (art. 14), que los relaciona con el libre desarrollo de la personalidad, y con el propio derecho a la educación como necesidad básica que, cuando se deniegan medios y recursos, constituye discriminación. Señala que escolarizar a los niños con TEA no puede ser nunca apartarlos en un aula que carece de los medios y recursos necesarios. Y, además, reclama una discriminación positiva dada la situación de mayor desigualdad de partida de los mismos. Y, por último, invoca la vulneración del derecho a la integridad física y psíquica de los niños (art. 15).

De los derechos fundamentales invocados, el TS considera que el reconocido por el artículo 15 CE no está en juego en este caso. Entiende

que, en los términos planteados, la insuficiencia de los medios materiales y personales del aula de comunicación y lenguaje del Colegio Público “Tomás de Montañana” de Valencia no parece idónea para producir la lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral de los niños que denuncian los recurrentes.

Para determinar si ha habido o no vulneración del artículo 27 y 14 de la CE, el TS examina la normativa en materia de educación para alumnos con necesidades educativas especiales. En su análisis de la LOE en lo relativo a la educación especial, destaca que el artículo 71.1 impone a las administraciones educativas que dispongan, de forma reforzada dadas las necesidades específicas de estos alumnos, de los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en ella. La LOE sigue concretando el contenido de esta obligación y establece que los profesores deben estar cualificados y los medios deben ser los precisos y adecuados para la atención de este alumnado, y además les exige las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos (art. 72). Además, habrán de promover la formación del profesorado y de otros profesionales relacionada con el tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Y en cuanto a los principios de escolarización, ésta debe regirse por los de normalización e inclusión, asegurando su no discriminación e igualdad efectiva (art. 73).

Las líneas que rigen esta educación según la sentencia son: *“adecuación de la enseñanza a las específicas necesidades de estos alumnos, cualificación del personal, medios necesarios y programación con el objetivo último de asegurar su pleno desarrollo son las líneas maestras de la regulación legal que quiere hacer efectiva la educación en condiciones de igualdad real de estos niños”*.

Una vez establecido el marco normativo, el TS analiza el caso concreto y el incuestionable hecho, reconocido en la sentencia recurrida, de que el aula de comunicación y lenguaje del Colegio Público “Tomás de Montañana” no estuvo provista de medios materiales hasta febrero de 2007 y que, a partir de ese momento, sus dotaciones satisfacen las garantías normativas mínimas. Y, además, también reconocido en la sentencia, el informe del inspector de educación corrobora que la ratio de alumnos, como sostienen los recurrentes, debe ser de 3-5/1, mientras que en el Aula se escolarizó a 9 alumnos. Por otra parte, el informe pericial refleja que no hay coordinación entre la Consejería de Educación y la de Sanidad, que no hay programación general, ni protocolo de tratamiento y seguimiento, que inicialmente --en el curso 2006-2007-- el personal carecía de experiencia, el aula era pequeña e inadecuada y no tenía material, salvo el aportado por los padres o los profesionales que atendían el aula, que cambiaban las personas curso a curso, que

había descoordinación, y mezcla de niños que, por sus distintas edades, no debería producirse.

El hecho de que estuvieran escolarizados, sin entrar en las condiciones, motivó que la sentencia del TSJ estimara que no se produjo vulneración del derecho fundamental a la educación y no reconoció el derecho de los padres a sus pretensiones prestacionales.

Y es en este punto donde el TS sí estima que se produjo vulneración del derecho a la educación y la igualdad, y lo hace con las siguientes consideraciones: una cosa es que no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo que estén establecidas por la ley, o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar, y otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA, ya que se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. Su situación no es comparable a la de los demás ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 CE, reforzada por el principio de protección de las personas con discapacidad que enuncia su artículo 49 CE y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 CE de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Las previsiones legales antes expuestas son coherentes con estos presupuestos constitucionales en tanto se preocupan por asegurar una igualdad efectiva en la educación y exigen a las Administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad. En cambio, no es coherente con tales premisas el enfoque adoptado por la sentencia de instancia ya que, al confirmar la corrección de la actuación administrativa, da por buena una situación que ella misma reconoce que no era adecuada en el comienzo del curso 2006-2007 y, después, solamente satisface lo mínimo (tamaño del aula y personal) y, al desviar a un juicio de legalidad la decisión sobre si se cumplían o no los requisitos legalmente establecidos para este tipo de educación especial, desconoce que su infracción puede ser relevante desde el punto de vista constitucional.

Y, si no se respeta la ratio, extremo reconocido en el informe del Inspector de Educación, falta la programación y los protocolos de actuación, si rota el personal, no se asegura su cualificación y se reúne a niños que, por sus edades, deberían estar separados, aunque el aula no sea ya pequeña y el personal sea el mínimo exigible, no sólo no se han observado las exigencias legales sino que difícilmente puede decirse que se haya

respetado el derecho fundamental a la educación ofreciendo a los niños a los que se refiere el recurso un tratamiento acorde con la situación de desigualdad de partida en que se encuentran. En consecuencia, el motivo debe ser estimado y la sentencia anulada.

STSJ Aragón (contencioso) 611/2013 de 14 de octubre (ECLI: ES: TSJAR: 2013:1503)

Artículos CDPD:

Artículo 24

Resumen

El TSJ estima el recurso contra la inactividad de la Administración frente a la petición de solución educativa y declara la vulneración del derecho a la educación.

Antecedentes

La parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo, por procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la inactividad de la Administración, ante la ausencia de respuesta al escrito de reclamación por el que solicitaba de diversos departamentos (Educación, Sanidad, Bienestar Social y Familia) del Gobierno de Aragón una actuación inmediata ante lo que denomina exclusión educativa y lesión de derechos fundamentales a la educación e integridad física y moral de su hijo Elías con TEA. Denuncian que esta vulneración se produjo durante el período en que había participado en el programa educativo Transición a la Vida Adulta (TVA) diseñado por las autoridades educativas, en el Centro público Instituto de Enseñanza Secundaria Pirámide de la ciudad de Huesca, donde radica su domicilio.

Durante este período, el padre argumenta la vulneración del derecho a la educación de su hijo porque el centro escolar en cuestión no ha contado, desde que se produjo la escolarización en el mismo (curso escolar 2007/2008), con los medios precisos y específicos para la educación especial que precisa una persona con las características de Elías.

En el curso 2010/11, y sobre todo a partir de noviembre de 2010, se suceden cambios y alteraciones en el programa educativo y en el personal a cargo de Elías. Este hecho, provoca, a juicio del padre, dificultades de adaptación que degeneran en una cada vez mayor inestabilidad emocional que da lugar a episodios de agresividad cada vez más frecuentes. Ante esta situación, los responsables del centro exigen una garantía psiquiátrica que implica la administración al alumno de tratamientos farmacológicos que, según la recurrente, están contraindicados para una persona con las características que presenta Elías.

Ante esta tesitura, los padres optan porque Elías deje de acudir en febrero de 2011 al programa educativo que seguía desde 2007, sin que reciba respuesta educativa alguna por parte de la Administración a partir de ese momento.

Por tal motivo suplica que se declare vulnerado el derecho fundamental reconocido en el artículo 27 de la CE, así como el derecho a la integridad física y moral, artículo 15 de la CE, en su vertiente de derecho fundamental al consentimiento informado clínico y terapéutico.

El Ministerio Fiscal, así como el Letrado del Gobierno de Aragón, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, solicitaron, tras relacionar los hechos y fundamentos que estimaron de aplicación, que se dictara sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto.

Alegan cuestiones procedimentales, y en relación al derecho a la educación, el Ministerio Fiscal estima que, frente a la pretendida vulneración del derecho a la educación, lo que se está cuestionando es el sistema educativo administrativamente diseñado y establecido, siendo cuestión ésta de pura legalidad ordinaria, no siendo admisible el recurso especial de tutela de derechos fundamentales. Por otra parte, entiende que no hay vulneración del derecho a la salud por cuanto no ha habido actuación administrativa, y en lo relativo a la vulneración del derecho a la igualdad, sostiene que al no aportarse otra realidad con la que comparar no puede concluirse que haya desigualdad de trato en relación a otras personas con discapacidad.

Resumen de la resolución

El Tribunal analiza lo que puede ser objeto de la vía de procedimiento especialísimo por defensa de derechos fundamentales.

Para ello toma en consideración los siguientes hechos: Elías es un alumno con necesidades educativas especiales por razón de su discapacidad que cursa Educación Primaria en las aulas sustitutorias de educación especial de los Colegios Públicos San Vicente y Pío XII de la ciudad de Huesca. En el curso 2007/08, se incorpora al aula sustitutoria de educación especial del Instituto de Enseñanza Secundaria Pirámide, adscrito al grupo de T.V.A. (Transición a la Vida Adulta), donde permanece desde dicho período lectivo, hasta el curso lectivo 2010/2011, abandonando el programa en febrero de 2011 y, como consecuencia de una crisis en su comportamiento acontecida en fecha de 10 de febrero de 2011, deja de asistir al centro educativo público referido.

El programa de T.V.A., llevado a cabo en el Aula Sustitutoria de Centro de Educación Especial, es el único recurso público para la atención a alumnos con necesidades educativas especiales en modalidad de escolarización de Educación Especial en la ciudad de Huesca, y el alumno en cuestión llegó al mismo con 16 años. La referida modalidad de escolarización permite a este tipo de alumnos con necesidades educativas espe-

ciales estar en un centro público hasta los 20 años, más un año de prórroga si el recurso resulta realmente adecuado para el alumno.

Dicho centro no era el más adecuado para dar respuesta a las necesidades educativas de Elías, cuyo principal obstáculo a la eficacia del programa era la ausencia de control de conductas agresivas, tanto hacia sí mismo, como hacia el resto de compañeros y demás personal del aula. Sin embargo, durante los cursos centrales 2008/09 y 2009/10, hay resultados positivos y progresos en su educación y se reduce hasta lo esporádico la agresividad inicial incontrolada, de hecho, el informe final de evaluación del curso 2009/10 dice literalmente que “estimamos que el curso próximo debe seguir como este (sic), integrado completamente en el grupo dado lo positivo que ha sido para su socialización.”

En el último período lectivo, se cambian las pautas educativas del alumno y el equipo que dirige el programa educativo en cuestión, y, además, al caer enferma su tutora, Elías pierde todas sus referencias. Esta situación es determinante para la agravación de los episodios agresivos del alumno que impiden, como se desprende de los informes del centro, atender las necesidades educativas de Elías a quien le afectan sobre manera los cambios de rutina. Ante esta situación sugieren a la familia la búsqueda de alternativas, formación específica para quienes le atienden directamente, acondicionar un espacio para aislarlo en caso de necesidad y que si faltara su persona de referencia que Elías no acuda al centro.

El informe clínico-psiquiátrico entiende que los síntomas que generan en el alumno una mayor problemática son, en primer lugar, una resistencia al cambio y aislamiento autista, y, en segundo lugar, conductas agresivas, provocativas y destructivas, que son difíciles de prever y particularmente difíciles de controlar en el colegio. El mismo informe establece como causa de las reacciones agresivas tanto el propio desarrollo físico de Elías, como el cambio de equipo terapéutico escolar. A nivel farmacológico descarta para prevenir y controlar la agresividad un tratamiento farmacológico basado en neurolépticos o antipsicóticos, y señalan que son de dudosa eficacia.

Debe decirse que el padre de Elías sí acepta y autoriza un tratamiento farmacológico basado en benzodiazepinas en concretos momentos de crisis, tal y como se desprende del relato de hechos contenido en su demanda.

A partir de febrero de 2011, Elías no vuelve al colegio y, según el informe de 2013 del Instituto, no se propone prórroga o continuidad en el programa de Elías, pues el centro no se adapta ni se ajusta a las concretas características del alumno en cuestión.

Con fecha 10 de noviembre de 2011 los padres dirigen escrito al Servicio Provincial de Educación de Huesca, en el que manifiestan la exigencia del Instituto hacia los padres de autorizar una garantía psiquiátrica para que los acontecimientos agresivos en el centro escolar no

volvieran a ocurrir, así como su negativa a esta propuesta. En el escrito solicitan la restauración del derecho a la educación de Elías.

Ninguna respuesta se da a tal petición, ni tampoco a la nueva petición de 4 de diciembre de 2012 efectuada por el padre de Elías.

Tras el examen de los hechos, el Tribunal entiende que Elías queda fuera del sistema educativo, todavía durante el período lectivo y de escolarización obligatoria, indebidamente, ante la negativa de la familia a adoptar soluciones médicas y farmacológicas que desde el centro se ponen como condición para la continuación del programa educativo que allí se imparte. Todo ello en ausencia de programas o protocolos multidisciplinarios integrales públicos que, durante el período de escolarización, atajen o puedan ofrecer respuesta a los problemas que pueden presentar alumnos con el tipo de discapacidad autista que presenta Elías.

El núcleo que determina si hay vulneración del derecho fundamental a la educación, radica en que, en febrero de 2011, por lo tanto, antes de la finalización del programa educativo aplicado, Elías quedó excluido del mismo. Y quedó excluido porque se hizo recaer sobre los padres la responsabilidad de someterlo a un tratamiento farmacológico contraindicado según los propios técnicos de la Administración. El Tribunal estima que, además de la exclusión educativa de Elías, no se ofreció ninguna alternativa de quien estaba obligada a facilitarla: la Administración.

Como bien dice el Ministerio Fiscal el derecho a la educación no está predefinido en la CE, sino que es un derecho de configuración legal. Por ello, es distinto el derecho a la educación y el sistema educativo ideado por el Legislador para la efectividad del derecho en cuestión.

Sin embargo, citando la sentencia TS de 9 de mayo de 2011:

(...) no se trata de un problema de legalidad ordinaria, sino que va más allá, entroncando con la configuración que el Legislador da en los artículos 71 y siguientes, en particular en los artículos 73 y 74, a la educación de personas con discapacidad, al derecho fundamental a la educación en condiciones de igualdad de personas con discapacidad. Basta con recordar los informes obrantes en el expediente administrativo. La Administración carece de recursos humanos y materiales con los que afrontar los peculiares problemas y situaciones que pueden presentar este tipo de alumnos discapacitados, problemas asociados a la discapacidad que presentan y sitúa, a través del centro educativo en que se halla escolarizado el hijo del demandante, a sus padres en la tesitura, para la continuación del programa educativo, de asumir una solución médica y farmacológica contraindicada según los propios informes que obran en el expediente, sin que existan y se hayan previsto protocolos o programas de actuación, sin que exista coordinación, necesaria a lo que parece, entre diferentes departamentos administrativos que ofrezcan una respuesta adaptada a las necesidades del alumno discapacitado, conforme lo ordena y dispone el artículo 74 de la L.O. 2/2006.

En definitiva, ausencia de medios y ausencia de respuesta administrativa es lo que recibió Elías y su familia a partir de noviembre de 2010, que es distinto a garantía de éxito, o de insuficiencia de un programa educativo, que tal vez no se exigía ni se exija. Ausencia de respuesta y prestación educativa por la Administración cuando ésta estaba obligada a darla.

Por todo lo anterior, el Tribunal aprecia vulneración del derecho fundamental a la educación de Elías. Aunque reconoce que el daño no se puede revertir y que por edad ha quedado ya fuera de los períodos y plazos de escolarización diseñados por el legislador.

II.4. Los ajustes razonables

SAN (contencioso) de 2 de noviembre de 2009 (ECLI: ES:AN: 2009:5337)

Artículos CDPD:

Artículo 2: Discriminación y ajustes razonables

Artículo 24: Derecho a la educación

Resumen

La Sala estima el recurso contencioso-administrativo y anula la resolución impugnada, al entender que respecto a la beca solicitada por una persona con discapacidad de tipo neurológico que le afecta en el rendimiento del curso académico, deben excepcionarse los requisitos de que tenga una nota media de 5 puntos, y que no le haya quedado ninguna asignatura pendiente exigidos por la Orden de convocatoria. Y debe ser así en aplicación de la CDPD, ratificada por España y que forma parte del ordenamiento interno.

Antecedentes

El recurrente solicitó una beca para estudiar 4º de Derecho durante el curso académico 2005/2006, que le fue denegada al no haber quedado suficientemente acreditados los datos económicos de la unidad familiar del recurrente durante el año 2004 y por no cumplir el recurrente los requisitos académicos establecidos en la Orden de Convocatoria.

Contra la expresada resolución el recurrente interpuso recurso de reposición, que fue desestimado, porque su nota media del último año era 3,33 puntos y le habían quedado cinco asignaturas. Y esto era contrario al requisito de los artículos 30 y 31.1 B) de la Orden de Convocatoria que establecían como condición para la obtención de la beca en los estudios cursados por el recurrente, tratándose de alumnos de segundo y posterior-

res cursos, haber obtenido 5 puntos de nota media y no contar con más de una asignatura no superada.

Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo.

El Abogado del Estado alegó en su contestación a la demanda, básicamente, que se denegó la solicitud de beca al recurrente porque no cumplía los requisitos académicos establecidos en la Orden de Convocatoria (artículos 30 y 31.1 b) de la Orden de 17 de junio de 2005), y porque no habían quedado suficientemente acreditados los datos económicos de su unidad familiar en el año 2004, por lo que la denegación de la beca resultó plenamente conforme a Derecho.

Resumen de la resolución

La AN estima que para la resolución del presente recurso debe tenerse en cuenta que no se cuestiona el incumplimiento de los artículos 30 y 31.1 B) de la Orden de 17 de junio de 2005 (B.O.E. de 30 de junio de 2005), sino que lo que se plantea es la posibilidad de no exigir los citados requisitos para la obtención de la beca, en atención a su tipología de discapacidad.

Para valorar dicha posibilidad debe tenerse en cuenta que la CDPD es parte de nuestro ordenamiento jurídico desde el 21 de abril de 2008.

La sentencia pone en relación el artículo relativo a discriminación, a ajustes razonables y el propio derecho a la educación:

La CDPD define la discriminación por motivos de discapacidad en su artículo 2, como *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el conocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo, incluidas todas las formas de discriminación, y entre ellas, la denegación de ajustes razonables”*.

En el mismo precepto, la CDPD considera ajustes razonables *“las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

Por su parte, el artículo 24 de la CDPD establece en su apartado primero que *“los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación, asegurando un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida; y en su apartado quinto, que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante*

toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con los demás, asegurando, a tales efectos, que se realicen ajustes razonables.”

Una vez definido el marco jurídico aplicable al caso de la CDPD, la sentencia explícita que, de conformidad con el artículo 96 de la CE, la CDPD sobre los derechos de las personas con discapacidad forma parte de nuestro ordenamiento interno, y que, en aplicación del artículo 10.2 los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la CE, deben interpretarse de acuerdo con la misma. Y para clarificar aún más su directa aplicación invoca el artículo 1.5 del Código Civil.

De acuerdo con lo anterior, los órganos judiciales pueden:

(...) inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad.

Por ello, es posible la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias previstas en los artículos 30 y 31.1 B) de la Orden de 17 de junio de 2005, puede considerarse un ajuste razonable que permite garantizar la no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior.

A continuación, la sentencia, tras afirmar la posibilidad de aplicar un ajuste razonable hace un análisis del tipo de discapacidad para valorar si por el tipo de discapacidad es pertinente.

La sentencia asume que, atendiendo a la tipología de la discapacidad, que es neurológica y que tiene como consecuencias fuertes dolores de cabeza casi diarios, a veces acompañados de sueño prolongado, le inhabilita para seguir el régimen académico ordinario, y consecuentemente, para cumplir los requisitos académicos exigidos al resto de los alumnos con carácter general para la obtención de la beca.

Por ello, estimó el recurso y el reconocimiento del derecho del recurrente a la obtención de la beca solicitada, así como a la restitución de las cantidades que, en su caso, hubiera abonado correspondientes a la referida beca.

III. Dependencia y protección social.

STS (3ª) de 2 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:5003)

Artículos CDPD:

Preámbulo apartado m), Valor de la participación de las personas con discapacidad;

Artículo 4.3, Obligaciones generales de los Estados;
Artículo 33.3, Aplicación y seguimientos nacionales.

Resumen

Esta sentencia analiza si, al amparo de la CDPD, el CERMI-CV (Asociación integrada por diversas asociaciones, federaciones y confederaciones que atienden a personas con discapacidad), debe integrar el Comité Consultivo Autónomo del Sistema Valenciano para la Autonomía y Atención a la Dependencia, creado por Decreto 38/2010 de 19 de febrero.

El comité se considera como un órgano de participación y colaboración entre las administraciones implicadas en la gestión del Sistema Valenciano para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

La sentencia resuelve desfavorablemente la pretensión del CERMI-CV al entender que no se ha vulnerado ningún precepto de la CDPD.

El Tribunal entiende que el artículo 4.3 de la CDPD establece un mandato de gestión o administración participativa, pero no la exigencia jurídica de un concreto sistema orgánico ni organizativo:

“El artículo 4.3 de la Convención, que se reputa infringido, ordena a los Estados firmantes que al elaborar normas y aplicarlas o cuando se apliquen políticas que hagan efectiva la Convención y en la adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, «celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad...a través de las organizaciones que las representan ». De tal norma se deduce un mandato de gestión o administración participativa, pero no la exigencia jurídica de un concreto sistema orgánico ni organizativo.”

Tampoco entiende infringido el artículo 33.3 de la CDPD porque si es lógico integrar a las organizaciones que representan a las personas con discapacidad en organismos nacionales para el seguimiento de la convención, estos no se identifican con el comité consultivo autónomo:

“El artículo 33.3 de la Convención, que también se reputa infringido, tiene su lógica en la integración de las organizaciones que representan a personas con discapacidad en los organismos nacionales creados expresamente para el seguimiento de la Convención, así como en los “mecanismos” independientes que se creen para « promover, proteger y supervisar la aplicación » de la Convención (artículo 33 1 y 2) organismos y mecanismos que no se identifican necesariamente con el Comité Consultivo, ni con el estatal ni con el autonómico”.

El Tribunal concluye que de los preceptos invocados no se deduce un contenido jurídicamente exigible en el sentido pretendido por la parte.

Pero además el Tribunal añade que, en todo caso, la entidad recurrente en el ámbito nacional no ha sido excluida de la participación institucional en materia de dependencia mediante su participación en dos órganos de los previstos en el artículo 41 de la Ley Estatal de Dependencia.

Finaliza el Tribunal señalando que España, como Estado firmante, ha asumido los mandatos de la convención en cuanto a la participación de aquellas entidades que representan a las personas con discapacidad.

Que la Comunidad Valenciana no haya creado órganos análogos a los del artículo 41 de la Ley Estatal de Dependencia no implica la ilegalidad del Decreto por no existir un mandato normativo que exija reproducir en el ámbito autonómico el sistema del artículo 41.

La Ley Estatal de dependencia no es una norma básica y no era obligada la creación de Comités Consultivos por parte de las Comunidades Autónomas.

STS (3ª) de 2 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4941)

Artículos CDPD:

Artículo 19, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad;

Artículo 22, Respeto de la privacidad.

Resumen.

Esta sentencia analiza la impugnación directa de una disposición reglamentaria, en concreto la Orden de 28 de septiembre de 2010 del departamento de Acción Social y Ciudadanía de Cataluña por el que se regulan las prestaciones de asistencia personal en esa comunidad.

La sentencia del TSJ de 15 de octubre de 2012 que ahora se impugna estima parcialmente el recurso contencioso administrativo promovido por la Asociación Oficina de Vida Independiente, anulando dos preceptos que excluían a ciertas categorías de personas de las prestaciones de asistencia por discapacidad.

La asociación recurrente impugna la sentencia en la medida que la sentencia considera ajustados a derecho los demás preceptos recurridos.

La sentencia, de la que es ponente el Excmo. Sr D. Luis Díez-Picazo Giménez, resuelve desfavorablemente la pretensión de la asociación al entender que la Orden impugnada no ha vulnerado ningún precepto de la CDPD y que la Orden es ajustada a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

El Tribunal entiende que la previsión contenida en el artículo 7 de la Orden por la que se impone a los beneficiarios de la asistencia que presenten un plan de actividades, en el que se definan las actividades más importantes a desarrollar, es ajustada a derecho ya que no vulnera el

artículo 22 de la CDPD al no suponer una intromisión ilegítima en la intimidad de la persona y tener cobertura legal en la Ley 39/2006:

“Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.”

Tampoco entiende el Tribunal contrario a la ley 39/2006 el artículo 10.2 de la Orden, que señala que el seguimiento del cumplimiento del objeto de la asistencia personal y del plan de actividades puede realizarse por entidad privada acreditada al ser esta uno de los principios inspiradores del sistema para la autonomía y atención a la dependencia.

El recurrente también impugna los artículos 13, 14 y 16 de la Orden, que establecen varias limitaciones de cuantía y tiempo a las prestaciones asistenciales; de la redacción del artículo 19 de la ley 39/2006, el Tribunal concluye que la cuantía y el tiempo de las prestaciones asistenciales no tienen que ser necesariamente ilimitados.

En relación al artículo 19 de la Orden, que vincula al crédito presupuestario las prestaciones de asistencia personal para personas con dependencia severa o moderada, el Tribunal afirma que la CDPD no exige a los Estados signatarios que adopten las medidas necesarias sin reparar en las consecuencias presupuestarias de los mismos.

“La invocación del art. 19 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es puramente retórica, ya que dicho artículo consagra el “derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad” en términos muy generales y, desde luego, no exige a los Estados signatarios que adopten las medidas necesarias sin reparar en las consecuencias presupuestarias de las mismas”.

Por último, en relación a la impugnación del artículo 21 de la Orden, que establece que no son tareas propias del asistente personal las actividades de limpieza en profundidad, mejora o mantenimiento del edificio, también es rechazada, señalando que el artículo 2.3 de la Ley 39/2006 define las actividades básicas de la vida diaria, no incluyendo las pretendidas por el recurrente.

STSJ Valencia (contencioso) 580/2014, de 15 de julio
(ECLI:ES:TSJCV:2014:5379)

Artículos CDPD:

Artículo 19, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Resumen.

Esta sentencia analiza la impugnación de la Orden 5/2011 de 6 de junio de 2011 de la Consejería de Bienestar Social de la Comunidad Valenciana por la que se modifica la Orden reguladora del acceso a las ayudas económicas del Programa de Atención a las Personas y a sus familias en el marco del sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia en la Comunidad Valenciana.

La sentencia que analizamos, de la que es ponente la Ilma. Sra. D^a. Rosario Vidal Mas, resuelve desfavorablemente la pretensión de la recurrente al entender que la Orden impugnada no ha vulnerado el artículo 19 de la CDPD y que la Orden es ajustada a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y a la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

El Tribunal entiende que la previsión contenida en el artículo 23.1.c de la Orden, que establece un tope máximo de 1300 euros al nivel adicional de protección a las personas beneficiarias de la prestación de asistencia personal con un grado de dedicación completa de más de 120 horas mensuales, al tratarse de un motivo de impugnación genérico es insuficiente para la anulación de un precepto por inexistencia de vulneración alguna; en concreto la sentencia señala:

“Pero estos argumentos sobre cuya base se fundamenta la impugnación de este precepto, sin cuestionar en absoluto los informes sobre los que se basa, no constituyen prueba suficiente en autos para la conclusión a la que, necesariamente, llega la parte, así, concluye que la asistencia de una persona dependiente supone, necesariamente, la cantidad que señala, sin tener en cuenta que, como la propia demanda reconoce, hablar de gran dependiente engloba una multiplicidad de casos singulares, por tanto, difícilmente reconducibles a asertos generales como los que lleva a cabo, sin tener en cuenta que estamos hablando de un nivel adicional de protección, que viene a unirse a los demás que se fijan, según hemos visto (exclusivamente estatal y mixto por convenio con la comunidad autónoma) y sin tener en cuenta que dichas cantidades -cuyas fuentes no se cuestionan- no se traducen tampoco en la cuantificación y distribución horaria que lleva a cabo, que adolece de los mismos defectos que la cantidad global en sí, ya apuntada”.

Previsión por la que se impone a los beneficiarios de la asistencia que presenten un plan de actividades, en el que se definan las actividades más importantes a desarrollar, la cual es ajustada a derecho ya que no vulnera el artículo 22 de la CDPD al no suponer una intromisión ilegítima en la intimidad de la persona y tener cobertura legal en la Ley 39/2006:

“Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente.”

Tampoco entiende el Tribunal contrario a la CDPD y a la Ley 39/2006 el artículo 15.d de la Orden que señala como uno de los requisitos acumulativos para la obtención de la prestación económica de asistencia personal que el programa individual de atención prescriba la idoneidad de esta prestación, frente a la argumentación del recurrente que no cabe elección alguna por la persona dependiente al ser la Administración quien determina la idoneidad de la prestación, pero el Tribunal señala que el programa individual de atención se realiza con la participación previa consulta y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representan.

El recurrente también impugna el artículo 16.1.h que exige como requisito de la persona encargada de la asistencia personal, entre los requisitos establecidos normativamente, el acreditar la titulación de atención sociosanitaria a personas en el domicilio de personas grandes dependientes. El Tribunal entiende que este requisito no vulnera ningún precepto de nuestra CE y señala como argumento para su desestimación:

“...lo que la Orden establece es una garantía de que aquello que se proporciona a las personas dependientes a las que se refiere, ofrece las garantías necesarias para llevar a cabo la tarea que se les encomienda”.

Por último, el recurrente impugna el artículo 14 de la Orden al no incluir entre las finalidades de la prestación económica de asistencia personal, las actividades de ámbito social y de ocio, pero es desestimado por el Tribunal al entender que excede del ámbito de las pretensiones de las partes establecidas en el artículo 31 de la Ley procesal.

STS (3ª) de 16 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6601)

Artículos CDPD:

Artículo 4, Obligaciones generales de los Estados;

Artículo 14, Libertad y seguridad de las personas;
Artículo 19, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Resumen

Esta sentencia analiza la impugnación del Decreto 15/2010 de 4 de febrero de 2011 del Consejo de la Junta de Galicia por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa Individual de Atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes.

La sentencia, de la que es ponente el Excmo. Sr D. Santiago Martínez-Vares García, resuelve desfavorablemente la pretensión de la recurrente (Junta de Galicia); en sus primeros fundamentos de derecho el Tribunal resume los criterios que sirvieron al TSJ de Galicia para estimar parcialmente la sentencia, desestimando la nulidad del artículo 37 y la disposición transitoria 9ª del Decreto, y declarando la nulidad del artículo 18 del mismo, en cuanto atribuye el régimen de silencio administrativo negativo al procedimiento de elaboración del programa individual de atención.

Concluye la sentencia del TSJ que el artículo 18 es contrario al ordenamiento jurídico en el aspecto en que abarca ese procedimiento para la elaboración del programa individual de atención. La falta de aprobación en plazo por parte de la Administración del programa individual de atención no debe privar al dependiente de todas las prestaciones y servicios que ya tiene reconocidos en la resolución de declaración de la situación de dependencia.

El TS, en la sentencia que ahora analizamos, desestima el recurso de la Junta de Galicia que impugna la sentencia de TSJ en relación al artículo 18 antes citado, que declara la nulidad de la disposición que atribuía el carácter negativo del silencio en el procedimiento para la elaboración del programa individual de atención.

El Tribunal fundamenta esta decisión señalando que el objeto del recurso contencioso no era otro que la impugnación del Decreto 15/2010; la cuestión debatida se encuentra regulada por normas autonómicas y, por lo tanto, la invocación de normas estatales no tiene eficacia cuando se hace con carácter meramente instrumental para eludir la prohibición de revisar la interpretación y aplicación que del ordenamiento jurídico autonómico efectúa la Sala sentenciadora del TSJ a la que corresponde en exclusiva hacerlo, interpretación que no puede ser revisada en casación.

En relación al artículo 37.2 del Decreto (no atribuye valor vinculante a la consulta de los interesados con relación a la identificación de los servicios o necesidades de atención que el mismo requiere en el ámbito

de la elaboración del programa individual de atención), el TSJ entiende que no vulnera la CDPD ya que ningún precepto exige que haya de ser vinculante; así, señala el Tribunal:

“Ninguno de los preceptos mencionados de la Convención de Nueva York de 2006 exige que haya de ser vinculante la consulta al interesado respecto a la elaboración del Programa Individual de Atención. Así, el único lugar del artículo 4 (rubricado “Obligaciones generales”) que se refiere a la consulta es su apartado 3, en el que se establece que “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”. Nada se dice en él en torno a que las consultas con las personas afectadas hayan de ser vinculantes.

Tampoco se impone la vinculación de la consulta en el artículo 14, rubricado “Libertad y seguridad de la persona”, pues dicho precepto se dedica al aseguramiento de que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad y que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad, dedicándose el apartado 2 al aseguramiento de las garantías procesales de los discapacitados, de modo que no se aborda en dicho precepto nada relacionado con lo que se alega.

Por su parte, el artículo 19 de la Convención, antes transcrito, solamente pretende asegurar, en su apartado a), que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, así como que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, pero de ahí no se desprende que haya de ser vinculante la consulta al interesado en la elaboración del Programa Individual de Atención”.

El TS confirma la desestimación de este motivo señalando que el Decreto no atribuye a la Administración la facultad de imponer a las personas dependientes el lugar de residencia, ni limitación alguna a su circulación por el territorio español, sino que, simplemente, prevé que al órgano de valoración le corresponde proponer la modalidad de intervención que sea más adecuada a la concreta situación de dependencia, de entre las prestaciones previstas en el catálogo para el grado reconocido, lo que en nada impide la renuncia de su disfrute, conforme la nota de voluntariedad que preside la promoción de la autonomía personal.

La sentencia también desestima la nulidad de la disposición transitoria novena, apartado 3, del citado Decreto, que establecía un tope máximo de 1300 euros como máxima asignación económica para la asistencia personal, señalando que la prestación de asistencia personal constituye una opción de política legislativa que no forma parte del control que la jurisdicción ejerce.

El Tribunal fundamenta esta decisión señalando que el objeto del recurso contencioso no era otro que la impugnación del Decreto 15/2010; la cuestión debatida se encuentra regulada por normas autonómicas y por lo tanto la invocación de normas estatales no tiene eficacia cuando se hace con carácter meramente instrumental para eludir la prohibición de revisar la interpretación y aplicación que del ordenamiento jurídico autonómico efectúe la Sala sentenciadora del TSJ a la que corresponde en exclusiva hacerlo, interpretación que no puede ser revisada en casación.

El TS desestima el recurso plantado, que argumentaba que no declarar nula la disposición transitoria novena del Decreto suponía una infracción del artículo 14 de la CE, al introducir un factor de limitación en cuanto al derecho a elegir lugar de residencia y en cuanto al ejercicio efectivo del derecho de la persona dependiente de disponer de medios de asistencia, al estar limitada la asistencia personal de 1300 euros, señalando el alto Tribunal que:

“Motivo que desestimamos, por cuanto el principio constitucional de igualdad veda la utilización de elementos de diferenciación ante situaciones esencialmente iguales sin justificación objetiva y razonable, pero de la interdicción de la discriminación no se desprende la identidad del coste de las distintas prestaciones, con muy distintos objeto y contenidos, como es la de atención residencial permanente, que ofrece un servicio continuado de carácter personal y sanitario en centro residencial, notoria, manifiesta y palmariamente más gravoso que la participación en la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, para facilitar al beneficiario una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria en su propio domicilio, de forma que el Decreto no incurre en discriminación al considerar de manera distintas aquellas dos situaciones diferentes, como tampoco por la mera discrepancia con la suficiencia de la retribución prevista del sistema de la asistencia personal, lo que sin embargo no hace arbitraria la decisión normativa finalmente adoptada”.

STSJ Galicia (contencioso) 586/2012, de 18 de abril
(ECLI:ES:TSJGAL:2012:3080)

Artículos CDPD:

Artículo 4, Obligaciones generales de los Estados;
Artículo 14, Libertad y seguridad de las personas;

Artículo 19, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Resumen

Esta sentencia analiza la impugnación del Decreto 15/2010 de 4 de febrero de 2011 del Consejo de la Junta de Galicia por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa Individual de Atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes.

La sentencia, de la que es ponente el Ilmo. Sr D. Fernando Seoane Pesqueira, resuelve estimando parcialmente la pretensión del recurrente, declarando la nulidad del artículo 18 del mismo, en cuanto atribuye el régimen de silencio administrativo negativo al procedimiento de elaboración del programa individual de atención y desestimando la petición de nulidad radical de los artículos 30, 37.2, 39.1 y disposición adicional 5ª

El Tribunal, en relación al artículo 30 del Decreto, desestima la pretensión del recurrente que entendía que este precepto vulneraría lo previsto en la disposición final 1ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, disposición que establece que la efectividad del derecho a las prestaciones de la Ley 39/2006 se ejercerá progresivamente de modo gradual y conforme a un calendario.

El recurrente entiende que con la redacción de aquel artículo 30 se pretende postergar el acceso al derecho hasta la aprobación del programa individual de atención, lo cual estima que supone un grave quebranto en las expectativas y derechos de los usuarios y una vulneración de la norma marco del sistema, que es jerárquicamente superior; añade que se vulneraría el artículo 57 de la Ley 30/1992, de modo que entiende que no puede establecerse una condición de efectividad de la resolución de reconocimiento sino sólo, en su caso, su demora hasta la aprobación del programa.

Señala el TSJ que si bien inicialmente el proyecto establecía que la efectividad del acceso al servicio y/o prestación económica del sistema determinados en la resolución quedaría condicionada a la aprobación del correspondiente programa individual de atención, la redacción final del Decreto lo corrige salvando la contradicción con el artículo 57 mencionado.

El Tribunal argumenta:

“no existe contradicción entre la actual redacción del artículo 30.2 del Decreto y el apartado 2 de la Disposición final 1ª de la Ley 39/2006, apartado 2, en su redacción inicial, puesto que el primero demora la efectividad

del acceso al servicio y/o prestaciones económicas, no el derecho mismo de acceso a los servicios y prestaciones correspondientes, que es a lo que se refiere la segunda”.

En relación al artículo 37.2 del Decreto (no atribuye valor vinculante a la consulta de los interesados con relación a la identificación de los servicios o necesidades de atención que el mismo requiere en el ámbito de la elaboración del programa individual de atención), el TSJ entiende que no vulnera la CDPD ya que ningún precepto exige que haya de ser vinculante la consulta al interesado; así señala el Tribunal:

“Ninguno de los preceptos mencionados de la Convención de Nueva York de 2006 exige que haya de ser vinculante la consulta al interesado respecto a la elaboración del Programa Individual de Atención. Así, el único lugar del artículo 4 (rubricado “Obligaciones generales”) que se refiere a la consulta es su apartado 3, en el que se establece que “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”. Nada se dice en él en torno a que las consultas con las personas afectadas hayan de ser vinculantes.

Tampoco se impone la vinculación de la consulta en el artículo 14, rubricado “Libertad y seguridad de la persona”, pues dicho precepto se dedica al aseguramiento de que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad y que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad, dedicándose el apartado 2 al aseguramiento de las garantías procesales de los discapacitados, de modo que no se aborda en dicho precepto nada relacionado con lo que se alega.

Por su parte, el artículo 19 de la Convención, antes transcrito, solamente pretende asegurar, en su apartado a), que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, así como que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, pero de ahí no se desprende que haya de ser vinculante la consulta al interesado en la elaboración del Programa Individual de Atención”.

En tercer lugar, en relación a la impugnación del artículo 39.1 del Decreto, que establecía una demora en el acceso al servicio injustificada

y contra ley, es desestimada por el Tribunal al entender que el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, ha suprimido el derecho a las prestaciones desde la solicitud; el Tribunal argumenta:

“En consecuencia, el derecho de acceso a las prestaciones correspondientes se generará a partir de la resolución en la que se reconozca la concreta prestación a percibir por la persona beneficiaria. No obstante, el derecho a percibir la prestación económica de dependencia que, en su caso, fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo de seis meses indicado sin que se hubiera notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación que corresponda percibir a la persona beneficiaria”.

Situación que ha determinado la modificación de la Disposición final primera de la Ley 39/2006, reconociendo el acceso a las prestaciones desde la fecha de resolución de reconocimiento o desde el día siguiente al cumplimiento del plazo de 6 meses sin resolver y notificar.

Desde el momento que la redacción actual del Decreto está acomodada a lo que dispone la ley estatal, el Tribunal concluye que no es posible estimar la pretensión.

En relación a la Disposición adicional 5ª, apartado 2 que regulaba la forma de pago de los atrasos devengados y que el recurrente consideraba injustificada, el TSJ la desestima entendiendo que con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2010, que incide en esta materia, ha desaparecido la previsión que contenía la Disposición 5ª, por lo que la impugnación carece de sentido.

Por último, concluye la sentencia del TSJ que el artículo 18 es contrario al ordenamiento jurídico en el aspecto en que abarca ese procedimiento para la elaboración del programa individual de atención. La falta de aprobación en plazo por parte de la Administración del programa individual de atención no debe privar al dependiente de todas las prestaciones y servicios que ya tiene reconocidos en la resolución de declaración de la situación de dependencia.

STSJ Galicia (contencioso) 1090/2011, de 26 de octubre
(ECLI:ES:TSJGAL:2011:7857)

Artículos CDPD:

Artículo 4, Obligaciones generales de los Estados;

Artículo 14, Libertad y seguridad de las personas;

Artículo 19, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Resumen

Esta sentencia analiza la impugnación del Decreto 15/2010 de 4 de febrero de 2011 del Consejo de la Junta de Galicia por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia, el procedimiento para la elaboración del Programa Individual de Atención y la organización y funcionamiento de los órganos técnicos competentes.

La sentencia, de la que es ponente el Ilmo Sr D. Fernando Seoane Pesqueira, resuelve estimando parcialmente la pretensión del recurrente, declarando la nulidad del artículo 18 del mismo, en cuanto atribuye el régimen de silencio administrativo negativo al procedimiento de elaboración del programa individual de atención y desestimando la petición de nulidad radical de los artículos 30, 37.2, 39.1, disposición adicional 5ª y disposición transitoria 9ª

Los recurrentes solicitan la nulidad del Decreto impugnado en base a que el Decreto fomenta el internamiento sistemático de ciudadanos con diversidad funcional en detrimento de la opción libre de vida independiente en su entorno y comunidad más cercana, vulnerando la CE, la Ley de dependencia y el artículo 19 de la CDPD.

El Tribunal, frente a este motivo que desestima, señala que la crítica que se realiza es más de conveniencia u oportunidad que de legalidad, extralimitándose esta argumentación al control de legalidad que puede realizar el Tribunal, destacando que el derecho a vivir de forma independiente que recoge el artículo 19 de la CDPD incluye asimismo el acceso a los servicios de asistencia residencial, y que con arreglo a los artículos 14,17 y 18 de la Ley 39/2006 la prestación por cuidado de familiares es excepcional, por lo que el espíritu y finalidad del Decreto es acorde con la Ley de Dependencia.

En relación a los efectos de silencio negativo el TSJ afirma que el artículo 18 del Decreto impugnado es contrario al ordenamiento jurídico en el aspecto en que abarca ese procedimiento para la elaboración del programa individual de atención. La falta de aprobación en plazo por parte de la Administración del programa individual de atención no debe privar al dependiente de todas las prestaciones y servicios que ya tiene reconocidos en la resolución de declaración de la situación de dependencia y ello debe ser así al no tener cobertura de una norma con rango de Ley.

En relación al artículo 37.2 del Decreto (precepto que no atribuye valor vinculante a la consulta de los interesados con relación a la identificación de los servicios o necesidades de atención que el mismo requiere en el ámbito de la elaboración del programa individual de atención), el TSJ entiende que no vulnera la CDPD ya que ningún precepto exige que haya de ser vinculante la consulta al interesado; así señala el Tribunal:

“Ninguno de los preceptos mencionados de la Convención de Nueva York de 2006 exige que haya de ser vinculante la consulta al interesado respecto a la elaboración del Programa Individual de Atención. Así, el único lugar del artículo 4 (rubricado “Obligaciones generales”) que se refiere a la consulta es su apartado 3, en el que se establece que “En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”. Nada se dice en él en torno a que las consultas con las personas afectadas hayan de ser vinculantes.

Tampoco se impone la vinculación de la consulta en el artículo 14, rubricado “Libertad y seguridad de la persona”, pues dicho precepto se dedica al aseguramiento de que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad y que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad, dedicándose el apartado 2 al aseguramiento de las garantías procesales de los discapacitados, de modo que no se aborda en dicho precepto nada relacionado con lo que se alega.

Por su parte, el artículo 19 de la Convención, antes transcrito, solamente pretende asegurar, en su apartado a), que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, así como que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, pero de ahí no se desprende que haya de ser vinculante la consulta al interesado en la elaboración del Programa Individual de Atención”.

La sentencia que ahora se recurre también desestima la pretensión de nulidad de la disposición transitoria novena, apartado 3, del citado Decreto que establecía un tope máximo de asignación económica para la asistencia personal y número de horas asignadas, señalando que la prestación de asistencia personal constituye una opción de política legislativa que no forma parte del control que la jurisdicción ejerce.

El TSJ desestima el recurso planteado en cuanto a la participación de los usuarios en el coste de servicios de asistencia personal (copago); el recurrente manifiesta que el Decreto no tiene en cuenta el concepto de mínimo vital personal que debería descontarse de la capacidad económica de la persona, pero el Tribunal señala que no existe precepto alguno que obligue a la administración a aplicar ese mínimo personal o familiar en el cómputo de gastos, siendo perfectamente válido el uso del IPREM.

El Tribunal, en relación al artículo 30 del Decreto relativo a la resolución del procedimiento de reconocimiento de situación de dependencia, al no argumentar nada la recurrente, no entra en su análisis.

En relación a la petición de nulidad del artículo 39 relativo a la efectividad de los servicios y/o libranzas, por vulnerar la disposición adicional 1ª de la Ley 39/2006, el TSJ considera que es más un deseo de política legislativa que una afirmación de ilegalidad.

Por último, en relación a la disposición adicional 5ª del Decreto impugnado, relativo al pago de los atrasos devengados a los beneficiarios entiende el recurrente que vulnera el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE, ya que la demora injustificada y su posible fraccionamiento es una singularidad que no se exige en otro tipo de prestaciones, argumento que no es acogido por el Tribunal, que señala:

“No merece acogerse esta última petición puesto que el término de comparación de otras prestaciones, como las mencionadas, es heterogéneo, en el sentido de que no se refiere a un caso igual ni puede impedir la previsión normativa de fraccionamiento del pago de los atrasos que ahora se establece”.

STS (3ª) de 18 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2744).

Artículos CDPD:

Artículo 1, Propósito;
Artículo 3, Principios generales;
Artículo 4, Obligaciones generales;
Artículo 5, Igualdad y no discriminación;
Artículo 8, Toma de conciencia;
Artículo 14, Libertad y seguridad de las personas;
Artículo 18, Libertad de desplazamiento y nacionalidad;
Artículo 19, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Resumen

Esta sentencia analiza la impugnación del Real Decreto 374/2010 de 26 de marzo, sobre las prestaciones económicas de la ley 39/2006 de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de dependencia para el ejercicio 2010.

La sentencia, de la que es ponente la Excm. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo, resuelve el recurso desestimando el recurso con imposición de costas por temeridad.

Si bien el recurso aduce que el Real decreto infringe la Ley 39/2006, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, el Real Decreto 1/1995, de 24 de marzo por el que se aprueba el

Estatuto de los trabajadores, el Real Decreto 615/2017, de 11 de mayo por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, la CE y los artículos 1,3,4,5,8,14,18 y 19 de la CDPD, el TS desestima el recurso estableciendo que cualquier alegato de nulidad ha de justificar cuál es la norma infringida, dado el control de legalidad y no de oportunidad del Tribunal; el TS señala:

“...no basta con lanzar al Tribunal que una norma reglamentaria quebranta un conjunto de preceptos legales de todo tipo, sino que es preciso argumentar esa contravención a fin de mostrar la infracción que se aduce. En caso contrario no es factible controlar si el reglamento respeta o no la Ley que desarrolla o en la que se ampara”.

STSJ La Rioja (contencioso) 212/2012, de 20 de junio
(ECLI:ES:TSJLR:2012:465)

Artículos CDPD:

No se especifica artículo concreto, si bien subyace la aplicación del concepto “ajustes razonables” recogido en el art. 2, Definiciones.

Resumen

Esta sentencia analiza la impugnación de la resolución de la Consejería de Salud y Servicios Sociales por la que se extingue el pago de la prestación para servicios de autonomía personal y dependencia en base a la renuncia a la plaza pública concedida.

La administración mediante comunicación a la interesada indicó que, a la vista del informe médico, se encontraba la recurrente en situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, lo que implicaba la necesidad de autorización judicial previo al ingreso.

El Tribunal, cuyo ponente es el Ilmo. Sr D. Luis Antonio Loma-Osorio Faurie, estima la demanda en base a los siguientes criterios:

El Decreto 18/2011, de 11 de marzo, por el que se regula el sistema de acceso al servicio público de atención residencial y al servicio público de estancias temporales residenciales para personas mayores grandes dependientes y dependientes severos del sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia, establece la necesidad de solicitud y documentación.

La Orden 10/2001, de 31 de julio de 2001, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales, por la que se establece el sistema de ingreso en las Residencias de Personas Mayores propias y concertadas en la Comunidad Autónoma de La Rioja establece que cuando del Informe Médico se deduzca una situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, de conformidad con los artículos 763 y 756, respectivamente, de la LEC, se le requerirá a el/la solicitante para que presente ante el Juzgado de 1ª

Instancia, solicitud de autorización judicial para ingreso en residencia, así como declaración de incapacidad.

La administración rechaza la solicitud del interesado por no aportar fotocopia de incapacitación y nombramiento de tutor, pese a que la administración fue avisada que el procedimiento estaba en trámite.

El Tribunal rechaza el planteamiento de la administración, que argumentaba que quien insta el procedimiento de incapacitación puede al propio tiempo solicitar medidas cautelares, pero en este caso concreto la incapacitación fue instada por el Ministerio Fiscal y nadie advirtió a los interesados la posibilidad de instar medidas cautelares, y concluye diciendo:

“Pues bien, si la aceptación de la plaza iba a suponer el ingreso en la residencia de D^ª. María Dolores, con el efecto que este ingreso puede suponer, y ya la Administración había advertido, dada la situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, que era necesaria autorización judicial previa al ingreso y que existía una posible causa de incapacitación, la actuación ajustada a derecho era o bien esperar a la aportación de la resolución judicial que había sido requerida, una vez se hubiera dictado (artículo 7.2 de la Orden 10/2001), o bien indicar la posibilidad de solicitar medidas cautelares respecto de D^ª. María Dolores, indicando cuáles”.

Al no haber actuado así la Administración, el Tribunal estima el recurso y señala que la resolución administrativa impugnada es contraria a derecho y por ello debe ser anulada, disponiendo la retroacción de las actuaciones al efecto de que pueda procederse por el tutor a la aportación de todos los documentos requeridos para poder acceder a la plaza ofertada a la interesada y, en función de su decisión, resolver la extinción o no de la prestación económica vinculada al servicio.

STSJ La Rioja (contencioso) 209/2012, de 18 de junio
(ECLI:ES:TSJLR:2012:464)

Artículos CDPD:

No se especifica artículo concreto, si bien subyace la aplicación del concepto “ajustes razonables” recogido en el art. 2, Definiciones.

Resumen

Esta sentencia analiza la impugnación de la resolución de la Dirección General De Atención a la Dependencia y Prestaciones Sociales por la que se resuelve aceptar la renuncia de la plaza concedida en residencia especializada de Alzheimer y otras demencias de origen neurovegetativo, por haber transcurrido el plazo de 10 días sin haber presentado la aceptación expresa a la misma.

La administración mediante comunicación a la interesada indicó que, a la vista del informe médico, se encontraba la recurrente en situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, lo que implicaba la necesidad de autorización judicial previa al ingreso.

El Tribunal, cuyo ponente es el Ilmo. Sr D. Luis Antonio Loma-Osorio Faurie, estima la demanda en base a los argumentos señalados en un caso similar en la sentencia de esta misma sala número 122/2012, de 12 de abril (Rec 336/2011), cuyo ponente es el Ilmo Dr. D. Alejandro Valentín Sastre, que establece los siguientes criterios:

El Decreto 18/2011, de 11 de marzo, por el que se regula el sistema de acceso al servicio público de atención residencial y al servicio público de estancias temporales residenciales para personas mayores grandes dependientes y dependientes severos del sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia, establece la necesidad de solicitud y documentación.

La Orden 10/2001, de 31 de julio de 2001, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales, por la que se establece el sistema de ingreso en las Residencias de Personas Mayores propias y concertadas en la Comunidad Autónoma de La Rioja establece que cuando del Informe Médico se deduzca una situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, de conformidad con los artículos 763 y 756, respectivamente, de la LEC, se le requerirá a el/la solicitante para que presente ante el Juzgado de 1ª Instancia, solicitud de autorización judicial para ingreso en residencia, así como declaración de incapacidad.

La administración rechaza la solicitud del interesado por no aportar fotocopia de incapacitación y nombramiento de tutor, pese a que la administración fue avisada que el procedimiento estaba en trámite y aceptación expresa.

La administración señala que el marido de la interesada tenía la condición de guardador de hecho, entendiéndose que uno de los efectos importantes de la guarda de hecho es que si ésta se ejerce correctamente no se produciría la tutela legal del artículo 239.3 del Código Civil. Si el presunto incapaz es atendido por un guardador de hecho que atienda correctamente al mismo, no puede considerarse que exista desamparo ya que faltaría el elemento objetivo de la situación de desamparo.

El Tribunal rechaza el planteamiento de la administración que argumentaba que quien insta el procedimiento de incapacitación, puede al propio tiempo solicitar medidas cautelares, pero en este caso concreto la incapacitación fue instada por el Ministerio Fiscal y nadie advirtió a los interesados la posibilidad de instar medidas cautelares, y concluye diciendo:

“Pues bien, si la aceptación de la plaza iba a suponer el ingreso en la residencia de D^a., con el efecto que este ingreso puede suponer, y ya la Administración había advertido, dada la situación de grave deterioro de sus

capacidades psíquicas, que era necesaria autorización judicial previa al ingreso y que existía una posible causa de incapacitación, la actuación ajustada a derecho era o bien esperar a la aportación de la resolución judicial que había sido requerida, una vez se hubiera dictado (artículo 7.2 de la Orden 10/2001), o bien indicar la posibilidad de solicitar medidas cautelares respecto de D^a, indicando cuáles”.

Al no haber actuado así la Administración, el Tribunal estima el recurso y señala que la resolución administrativa impugnada es contraria a derecho y por ello debe ser anulada, disponiendo la retroacción de las actuaciones al efecto de que pueda procederse por el tutor a la aportación de todos los documentos requeridos para poder acceder a la plaza ofertada a la interesada.

STSJ La Rioja (contencioso) 122/2012, de 12 de abril
(ECLI:ES:TSJLR:2012:231)

Artículos CDPD:

No se especifica artículo concreto, si bien subyace la aplicación del concepto “ajustes razonables” recogido en el art. 2, Definiciones.

Resumen

Esta sentencia analiza la impugnación de la resolución de la Dirección General De Atención a la Dependencia y Prestaciones Sociales por la que se resuelve aceptar la renuncia de la plaza concedida en residencia especializada de Alzheimer y otras demencias de origen neurovegetativo, por haber transcurrido el plazo de 10 días sin haber presentado la aceptación expresa a la misma.

La administración, mediante comunicación a la interesada, indicó que, a la vista del informe médico, se encontraba la recurrente en situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, lo que implicaba la necesidad de autorización judicial previa al ingreso.

El Tribunal, cuyo ponente es el Ilmo. Sr D. Alejandro Valentín Sastre, estima la demanda en base a los siguientes criterios:

El Decreto 18/2011, de 11 de marzo, por el que se regula el sistema de acceso al servicio público de atención residencial y al servicio público de estancias temporales residenciales para personas mayores grandes dependientes y dependientes severos del sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia, establece la necesidad de solicitud y documentación.

La Orden 10/2001, de 31 de julio de 2001, de la Consejería de Salud y Servicios Sociales, por la que se establece el sistema de ingreso en las Residencias de Personas Mayores propias y concertadas en la Comunidad Autónoma de La Rioja establece que cuando del Informe Médico se de-

duzca una situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, de conformidad con los artículos 763 y 756, respectivamente, de la LEC, se le requerirá a el/la solicitante para que presente ante el Juzgado de 1ª Instancia solicitud de autorización judicial para ingreso en residencia, así como declaración de incapacidad.

La administración rechaza la solicitud del interesado por no aportar fotocopia de incapacitación y nombramiento de tutor, pese a que la administración fue avisada que el procedimiento estaba en trámite y aceptación expresa.

El TSJ rechaza el planteamiento de la administración, que argumentaba que quien insta el procedimiento de incapacitación, puede al propio tiempo solicitar medidas cautelares, pero en este caso concreto la incapacitación fue instada por el Ministerio Fiscal y nadie advirtió a los interesados la posibilidad de instar medidas cautelares, y concluye diciendo:

“Pues bien, si la aceptación de la plaza iba a suponer el ingreso en la residencia de D^a., con el efecto que este ingreso puede suponer, y ya la Administración había advertido, dada la situación de grave deterioro de sus capacidades psíquicas, que era necesaria autorización judicial previa al ingreso y que existía una posible causa de incapacitación, la actuación ajustada a derecho era o bien esperar a la aportación de la resolución judicial que había sido requerida, una vez se hubiera dictado (artículo 7.2 de la Orden 10/2001), o bien indicar la posibilidad de solicitar medidas cautelares respecto de D^a., indicando cuáles”.

Al no haber actuado así la Administración, el Tribunal estima el recurso y señala que la resolución administrativa impugnada es contraria a derecho y por ello debe ser anulada, disponiendo la retroacción de las actuaciones al efecto de que pueda procederse por el tutor a la aportación de todos los documentos requeridos para poder acceder a la plaza ofertada a la interesada.

IV. NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA

STS (3ª) de 9 de octubre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4100)

Voto particular de 19 de noviembre de 2013 de la SAN de 12 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:AN:2013:4767), casada y anulada por la STS de 9 de octubre de 2015.

Artículos CDPD:

Artículo 2, Definiciones (“ajustes razonables”);

Artículo 5, Igualdad y no discriminación;

Artículo 18, Libertad de desplazamiento y nacionalidad.

Resumen

La STS de 9 de octubre de 2015 constituye un excelente ejemplo de la aplicación de la CDPD realizada en el orden contencioso-administrativo.

El supuesto de hecho que es motivo de controversia se refiere a una solicitud de concesión de la nacionalidad española por residencia realizada por una persona con discapacidad psíquica.

Hay que recordar que la regulación del Código Civil exige para este supuesto de la concesión de la nacionalidad española que la residencia en territorio español sea legal, continuada y durante un período de tiempo determinado, que varía según cuál sea la nacionalidad del solicitante, estableciéndose un período breve de dos años para los nacionales de origen de países iberoamericanos.

Además del plazo de residencia, otros dos requisitos esenciales son que el solicitante acredite buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

En el caso que es tratado por esta sentencia se denegó en sede administrativa la solicitud de nacionalidad española por residencia por entenderse que no concurría el requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, establecido por el artículo 22.4 del Código Civil. Así lo determinó la resolución de 10 de abril de 2012, dictada por la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) por delegación del Ministro de Justicia, contra la que se interpuso el correspondiente recurso contencioso-administrativo.

En cuanto al cumplimiento del requisito del suficiente grado de integración en la sociedad española, la normativa vigente en el momento de dictarse la resolución denegatoria estipulaba que la apreciación de este requisito fuera discrecionalmente apreciada, en base fundamentalmente a la audiencia y entrevista realizada por el Juez encargado del Registro Civil, en presencia del Ministerio Fiscal, lo que, dicho sea de paso, ha conllevado en la práctica una gran disparidad de criterios según cuál fuera el grado de exigencia determinado en cada supuesto por la autoridad judicial.

En el expediente concreto que nos ocupa, resuelto negativamente por el órgano competente del Ministro de Justicia (la DGRN), fue decisivo en este sentido el informe desfavorable del Juez encargado, resultando ser el promotor del expediente una persona con discapacidad psíquica (por tratamiento esquizoide), si bien no incapacitada judicialmente.

En una primera audiencia el Juez concluyó que la persona, dada de alta en un taller ocupacional de manualidades, hablaba correctamente el castellano y que quería ser española, si bien dio por finalizada la entrevista ante la imposibilidad de seguir manteniendo una conversación con la misma, dado que no contestó a la pregunta de si ratificaba su voluntad de residir permanentemente en España, y se negó a contestar a la pregun-

ta de en qué había trabajado y si estaba efectivamente en un taller ocupacional.

En una nueva audiencia reservada del solicitante con el Juez encargado del Registro Civil, fue levantada acta desfavorable por resultar que el promotor ignoraba si él mismo había solicitado la nacionalidad española, donde residía y si residía legalmente en España, además de desconocer la capital de España y el concepto de mayoría de edad, de leer con dificultad y no poder escribir. El Juez dio por terminada la audiencia resolviendo ser imposible practicar la audiencia interesada debido a la discapacidad que padecía el promotor, al haber comprobado, en definitiva, que éste no entendía lo que se le preguntaba, ya que contestaba con monosílabos y se extrañaba de las preguntas que se le formulaban.

Frente a la resolución de la DGRN se interpuso demanda, en la que se alegaba que la discapacidad psíquica no podía ser tenida en cuenta para discriminar al recurrente sino que, al contrario, era una dificultad que debía ser considerada para ponderar el grado de integración del actor, a quien negarle la nacionalidad solicitada supondría una vulneración de derechos fundamentales.

La Sala de lo Contencioso de la AN dictó sentencia de 12 de noviembre de 2013 en sentido desfavorable a la demanda, confirmando la resolución denegatoria de la Administración.

Parte esta sentencia de la AN de que el suficiente grado de integración en la sociedad española es un concepto jurídico indeterminado, que precisa de la concreción adecuada a las circunstancias concurrentes en cada caso, razonando que si una resolución administrativa denegase la nacionalidad española a una persona con una determinada minusvalía psíquica solo por el hecho de que en la misma concurriera tal circunstancia personal, ésta sería nula de pleno derecho, por vulnerar el principio de igualdad y no discriminación del artículo 14 CE; para colegir, “a sensu contrario”, que en el caso debatido, llegar también al extremo de exigir menos requisitos de integración dada la minusvalía psíquica del solicitante supondría, en definitiva, una forma de discriminación positiva no prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

La sentencia de la AN, aun ponderando las circunstancias personales del actor, entendió que su incapacidad para comunicarse por medios escritos en el idioma español, y el desconocimiento de datos elementales de nuestro país y de su sociedad, ponían de manifiesto un insuficiente grado de integración del demandante en la sociedad española.

Pese al tenor del fallo de la AN, merece ser destacado el estupendo voto particular formulado el 19 de noviembre de 2013 por los magistrados José Luis Terrero Chacón e Isabel García Blanco, que difiere totalmente de lo acordado por el Pleno.

En este voto particular se pone énfasis en que los parámetros sobre los que debe apreciarse la suficiencia de la integración del extranjero

deben ajustarse y ponderarse en este caso con el hecho de la discapacidad psíquica que padece el peticionario.

Así, entienden los Magistrados disidentes que, si hubiera de afirmarse la falta de integración del recurrente, no podría serlo con base a los conocimientos aun generales que por su parte se tuvieran de la estructura política e institucional, de la geografía y de la historia de nuestro país, toda vez además que en la primera audiencia ante el Juez encargado del Registro Civil el recurrente se había expresado correctamente en castellano y había manifestado que quería ser español.

Además, en este voto particular se razona que el hecho de que en ulterior audiencia el peticionario se negara a contestar más preguntas es una actitud comprensible en función de su patología caracterizada por su aislamiento social, entendiéndose ser hechos reveladores de la integración el hecho de asistir a un taller ocupacional polivalente y el factor de que la madre del recurrente ya hubiera adquirido la nacionalidad española. En definitiva, atendiendo también a la situación de dependencia del recurrente, se entiende por los Magistrados discrepantes que el grado de integración en la sociedad española no sería mucho mayor si se tratara de un ciudadano español que padeciera su misma discapacidad.

Entresacamos dos párrafos interesantes de este voto particular:

“Lo que se sostiene en este voto particular es que los parámetros sobre los que se aprecia la suficiencia en la integración del extranjero que solicita la nacionalidad española deben ajustarse y ponderarse al caso.

Conviene en este sentido recordar que el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 -Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado con fecha 21 de abril de 2008- considera discriminación cualquier distinción, exclusión o restricciones por motivos de discapacidad que tengan el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo, incluidas todas las formas de discriminación, y entre ellas, la denegación de ajustes razonables, entendiéndose por ajustes razonables las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o el ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. El artículo 5 del mismo Convenio impone a los estados partes, a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, el establecimiento de todas las medidas pertinentes para la realización de ajustes razonables. Y el artículo

18.1 a) del tan citado Convenio, recoge entre los derechos objeto de protección el de adquirir o cambiar de nacionalidad”.

Frente a la sentencia de la AN de 12 de noviembre de 2013 se interpuso recurso de casación, dictándose por la Sala de lo Contencioso del TS la sentencia de 9 de octubre de 2015 (de la que fue ponente la magistrada Margarita Robles Fernández), que casa la sentencia recurrida acordando finalmente la procedencia de la concesión de la nacionalidad española.

Esta excelente resolución judicial entiende que en el caso debatido las preguntas efectuadas por el Encargado del Registro Civil al solicitante de la nacionalidad española estaban alejadas de sus posibilidades intelectuales y cognitivas, y que no se han valorado suficientemente los esfuerzos de integración que se manifiestan en el hecho de acudir a un taller del programa ocupacional establecido por la Administración.

Se establece en la sentencia que la exigencia de integración social ha de ser lógica, adecuada y proporcional a la discapacidad del sujeto, ya que en caso contrario se estaría produciendo una flagrante discriminación del actor, vulneradora de los preceptos constitucionales y de las normas internacionales:

“Para el actor esa integración social, que exige tener en cuenta de forma individualizada las circunstancias personales en él concurrentes, debería apreciarse a la luz de esas limitaciones psíquicas, que se tienen por probadas, ya que de no hacerse así y tenerse en cuenta parámetros exigibles a personas sin tal discapacidad, se estaría produciendo una discriminación que vulneraría lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad y de los arts. 2, 5.3 y 18.1.a) de Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad”

En efecto, la sentencia que estamos analizando constituye un excelente ejemplo de la aplicación de los preceptos de la CDPD, que recoge entre los derechos objeto de protección el de “adquirir o cambiar de nacionalidad” (art. 18.1 a). La doctrina jurisprudencial dimanante de esta resolución recoge magníficamente conceptos capitales del Tratado de Nueva York, tales como el de “ajustes razonables” o el de “no discriminación” (arts. 2 y 5), aplicados al concreto derecho a adquirir una nacionalidad, entendiendo que la denegación de ajustes razonables a la persona con discapacidad en el presente caso supondría una clara discriminación, al obstaculizar e imposibilitar el legítimo ejercicio de aquel derecho.

En la misma línea argumental que utiliza la jurisprudencia que acabamos de analizar, la Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España (BOE número 151, de 25 de junio de 2015), incluye la Disposición Adicional duodécima en la LDPD, con el siguiente tenor literal:

“Las personas con discapacidad accederán en condiciones de igualdad a la nacionalidad española. Será nula cualquier norma que provoque la discriminación, directa o indirecta, en el acceso de las personas a la nacionalidad por residencia por razón de su discapacidad. En los procedimientos de adquisición de la nacionalidad española, las personas con discapacidad que lo precisen dispondrán de los apoyos y de los ajustes razonables que permitan el ejercicio efectivo de esta garantía de igualdad”.

Del mismo modo, prácticamente coetánea a la resolución judicial estudiada, la Disposición Final séptima de la Ley 19/2015, de 13 de julio de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015), introduce una nueva regulación de la acreditación del requisito de integración en la sociedad española para adquirir la nacionalidad por residencia, que trata de eliminar la discrecionalidad en esta materia, disponiendo que:

“Disposición final séptima. Procedimiento para la obtención de la nacionalidad española por residencia.

1. El procedimiento para la concesión de la nacionalidad española por residencia se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, por lo previsto en esta disposición y en el reglamento que la desarrolle. En este reglamento se incluirán las especialidades propias del procedimiento para el personal al servicio de las Fuerzas Armadas.

2. La tramitación del procedimiento tendrá carácter electrónico y su instrucción corresponderá a la Dirección General de los Registros y el Notariado. Todas las comunicaciones relativas a este procedimiento se efectuarán electrónicamente.

3. El cumplimiento de los requisitos exigidos por el Código Civil para la obtención de la nacionalidad española por residencia deberá acreditarse mediante los documentos y demás pruebas previstas en la ley y reglamentariamente.

La acreditación del suficiente grado de integración en la sociedad española requerirá la superación de dos pruebas.

La primera prueba acreditará un conocimiento básico de la lengua española, nivel A2 o superior, del Marco Común Europeo de Referencia para las lenguas del Consejo de Europa, mediante la superación de un examen para la obtención de un diploma español como lengua extranjera DELE de nivel A2 o superior. Los solicitantes nacionales de países o territorios en que el español sea el idioma oficial estarán exentos de esta prueba.

En la segunda prueba se valorará el conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural españolas.

Dichas pruebas serán diseñadas y administradas por el Instituto Cervantes en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Estarán exentos de la superación de las pruebas mencionadas los menores de dieciocho años y las personas con capacidad modificada judicialmente.

4. El procedimiento al que se refiere este artículo estará sujeto al pago de una tasa de 100 euros. Constituye el hecho imponible de la tasa la solicitud de iniciación del procedimiento para obtener la nacionalidad española por residencia y estará sujeto a ella el interesado, sin perjuicio de que pueda actuar por representación y con independencia del resultado del procedimiento. La gestión de la tasa corresponderá al Ministerio de Justicia, que regulará cómo ha de efectuarse el pago de la misma”.

En conclusión, tanto la Justicia como el legislador españoles demuestran aquí una completa armonía y sensibilización de acuerdo con los parámetros de la Convención, en la línea que obliga a los Estados Partes a establecer todas las medidas pertinentes para la realización de ajustes razonables, con el fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación.

STSJ País Vasco (contencioso) 550/2014, de 14 de octubre
(ECLI:ES:TSJPV:2014:3020)

Artículos CDPD:

Artículo 2, Definiciones (“ajustes razonables”, “discriminación por motivos de discapacidad”);

Artículo 5, Igualdad y no discriminación;

Artículo 18, Libertad de desplazamiento y nacionalidad.

Resumen

Esta sentencia viene a aplicar muy atinadamente, una vez más, el concepto de “ajustes razonables” de los arts. 2 y 5.3 del Tratado, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a la libertad para elegir su residencia, que se contempla en el art. 18 del mismo.

La sentencia resuelve favorablemente la renovación de la autorización de residencia temporal de una persona con un grado de discapacidad del 80% (como consecuencia de padecer una enfermedad cerebral), que se hallaba además en situación de dependencia y cuyos recursos económicos eran exclusivamente los ingresos percibidos del sistema de asistencia social.

Las resoluciones administrativas habían denegado la solicitud de renovación. Igualmente, el JCA que decidió el recurso interpuesto contra aquellas resoluciones se pronunció en contra de las pretensiones del interesado, quien recurrió en apelación ante el TSJ.

La sentencia del TSJ del País Vasco que ahora comentamos, de la que fue ponente el magistrado Rafael Villafañez Gallego, señala la incorrecta aplicación por parte del Tribunal de instancia de la normativa que regula la renovación de las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar, siendo sin embargo el precepto aplicable el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, aprobado por Real Decreto 2393/2004, al tratarse de un supuesto específicamente de renovación de autorización de residencia temporal.

Aunque esta última disposición reglamentaria exija en su art. 37.2 que el solicitante acredite gozar de recursos económicos o medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención, aun sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral, el TSJ valora que, si bien la recurrente está en principio en edad laboral, lo cierto es que dicha aptitud para el trabajo aparece contrarrestada por su situación de dependencia y su gravísima discapacidad, de manera que no puede rechazarse como demostrativo de una deficiente integración social el hecho de que el origen exclusivo de los recursos familiares sean las ayudas sociales del sistema de dependencia.

La sentencia recuerda como determinante para la resolución del caso la sentencia del TC 77/2014, de 22 de mayo de 2014, que establece que en la aplicación de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, y desde la perspectiva del art.10.2 de la CE (interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales de conformidad con los acuerdos internacionales ratificados por España), cobra una especial relevancia la CDPD, cuyo art.2 prohíbe toda forma de discriminación de estas personas, entre ellas “la denegación de ajustes razonables”. Concluye de esta manera la sentencia:

“Teniendo en cuenta todos estos elementos, debemos concluir que la valoración equilibrada y razonable de todos los intereses en juego, utilizando la expresión de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 6 de diciembre de 2012 (asuntos acumulados C-356/11 y C-357/11, O., S. y Maahanmuuttovirasto y Maahanmuuttovirasto y L., apartado 81), supone reconocer el derecho de la recurrente a obtener la renovación de la autorización de residencia temporal. En atención a las circunstancias concurrentes y valorando especialmente la situación de grave discapacidad que afecta a la solicitante, no cabe afirmar que carezca de recursos económicos o medios de vida suficientes.

Procede, por tanto, revocar la sentencia de instancia...”

V. VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL

STSJ Galicia (contencioso) 787/2014, de 16 de octubre
(ECLI:ES:TSJGAL:2014:7940)

Artículos CDPD:

Artículo 2, Definiciones (“ajustes razonables”);

Artículo 3, Principios generales (“accesibilidad”);

Artículo 9, Accesibilidad;

Artículo 19, Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad;

Artículo 28, Nivel de vida adecuado y protección social (2.d): obligación de los Estados Partes de “asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública”).

Resumen

La controversia resuelta por esta sentencia tiene su origen en la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2011, dictada por el Jefe territorial de A Coruña de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras de la Xunta de Galicia, por la que se desestimó una solicitud de desclasificación de vivienda de protección oficial de promoción pública, formulada por una persona cuyo cónyuge conviviente tenía oficialmente reconocida un grado de minusvalía del 85% de carácter físico y psíquico, con necesidad de asistencia de tercera persona y dificultades de movilidad.

La resolución administrativa recurrida se basó en la aplicación de la dicción literal del art. 5.3 del Decreto número 253/07, de 13 de diciembre, de Régimen jurídico del suelo y de las edificaciones promovidas por el Instituto Gallego de Vivienda y Suelo, que prescribe que las viviendas de promoción pública no podrán ser objeto de desclasificación voluntaria en ningún caso.

El Alto Tribunal gallego revoca la anterior resolución administrativa denegatoria de la desclasificación voluntaria de la vivienda al entender que se apoya en una prohibición reglamentaria que debe entenderse superada en base a la aplicación de normas legales de rango superior (no solo referentes al derecho de la discapacidad, sino también a preceptos fundamentales del ordenamiento jurídico administrativo), y en cuanto que carece de la necesaria motivación al no haberse tenido en cuenta las necesidades excepcionales formuladas y razonadas por la parte recurrente, que habrían exigido por parte de la Administración autonómica la atenuación del rigor del precepto aplicado, habida cuenta de la situación de grave discapacidad del cónyuge de la recurrente.

En este sentido, la sentencia comentada comienza sus razonamientos jurídicos de la siguiente manera:

*“La presente controversia jurisdiccional contencioso-administrativa se reduce pues ahora a determinar si aquella mencionada Resolución denegatoria de aquella solicitud desclasificatoria de dicha vivienda adscrita al régimen de protección oficial resulta o no plausible y si su motivación denegatoria resulta desproporcionada por maximalista, sin perjuicio de la actual vigencia de criterios jurídicos por completo vinculantes para dicha Administración autonómica introductores de pautas de alternatividad normativa respecto a aquella solicitud “exparte” formulada e inherentes inclusive y en su caso a la efectiva **remoción de las barreras de accesibilidad** que otrora pudiesen justificar dicha petición, bajo aquel criterio en su caso e “in situ” aplicable de un **ajuste razonable al respecto**”.*

Y concluye en la estimación parcial del recurso al entender la decisión de la Administración gallega como discrecional, por fundarse en un maximalismo denegatorio que no ha tenido en cuenta la patente y severa discapacidad físico-psíquica de la persona, que la hacía merecedora titular de derechos respecto a la remoción de barreras físicas impeditivas de la general accesibilidad de los inmuebles y viviendas ante esta tesitura, de acuerdo con la LDPD.

Sin embargo, pese a la revocación del acto recurrido, la sentencia termina decretando la retroacción procedimental y la ulterior adopción de una nueva resolución administrativa sobre el particular, al entender que nada consta en autos ni, desde luego, ningún acervo probatorio aportado por la interesada, que permita comprobar la efectiva existencia de barreras arquitectónicas impeditivas de la normal deambulación y acceso de su cónyuge discapacitado, que justificarían a la postre la definitiva desclasificación de la vivienda.

Para finalizar, es interesante destacar el voto particular del magistrado José Manuel Ramírez Sineiro, que sin perjuicio de suscribir el fallo parcialmente estimatorio contenido en la resolución judicial, va más allá de ella en el sentido de que, a su juicio, debería haberse también jurisdiccionalmente adoptado una expresa declaración de ilegalidad del art. 5.3 del citado Decreto gallego núm. 253/07, de 13 de diciembre, sobre el que se apoyó la resolución administrativa anulada.

La formulación contenida en este voto particular parte de la consideración de que tanto en el ámbito de las Administraciones Públicas como en el de la Administración de Justicia resultan plausibles la adopción de medidas positivas de tal calibre, tomando en consideración las prescripciones contenidas en la CDPD referentes a la accesibilidad edificatoria y a la posibilidad de “ajustes razonables” consistentes en la remoción de barreras arquitectónicas favorecedoras de la movilidad de las personas con discapacidad.

Se transcriben estos fundamentos jurídicos ilustrativos del citado voto particular:

“7.- Semejante criterio del ajuste razonable de las eventuales barreras de accesibilidad edificatoria se asume en nuestra Normativa inclusive a raíz de la modificada pero vigente redacción del Art. 10,1 b) y c) de la Ley núm.49/60, de 21 de junio, sobre propiedad horizontal, en obligada ejecución normativa en suma de las prescripciones al respecto adoptadas tanto por la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad como por su Protocolo facultativo, aprobados en fecha 13 de Diciembre del 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (O.N.U.), ratificados posteriormente por España mediante su correspondiente Instrumento de Ratificación en fecha 21 de abril del 2008 y aquí vigente por ende a partir de aquel ulterior día 3 de Mayo del 2008.

8.- Semejantes Convenciones internacionales y, a la postre, aquellos otros Arts. 2 a); g) y m); 3 h); 4,1 y 2 y 5 b); e) y f) de aquel reciente Real Decreto-Legislativo núm. 1/13, de 29 de Noviembre, no sólo prevén pautas singulares de protección en materia de adaptación de inmuebles y supresión de barreras arquitectónicas, a fin de permitir el normal acceso y deambulación de discapacitados con minusvalías reconocidas superiores al TREINTA Y TRES (33%) POR CIENTO –con lo que a aquel titular discapacitado de aquella vivienda de autos le resultaría de inequívoca aplicación al presentar un grado de discapacidad harto superior-, sino que establece también tanto en el ámbito de las Administraciones Públicas como en el de la Administración de Justicia la obligatoriedad de medidas de acción positiva, inherentes primordialmente a dicha posibilidad de ajuste razonable del específico entorno arquitectónico, conforme también se prevé por el Art. 66,1 y 2 in fine de igual Real Decreto-Legislativo núm. 1/13, de 29 de Noviembre.”



APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDEN SOCIAL

Josefa García Lorente

Abogada. Representante del CGAE en el Foro Justicia y
Discapacidad.

Beatriz Rabadán Lopez

Representante de Fundación ONCE en el Foro Justicia y
Discapacidad

Mariano Salinas Garcia

Abogado. Experto del Foro Justicia y Discapacidad.

I. Introducción

Para la elaboración de este estudio se ha tomado en consideración tres grandes aspectos del ámbito social de la jurisdicción, en concreto: las características de la relación laboral de las personas con discapacidad, la extinción de los contratos de trabajo y el sistema de prestaciones públicas.

Hay que señalar que en el ámbito social de la jurisdicción el principio de no discriminación de las personas con discapacidad no arranca de la Convención de Nueva York sino que tiene su origen en las Directivas europeas en concreto la Directiva 2000/43/CE, que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual, y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

La Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En ella se proponen medidas concretas destinadas a los Estados miembros en la lucha contra

la discriminación por religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual. Esta Directiva fue incorporada al derecho interno a través de la Ley 66/2003 de “*Medidas Fiscales Administrativas y de orden Social*” que en el Capítulo III de su Título II, denominado “*Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato*”, reserva la Sección 3ª para regular las “*Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo*”, define los conceptos de discriminación la inversión de la carga de la prueba, principios que fueron incorporados al Estatuto de los Trabajadores.

Esa incorporación legal ha dado origen a una amplia jurisprudencia sobre los derechos de las personas con discapacidad en el acceso al puesto de trabajo, así como en el régimen de prestaciones.

La entrada en vigor de la Convención está generando una nueva jurisprudencia, que no difiere mucho de la jurisprudencia anterior, pero que ya contempla los principios de igualdad como derecho fundamental de las personas con discapacidad y establece que las personas con discapacidad tienen igualdad de derechos a trabajar y a ganarse la vida. Los países deben prohibir la discriminación en cuestiones relacionadas con el empleo, promover el empleo por cuenta propia, la capacidad empresarial y el inicio del negocio propio, emplear a personas con discapacidad en el sector público, promover su empleo en el sector privado y asegurar que se proporcione una comodidad razonable en el lugar de trabajo (Artículo 27).

El Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 noviembre (BOE 3 de diciembre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, obedece al mandato contenido en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (disp. final 2ª) y se enmarca en el cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad, cuyo punto de inflexión se encuentra en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y en vigor el 3 de mayo de 2008.

Este cambio de “mentalidad” supone que las personas con discapacidad pasan de ser objeto de políticas sociales y paternalistas a ser sujetos de derechos; la finalidad del modelo social consagrado por la Convención es, pues, integrar más que adaptar, y es con este objetivo, y en este contexto, donde adquiere pleno significado la dedicación de un título específico de la Ley (el Título I) a determinados derechos de las personas con discapacidad, desde la igualdad de oportunidades al derecho a la protección de la salud, a la educación, a la atención integral, a la vida independiente, a la protección social y, por supuesto, al trabajo, cuyo ejercicio se puede encauzar a través de tres tipos de empleo: ordinario [de las empresas y administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con

apoyo (arts. 40 a 42)], protegido [en centros especiales de empleo y enclaves laborales (arts. 43 a 46)] y autónomo (art. 47).

II. Acceso al puesto de trabajo

La incorporación al mercado laboral representa uno de los ejes de inclusión más importantes para las personas con discapacidad, y constituye uno de los grandes retos para garantizar la igualdad de oportunidades.

En España las personas con discapacidad en edad activa (entre 16 y 64 años) ascienden a 1.774.800, aproximadamente el 5,9 % de la población española. Según los datos disponibles, cabe afirmar que se trata de un colectivo con baja tasa de actividad (dos de cada tres personas con discapacidad son inactivos laboralmente) poco integrado en el mercado laboral. Si nos referimos a su tasa de empleo, el dato representa el 23,4% frente al 60,9% de la población general, lo que apunta a las dificultades de las personas con discapacidad para acceder al mercado laboral ⁵.

Las personas con discapacidad tienen el mismo derecho que el resto de la población a acceder a un empleo, y así se contempla a nivel internacional en el artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, vigente en España desde el 3 de mayo de 2008. Según dicho precepto, los países además han de prohibir la discriminación de las personas con discapacidad en cuestiones relacionadas con el empleo, debiendo promover el acceso de las personas con discapacidad a un puesto de trabajo tanto en el sector público como en el privado, favorecer la capacidad empresarial y el empleo por cuenta propia de las personas con discapacidad, y asegurar que se les proporcionen los ajustes razonables en el lugar de trabajo cuando sea preciso.

La regulación europea de los ajustes razonables se introdujo mediante la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que fue traspuesta a nuestro derecho interno con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que procedió a modificar en su momento la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. En nuestro marco jurídico actual, el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social prevé la obligatoriedad para los empresarios de *“adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la*

⁵ Informe 2 del Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España (ODISMET)

empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación” (art. 2 m) en relación con el art. 40.2)

En materia de empleo público, el apartado 2 del artículo 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que:

“cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

A pesar de las previsiones legales, la realidad revela que las personas con discapacidad se enfrentan a constantes situaciones de discriminación en el ámbito laboral. Según V. MORA existirían tres supuestos muy diferenciados: en primer lugar, los casos de discriminación en el acceso al mercado laboral; en segundo, los casos de discriminación una vez que la persona con discapacidad ya está trabajando y encuentra trabas *“para promocionar o simplemente para mantener su empleo o percibir una retribución igual al de otros trabajadores que realizan un trabajo del mismo valor”*; en tercer lugar cuando un trabajador adquiere una discapacidad sobrevenida y ve empeorada su situación laboral inicial por ello, *“debido bien a no puede desempeñar su trabajo sin la implementación de un ajuste razonable, bien a se ve relegado a un puesto de menor nivel del que tenía antes de adquirir la discapacidad”*⁶.

Tal y como señala el citado autor, no abundan las denuncias de personas con discapacidad en materia laboral. La baja tasa de empleo de las personas con discapacidad a la que antes se aludía, el miedo a perder el empleo, la escasa disposición para iniciar un proceso judicial y la falta de información sobre los procedimientos a seguir pudieran ser factores que justifican esta baja litigiosidad.

STS (4ª) de 5 de octubre Rec 82/2018 (ECLI:ES:TS:2009:6801).

El BOPA de 13 de febrero de 2008 publicó una resolución de 6 de noviembre de 2007 por la que la Viceconsejería de Modernización y Recursos Humanos del Principado de Asturias convocaba pruebas selec-

⁶ Pérez Bueno, Luis Cayo (dir.); Álvarez Ramírez, Gloria Esperanza (coord.): “2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna”, Ed. CINCA, 2012, pág. 297

tivas para la provisión de 69 plazas de auxiliar de enfermería, en turno de promoción interna, que no contemplaba reserva de plazas para personal con discapacidad. Dos resoluciones más, publicadas en el mismo Diario Oficial, convocaban, por un lado, en turno libre 22 plazas de nuevo ingreso de auxiliar de enfermería y, por otro, 7 de la misma categoría también de nuevo ingreso reservadas exclusivamente para personas con discapacidad.

La Asociación Sindical Corriente Sindical de Izquierdas interpuso demanda contra la primera de las resoluciones citadas ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, al no incluir la convocatoria la preceptiva reserva de plaza para personas con discapacidad.

Con fecha 19 de mayo de 2008 el TSJ de Asturias dictó sentencia estimatoria de la demanda presentada por la Asociación Sindical, en virtud de la cual se declaró la nulidad de la citada resolución por no haber respetado *“la obligada y preceptiva reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes anunciadas para ser cubiertas entre el personal con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento”*.

La Consejería de Administraciones Públicas y Portavoz del Gobierno del Principado de Asturias formuló recurso de casación contra la mencionada resolución basándose en la interpretación errónea del artículo 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público, en relación con el Real Decreto 2271/04, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, y los artículos 38.2 y 44.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración del Principado de Asturias.

El argumento esgrimido por la recurrente era que, de conformidad con dichos preceptos, *“no existe obligación de reserva de los puestos de trabajo para cada una de las convocatorias de promoción interna ni del turno libre, siendo competencia de cada Administración pública la distribución del cupo general de reserva en sus distintas convocatorias”*. También argüía que la reserva de cupo para personas con discapacidad sólo estaba establecida para las convocatorias de nuevo ingreso, considerando además que el RD 2271/04 no era de aplicación a las CCAA, tampoco de manera supletoria conforme a la Disposición Adicional Única del mismo.

Para el Tribunal Supremo resulta claro, y así lo expresa en el Fundamento de Derecho Tercero, que es del artículo 59 del Estatuto Básico del Empleado Público, y no del Real Decreto 2271/04, del que deriva la obligación de aplicar la reserva de cupo también a las convocatorias de promoción interna, *“ya que establece la reserva sobre el conjunto de la oferta de empleo público y no únicamente sobre las plazas de nuevo ingreso, pues el término oferta de empleo público comprende no sólo la*

parte de la oferta que corresponde a las plazas de nuevo ingreso (...) sino también las plazas de promoción interna dirigidas al personal ya incorporado a la Administración” según establece el artículo 70 del EBEP (acorde a lo previsto en el artículo 27 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad) en sus apartados 1 y 3.

Señala incluso la Sala que dicha obligación también se contempla en la propia normativa en la que se funda la convocatoria impugnada, apartados 5 y 6 del Acuerdo de 29 de junio de 2006 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, que señalan que la aplicación de la reserva abarca la totalidad de las vacantes ofertadas, dentro de las cuales están incluidas las de promoción interna.

Lo que argumenta en primer lugar la Sala para sustentar su desestimación del recurso es que, a pesar de que las 7 plazas ofertadas para personas con discapacidad respetan el porcentaje de reserva general, y de que pudiera pensarse que se ha realizado una “mala” distribución de las mismas, en realidad lo que se ha producido es un claro incumplimiento de la obligación de aplicar la reserva a las plazas de promoción interna, y que, además, no ha habido justificación de tal exclusión.

No escapa a la Sala el resultado irregular a que da lugar la vía de impugnación seguida, pues al quedar anulada la convocatoria de plazas promoción interna por incumplimiento de la reserva específica y adquirir firmeza las convocatorias de plazas de nuevo ingreso, en realidad lo que se estaría produciendo es una disponibilidad de plazas reservadas superior a la prevista legalmente *“llegándose, por tanto, a un resultado contrario a la norma y a los derechos de promoción de los restantes colectivos que sufrirían los efectos de una discriminación positiva muy superior a la autorizada por ley”*. Recoge la sentencia que, para evitar esta situación, lo que la parte demandante tendría que haber hecho, es *“impugnar de forma legal la distribución realizada (...) o, al menos, de forma conjunta las tres convocatorias de auxiliares de enfermería”*, y que al no haberse invocado dicha denuncia como motivo de casación la Sala no puede tener dicha circunstancia en cuenta, por lo que también desestima el recurso.

III. ADECUACIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO

STS (4ª) 94/2018, de 22 de febrero (ECLI ES:TS:2018:757).

En esta sentencia se discute la existencia de un despido nulo invocándose para dicha nulidad, la falta de adecuación al puesto de trabajo.

Se plantea el análisis de la obligación empresarial de adecuar un puesto de trabajo concreto a las características físicas del trabajador cuando en esté ha aparecido una disminución de su capacidad laboral.

La normativa interna prevé dicha adecuación: el artículo 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores establece como derecho básico de los trabajadores el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, y el artículo 15.d) de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, establece como principio de la acción preventiva la adaptación del puesto de trabajo a la persona.

Para favorecer dicha adaptación, se han establecido ayudas a la adecuación del puesto de trabajo, reguladas en el Real Decreto 1451/1983, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores con discapacidad. Estas ayudas serán de 900 euros, y podrán ser solicitadas por el trabajador, si no lo hace la empresa, debiendo intervenir la Inspección de Trabajo.

Por su parte, el artículo 15.d) de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, establece como principio de la acción preventiva, la adaptación del puesto de trabajo a la persona.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y que, desde entonces, dicha Convención forma ahora parte integrante del ordenamiento jurídico de la UE. El art. 1 de la Convención dispone lo siguiente: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efec del tiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Por consiguiente, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en la medida de lo posible de conformidad con dicha Convención. Ello supone que la enfermedad -sea curable o incurable- puede equipararse a discapacidad si acarrea limitación, siempre que, además, tal limitación sea de larga duración. En concreto, el Tribunal de la Unión señala que el concepto de discapacidad «comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración».

Es ésta una precisión respecto de la delimitación conceptual que había examinado el Tribunal de Justicia en la STJUE de 11 julio 2006, Chacón Navas, C-13/05, anterior a la incorporación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE.

A partir de esta sentencia, el TJUE utilizará ya siempre el concepto de discapacidad que surge de la Convención. Así lo recuerda en las STJUE de 18

marzo 2014, Z, C-363/12; 18 diciembre 2014, FOA, C-354/13; de 1 diciembre 2016, Daouidi, C-395/15; y 18 enero 2017, Ruiz Conejero, C-270/16.

Precisamente respetando y asumiendo la doctrina del Asunto “Ring” -en referencia al HK Danmark-, esta Sala IV del Tribunal Supremo ha señalado ya en la STS/4ª de 3 mayo 2016 (rcud. 3348/2014) que era necesario introducir una nueva pauta de definición del concepto de discapacidad.

4. Pues bien, con independencia de esa evolución conceptual, plenamente acatada tanto por la sentencia recurrida como por esta Sala IV del Tribunal Supremo, lo cierto es que el caso que nos ocupa no guardaría relación con una situación en que el acto al que se atribuye el efecto discriminatorio se produce como única y exclusiva reacción ante la situación de la trabajadora, que es lo que la Directiva proscribire. Ésta contempla la obligación de la empresa de llevar a cabo los ajustes razonables que adapten las condiciones del trabajo a las necesidades de la persona en cuestión.

Es cierto que, para analizar si existe o no la discriminación que en este caso se achaca a la empresa, se hace necesario afirmar la condición de discapacidad de la trabajadora y que el cuadro de afectaciones que presenta a la vista de lo que se declara probado podría justificar esa calificación y la activación, por tanto, de las garantías anti-discriminatorias que nuestro ordenamiento jurídico, en acomodación a los mandatos del Derecho de la Unión, debe dispensar. Pero, aun partiendo de esa perspectiva, estamos ante un supuesto en que se revela imprescindible el análisis del cumplimiento de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el art. 5 de la Directiva 2000/78 -así como el art. 2, 4º de la Convención de NU-, que son exigibles en todos los casos en que estemos ante una persona con discapacidad.

La STJUE referencial declara que «procede recordar que, según su decimoséptimo considerando, la Directiva 2000/78 no obliga a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate, sin perjuicio de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, entre los que figura una eventual reducción de su tiempo de trabajo» (Ap. 57).

La Sentencia decide que “De ello cabe colegir que, en un supuesto de despido como el que aquí nos ocupa, la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la no discriminación vendrá derivada de la concurrencia de dos requisitos: a) la situación de discapacidad del trabajador, en los términos vistos; y b) la inexistencia o insuficiencia de medidas de ajuste razonables”, considerando que se han realizado todos aquellos ajustes que le eran exigibles a la empresa.

IV. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El despido de un trabajador que se encuentra en una situación de IT por enfermedad común puede suscitar ciertos problemas a la hora de clarificarla como improcedente o nulo. La jurisprudencia ha aclarado que, en la mayor parte de los casos, este despido no podría anularse, ya que no se da una discriminación del trabajador y no conculca sus derechos fundamentales.

Es aceptado que una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general de la Directiva 2000/78 CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación ni en el marco del ordenamiento jurídico español.

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) abren una vía para la declaración de nulidad de los despidos con un elemento de incapacidad temporal, pero siempre relacionado con el concepto de discapacidad, que sí es causa de discriminación conforme a lo señalado en la Directiva 2000/78 CE citada.

La sentencia del TJUE de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas) definía la discapacidad como limitación derivada de dolencias físicas, psíquicas y que supongan un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.

Las sentencias del TJUE de 11 de abril de 2013 (acumuladas 335/11 y 337/11) ya utilizan el concepto de discapacidad previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que establece en su artículo 1 párrafo segundo establece: *“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*.

En este contexto hay que destacar las siguientes sentencias:

STS (4ª) [306/2018], de 15 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1244).

Esta sentencia analiza si el despido disciplinario de una trabajadora de baja por incapacidad temporal de larga evolución, con diagnóstico trastorno depresivo grave EPI recurrente, alegando bajo rendimiento, debe ser calificado como nulo o improcedente.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social declarando la nulidad del despido al considerar que el despido por enfermedad asimilada a discapacidad es discriminatorio.

El Tribunal Supremo en la sentencia que analizamos, de la que fue ponente la Excma Sra D^a Milagros Calvo Ibarlucea, estima el recurso absolviendo a la empresa de la petición de nulidad del despido y estimando la petición subsidiaria, declarando improcedente el despido con las consecuencias legales oportunas.

El Tribunal inicia su fundamentación jurídica señalando que la Directiva 200/78 de 27 de noviembre dispone en su artículo 1 que se entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo de discapacidad, para a continuación realizar un análisis de las sentencias del TJUE.

El TJUE en su sentencia 11 de julio de 2006 (Asunto Chacón Navas) realiza una serie de afirmaciones que la ponente sintetiza en las siguientes:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la Directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional”.

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución.

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan pronto como aparezca cualquier enfermedad, como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando.

La Sala señala que la dicción de la enfermedad en cuanto a tal, o sea, considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la en-

fermedad que comporta una discapacidad a largo plazo, esté incluida como discapacidad y por lo tanto protegida por la Directiva.

Posteriormente analiza la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 (Asuntos 335 y c 337, Ring) que realiza una interpretación de la Directiva 2000/78 acorde con la convención de la ONU y concluye diciendo; “*si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78*”.

Finalmente se añade el análisis de la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (395/12 Daouuidi) en relación a valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias.

Conforme a la interpretación de las sentencias del TJUE el Supremo en esta sentencia concluye:

La situación de incapacidad temporal en la que se hallaba la trabajadora al ser despedida, fecha en la que ni siquiera había agotado el periodo máximo y mucho menos existía resolución alguna acerca de una situación duradera de futuro no permite identificarla con la noción de “discapacidad” distinta de “la enfermedad en cuanto tal” en la que apoya la discriminación la interpretación dada por el TSJUE en las resoluciones a las que se ha hecho mérito, anteriores al enjuiciamiento de los hechos e inclusive posterior como sucede en el C- 270/16 (asunto Ruiz Conejero) en donde vuelve a insistir en que la Directiva 2000/78 del Consejo se opone a la normativa nacional cuando las ausencias sean debidas a “enfermedades atribuidas a la discapacidad de ese trabajador” sin alterar la noción de discapacidad elaborada en anteriores resoluciones. Con base en dicha interpretación no es posible incardinar la baja temporal de la demandante en un supuesto de discriminación gravado con la calificación de nulidad sino mantener la de improcedencia derivada de la falta de justificación como despido disciplinario que en todo caso exige un componente intencional, ausente en la actuación de la trabajadora.

STS (4ª) [700/2017], de 21 de septiembre de 2017
(ECLI:ES:TS:2017:3580).

Esta sentencia analiza si el despido objetivo realizado a una trabajadora al amparo del artículo 52. D) del Estatuto de los Trabajadores, de baja por incapacidad temporal con los siguientes diagnósticos: dolor de trapecio en el mes de febrero, bronquitis y sinusitis en el mes de abril,

gastroenteritis en octubre y ausencia en noviembre por pérdida de conocimiento, es nulo.

Se aduce como causa de despido las faltas de asistencia, que superan el 25% de las jornadas hábiles en cuatro meses discontinuos en el periodo de doce meses, en los meses de febrero, abril, octubre y noviembre de 2013, habiendo faltado 22 días laborables, siendo 74 las jornadas que le correspondería trabajar en esos meses.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia revoca la sentencia del Juzgado de lo Social declarando la nulidad del despido al considerar que el despido por enfermedad asimilada a discapacidad es discriminatorio.

El Tribunal Supremo en la sentencia que analizamos, de la que fue ponente la Excmo Sra D^a Milagros Calvo Ibarlucea, estima el recurso, absolviendo a la empresa de la petición de nulidad del despido y estimando la petición subsidiaria, declarando procedente el despido y confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social.

El Tribunal señala que ninguna de las bajas a las que alude la carta de despido constituyen un ejemplo o muestra de proximidad al supuesto excepcional que el artículo 52,2 d) del Estatuto de los Trabajadores contempla en relación a las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave, pese a ello el Tribunal analiza la jurisprudencia comunitaria

La Directiva 200/78 de 27 de noviembre, dispone en su artículo 1 que se entiende por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivo de discapacidad para continuación realizar un análisis de las sentencias del TJUE.

El TJUE en su sentencia 11 de julio de 2006 (Asunto Chacon Navas) realiza una serie de afirmaciones que la ponente sintetiza en las siguientes:

1º.- que la discapacidad no viene definida en la Directiva ni tampoco se remite su definición al derecho nacional

2º.- que el concepto de discapacidad es el siguiente: “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas que suponen un obstáculo para que la persona participe en la vida profesional”.

3º.- que no se puede equiparar pura y simplemente el concepto discapacidad y enfermedad

4º.- que para que la limitación al trabajo pueda incluirse en el concepto de discapacidad es preciso, conforme a la Directiva, la probabilidad de que tal limitación lo sea de larga evolución.

5º.- que la Directiva no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos por motivo de discapacidad, tan

pronto como aparezca cualquier enfermedad, como consecuencia de ello, una persona que haya sido despedida a causa de una enfermedad no está incluida en el marco de la Directiva 200/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

6º.- que conforme al art. 2.1 y 3.1 c) de la Directiva, ésta se opone a todo despido por discapacidad que no se justifique por el hecho de no ser competente o no estar capacitado para desempeñar las tareas del puesto de trabajo, si no hubiera podido realizarse por el empresario ajustes razonables para que continuara trabajando.

La Sala señala que la dicción de la enfermedad en cuanto a tal, o sea, considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporta una discapacidad a largo plazo, este incluida como discapacidad y por lo tanto protegida por la Directiva.

Posteriormente analiza la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 (Asuntos 335 y c 337, Ring), que realiza una interpretación de la Directiva 2000/78 acorde con la convención de la ONU, y concluye diciendo:

“si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78”.

Finalmente se añade el análisis de la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (395/12 Daouuidi) en relación a valorar en términos de duración la aplicación al caso de la noción de discapacidad, asignándole un valor de durabilidad apreciable según las circunstancias.

Conforme a la interpretación de las sentencias del TJUE el Supremo en esta sentencia concluye:

...Dicha gravedad no ha sido afirmada en ninguna de las instancias del procedimiento, habido rechazado la sentencia de suplicación las dos modificaciones fácticas solicitadas, ni tampoco que exista una “discapacidad derivada de la interacción de las dolencias de la demandante con diversas barreras”.

Ni por referencia a las previsiones del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, cáncer o enfermedad grave, ni a la doctrina emanada de las resoluciones del TJUE a las que se ha hecho mención y en parte reproduci-

do, cabe establecer la base de discapacidad sobre la que asentar la finalidad discriminatoria del despido de que fue objeto la demandante por lo que el recurso deberá ser estimado.

STS (4ª) [366/2016], de 3 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2351).

Esta sentencia analiza si el despido disciplinario de una trabajadora de baja por incapacidad temporal como consecuencia de un accidente de trabajo camino al trabajo, alegando bajo rendimiento, debe ser calificado como nulo o improcedente.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revoca la sentencia del Juzgado de lo Social que condenó a la empresa a la nulidad del despido, declarando la improcedencia de éste al considerar que la antijuricidad de una conducta por fraude de ley, por inexistencia de causa o por causa ficticia, no supone la nulidad del despido, y al separar, en aplicación de la jurisprudencia europea, enfermedad y discapacidad.

El Tribunal Supremo en la sentencia que analizamos, de la que fue ponente la Excmª Sra Dª María Luisa Segoviano Astaburuaga, desestima el recurso confirmando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El recurrente alega, en esencia, que el despido es atentatorio y contrario a la dignidad personal y, discriminatorio, por el único hecho de encontrarse en situación de incapacidad temporal.

El Tribunal, inicia su fundamentación jurídica refiriéndose a la sentencia del Tribunal Constitucional 62/2008, de 26 de mayo en la que examinó si el despido de un trabajador con múltiples episodios de incapacidad temporal debía calificarse como nulo.

El estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contemplada en el mismo

Así sucede 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.

En este caso, señala la ponente que la empresa no ha despedido al trabajador por estar enfermo, ni por ningún prejuicio excluyente relacionado con su enfermedad, sino por considerar que esa enfermedad le in-

capacita para desarrollar su trabajo. Y señala que la sentencia de la Sala de 27 de enero de 2009 Rec 602/2008 ya establecía que la enfermedad no es equiparable a la discapacidad.

A continuación, el Tribunal analiza la jurisprudencia europea así señala que la sentencia del TJUE en su sentencia 11 de julio de 2006 (Asunto Chacón Navas) realiza las siguientes conclusiones:

1) Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

2) La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

3) La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

Posteriormente analiza la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013 (Asuntos 335 y c 337, Ring) que realiza una interpretación de la Directiva 2000/78 acorde con la convención de la ONU y concluye diciendo:

El concepto de «discapacidad» a que se refiere la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada médicamente como curable o incurable, cuando esta enfermedad acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación es de larga duración. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

La Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos doce meses, cuando esas bajas son consecuencia de su discapacidad, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objeto legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

Conforme a la interpretación de las sentencias del TJUE el Supremo en esta sentencia concluye:

A la vista del concepto de discapacidad recogido en la Directiva no cabe sino concluir que no procede calificar de discapacidad la situación de la recurrente, que permaneció diez días de baja antes de que la empresa procediera a su despido, habiendo finalizado la IT, que había iniciado el 1 de marzo de 2013, por alta médica el 28 de marzo de 2013, sin que pueda entenderse que dicha enfermedad le ha acarreado una limitación, derivada de dolencias físicas, mentales o síquicas que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El despido de la recurrente no es el de una trabajadora discapacitada, ni su IT deriva de la situación de discapacidad, por lo que no resulta de aplicación la declaración contenida en el último párrafo de la STJUE parcialmente transcrita.

V. PRESTACIONES

En este apartado se va a analizar como contempla la jurisprudencia del Tribunal Supremo el sistema de prestaciones públicas cuando el beneficiario es una persona con discapacidad.

STS (4ª) [308/2016], de 22 de abril. (ECLI: ES:TS:2016:2255)

En este supuesto, la Sala 4ª resuelve sobre un supuesto de Gran Invalidez, (GI) y la asistencia para los actos esenciales de la vida en una persona con discapacidad visual (ceguera). El TS, apreciando contradicción, explica que en el reconocimiento de la GI ha de atenderse prioritariamente a los parámetros objetivos de disfunción, y no a los subjetivos que singularmente pudieran concurrir. La necesidad de ayuda de otra persona para las actividades cotidianas de la vida diaria por pérdida de visión, coloca en situación de gran invalidez (FJ 2).

El Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca dictó sentencia en la que estima la demanda interpuesta frente el INSS, declarando que el actor se encuentra en situación de gran invalidez, con derecho a percibir una pensión vitalicia, incrementada en el complemento previsto en el apartado 4 del artículo 139 de la LGSS, prestación ésta que se declara compatible con la prestación permanente que el actor tiene reconocida en el Régimen General de la Seguridad Social. El TSJ Illes Balears, Sala de lo Social, en sentencia de 13 junio de 2013 (J2013/138156), revoca la sentencia recurrida, y desestima la demanda.

Con fecha 23 de mayo de 2014, por la misma Sala se dicta auto de complemento en el que consta la siguiente parte dispositiva: *“Completar la Sentencia dictada por esta Sala en fecha 13 de junio de 2013, no. 315, y, en su consecuencia, se revoca parcialmente la sentencia recurrida dejando sin efecto el reconocimiento de la situación de Gran Invalidez y debemos confirmar y confirmamos la compatibilidad de la pensión de invalidez permanente absoluta reconocida en la resolución administrativa en el RETA, con la invalidez permanente total de la que era beneficiario en el Régimen General”*.

El actor tenía reconocida desde 25 de agosto de 1981 la situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual como maquinista de impresión, derivada de enfermedad común, en el Régimen General, con derecho a percibir una pensión mensual del 55% sobre una base reguladora de 19.750 pesetas mensuales; considerándose una dolencias de escoliosis dorso-lumbar dextroconvexa, dorsolumbalgia estática.

Causó baja de incapacidad temporal en fecha 10 de enero de 2011 por contingencias comunes, enfermedad común, situación ésta en la que permaneció hasta que fue dado de alta por el Servicio Público de Salud en fecha 24 de enero de 2011, con informe-propuesta de incapacidad. En el informe clínico laboral expedido por el Servei de Salut se hacía constar que la profesión ejercida en el momento de la baja era la de autónomo y el diagnóstico el de glaucoma terminal. Mediante resolución dictada por la Dirección Provincial del INSS, con fecha de registro de salida 1 de febrero de 2011, se acordó el inicio de expediente administrativo de incapacidad permanente. Por la Dirección Provincial del INSS se acordó reconocer al actor la situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común, por la concurrencia de nuevas dolencias, con derecho a percibir una pensión mensual en un porcentaje del 100% sobre la base reguladora de 2.670'36, con efectos del 1 de mayo de 2011; si bien, con un límite mensual de 2.497'91 euros, habida cuenta que la base reguladora de la nueva pensión reconocida excedía los límites fijados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

La parte actora considera que es acreedora de dos pensiones independientes, y que la situación en la que se encuentra al solicitar la pensión de invalidez en el régimen de autónomos es de gran invalidez; recono-

ciendo el INSS la compatibilidad de ambas prestaciones tanto, la prestación de incapacidad permanente total generada en el régimen, General como una incapacidad permanente absoluta generada en el régimen de autónomos, pero denegando la gran invalidez por entender que tiene autonomía suficiente para realizar las actividades de la vida ordinaria.

La sentencia, en unificación de doctrina, da la razón al recurrente, realizando un análisis pormenorizado de las lesiones que padece desde la perspectiva tanto objetiva como subjetiva, y concede la prestación de gran invalidez tomando en consideración, entre otros extremos, la necesidad de una vida plena e independiente.

Son de resaltar, a los efectos de la aplicación de la Convención, los párrafos de la sentencia que se transcribe sin solución de continuidad;

SEGUNDO.- 1.- Trasladada la cuestión al concreto supuesto de que tratamos, la cuestión a debatir se manifiesta en las afirmaciones -indudablemente fácticas- que se hacen en el octavo de los HDP: «El actor vive solo, cocinándose cosas sencillas y llamando para hacer la compra, la cual le es llevada a su domicilio. De igual modo, el actor dispone de una persona que realiza la limpieza del domicilio. El actor realiza su propio aseo personal, siendo que en sus desplazamientos emplea taxis o autobús. El actor presenta dificultades para desplazarse a lugares desconocidos, siendo normalmente acompañado para memorizar el trayecto. En cuanto a la medicación, la misma es adquirida por el actor, y tras serle identificado cada fármaco, se la administra por sí mismo».

4.- A mayor abundamiento, si el éxito en el aprendizaje para la realización de actividades cotidianas y vitales por parte de los discapacitados a la postre se pudiese traducir -conforme a la solución «subjetiva» que rechazamos- en la privación del complemento previsto para la de GI en el art. 139.4 LGSS (art. 196.4 TRLGSS/2015), no parece dudoso que el consiguiente efecto desmotivador supondría un obstáculo para la deseable inserción social y laboral del discapacitado, y esta rechazable consecuencia nos induce también a excluir una interpretación que no sólo resulta se nos presentaría opuesta -por lo dicho- a los principios informadores de toda la normativa en materia de discapacidad (Ley 13/1982, de 7/Abril; Ley 51/2003, de 2/Diciembre; Ley 49/2007, de 26/Diciembre; Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13/Diciembre/2006 por la ONU y ratificada por España el 03/12/07; DF Segunda de la Ley 26/2011, de 1/Agosto; y RD- Legislativo 1/2013, de 29/Noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social), sino que incluso también Resultaría contraria -por aquella indeseable desmotivación- a los principios de protección y atención a los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos recogidos en el art. 49 CE.

5.- En el concreto caso debatido, con mayor motivo se impone tal conclusión «objetiva» cuando -como acertadamente razonaba la sentencia del J/S- «...a pesar de que por el actor se ha conseguido una cierta y loable adaptación a su nueva situación de ceguera prácticamente total, sin embargo... y a pesar de esta adaptación, no puede concluirse que se trate de una persona plenamente autónoma, siendo (así) que las patologías sufridas por el actor... le hacen precisar la ayuda de otra persona para las actividades cotidianas de la vida diaria por su pérdida de visión, especialmente los referidos a desplazamientos y administración de la medicación, necesidad ésta que, a pesar, de no ser permanente ni para todos los actos esenciales de la vida, en todo caso persiste y le coloca en situación de Gran Invalidez...

STS (4ª) [729/2017], de 27 septiembre (ECLI: ES:TS:2017:3590).

Se discute en este supuesto sí la parte recurrente tiene derecho a la prestación de jubilación anticipada, en función del tiempo trabajado y del grado de discapacidad que acredita teniendo en cuenta que padece polio-mielitis infantil afectando a miembros inferiores, y ciscoescifosis severa y paraparesia en extremidades inferiores secundarias ambas a poliomyelitis, con diagnóstico que se mantiene al día de la fecha en la que inicia la solicitud de prestación de jubilación.

En los hechos probados de la sentencia se hace una descripción detallada de la evolución de su grado de discapacidad y su prestación de servicios con el tenor siguiente:

3º.- Por resolución del Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos de fecha 17 04-1975 se reconoció al actor la condición de minusválido por estar afectado por una disminución de su capacidad laboral no inferior al 33%. Por resolución de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Segovia se le reconoció la condición de minusválido, con un grado del 52%, en fecha 22-01-1999, por anomalía morfo-torácica por cifosis de etiología congénita y paraparesia por polio de etiología infecciosa, con un grado de discapacidad global de 50% y 2 puntos por factores sociales complementarios. En fecha 11 de octubre de 2011 se dictó Resolución de revisión del grado de discapacidad por la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de Segovia, reconociendo un 55% por discapacidad física, 54 de discapacidad global (discapacidad por anomalía morfo-torácica por cifosis de etiología congénita, valoración parcial 24% y paraparesia por polio de etiología infecciosa, valoración parcial 40%), 1 punto por factores sociales, y 8 puntos por movilidad reducida.

El actor nacido en 1957, afiliado a la seguridad Social incluido en el Régimen General, solicitó el día 23 de febrero de 2015 pensión de jubila-

ción anticipada, que fue denegada por el INSS por no acreditar a lo largo de su vida laboral un tiempo efectivamente trabajado equivalente, al menos, a 15 años, con un grado de discapacidad igual o superior al 45 %.

Recurrida por el actor la resolución del INSS, la sentencia estima la demanda formulada, y declara el derecho del actor a lucrar la pensión de jubilación anticipada sobre la base reguladora de 1.606,79 € mensuales, con porcentaje del 100%, fecha de efectos de 23 de febrero de 2015. La sentencia fue recurrida en suplicación por el INSS y la TGSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Burgos, que dictó sentencia en fecha 8 de octubre de 2015, en la que estima el recurso de suplicación, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Segovia de fecha 26 de Mayo de 2015, en autos número 186/2015 sobre jubilación, y en su consecuencia revoca la sentencia recurrida, desestimando las pretensiones de la demanda, y absuelve libremente a la parte demandada.

Por la parte actora se anunció y formalizó recurso de casación y por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

La cuestión planteada en el presente recurso para unificación de doctrina, según señala la sentencia en su fundamento de derecho primero, consiste en determinar si pueden acogerse a la pensión de jubilación anticipada por discapacidad los trabajadores que, durante el tiempo reglamentariamente exigido, han prestado servicios efectivos afectados por dos deficiencias distintas que, en su consideración conjunta, generan una discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100, pero de la que solo una de ellas figura incluida entre las enumeradas en el art. 2 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, regulador de dicha prestación, no alcanzando, en su consideración aislada, tal umbral. La sentencia recurrida ha fundado su decisión en que el porcentaje de discapacidad atribuido a la dolencia recogida en la lista reglamentaria; secuelas de polio, no llega al mínimo del 45 % exigido por el artículo 2 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre.

El Tribunal Supremo casa la Sentencia recurrida reconociendo el derecho a la prestación de jubilación anticipada mediante la interpretación hermenéutica de las normas aplicables de aquí que en el fundamento de derecho segundo punto tres establezca:

3. Con el anterior recordatorio se pretende llamar la atención sobre la doble finalidad a la que responde esta clase de jubilación, tal como queda expresado en el prefacio de la norma reglamentaria que la ordena. La primera, común a las dos modalidades de jubilación anticipada por discapacidad radica en el establecimiento de una medida de acción positiva - entendida como un apoyo de carácter específico destinado a compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a lograr la igualdad

de hecho -, dirigida a un colectivo de trabajadores que, “de facto”, se encuentra en una situación de desigualdad, toda vez que la discapacidad, en sí misma, implica una situación de mayor esfuerzo y penosidad en el desempeño de la actividad laboral, lo que conlleva un mayor y más acelerado desgaste físico y funcional, y justifica que, de cumplir determinados requisitos, puedan acceder a la jubilación a una edad más temprana que la ordinaria. Medida de acción positiva que se encuadra en el marco legal configurado por los artículos 9.2, 10, 14, 41 y 49 de la Constitución, así como por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, el EDL 2013/226664, y la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España.

La referencia que la sentencia efectúa a la ley 51/2003, hay que entenderla referida al Real Decreto Legislativo 1/2013 que deroga la norma anterior recogiendo los principios rectores de la misma así como los principios de la convención de naciones unidas en materia del derecho de esas personas con discapacidad al acceso al empleo y el mantenimiento del mismo así como a la protección social derivada de la condición de trabajador.

La Sentencia analiza la evolución normativa partiendo de que la prestación que regula dicha norma fue incorporada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, al añadir un nuevo artículo, el 161 bis, al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 30 de junio, admitió la posibilidad de reducir la edad ordinaria de acceso a la jubilación de las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 45 %, *“siempre que se trate de dolencias reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida”*.

El Real Decreto 1851/2009, en su Preámbulo recoge el planteamiento que inspiró la reforma, al señalar que *“La reducción de la edad de jubilación tiene su fundamento no sólo en el mayor esfuerzo y la penosidad que el desarrollo de una actividad profesional comporta para un trabajador con discapacidad”*.

Considera que el artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social precisa que la modalidad de jubilación que instaura se reserva a las personas con discapacidad en un grado igual o superior al 45 %, *“siempre que se trate de dolencias reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida”*. La voluntad del legislador fue la de establecer dos requisitos diferenciados; de un lado, un determinado grado de discapacidad, y, de otro, el padecimiento de una dolencia listada, pero sin exigir que tal porcentaje se alcanzase exclusivamente con esa afección.



JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Nuria Díaz Abad

Abogada del Estado. Vocal del CGPJ.
Experta del Foro Justicia y Discapacidad.

I. INTRODUCCIÓN

Se examinan en este capítulo de la obra una serie de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, TJUE) en relación con la CDPD. La aplicación que uno y otro Tribunal hacen de la misma es distinta, en el sentido de que, mientras que en el ámbito del TEDH, al no ser Derecho directamente aplicable por las instituciones del Consejo de Europa, se utiliza como parámetro para el análisis de los Derechos nacionales, sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea, al haber aprobado la Unión Europea la citada Convención, sus disposiciones forman parte integrante del Derecho de la Unión y son aplicables por el TJUE, de tal manera que, por tratarse de un tratado internacional, gozan de primacía sobre las disposiciones de Derecho derivado.

El distinto valor jurídico que la CDPD tiene para uno y otro Tribunal se deja ver en las sentencias seleccionadas.

Así el TJUE tiene declarado que:

En virtud del artículo 216 TFUE, apartado 2, cuando la Unión Europea celebra acuerdos internacionales, las instituciones de la Unión están vinculadas por tales acuerdos y, en consecuencia, éstos disfrutan de primacía sobre los actos de la Unión (sentencias de 21 de diciembre de 2011, Air Transport Association of America y otros, C-366/10, Rec. p. I-13755, apartado 50, y de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-37/11, apartado 28).

La primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Unión sobre las disposiciones de Derecho derivado obliga a interpretar éstas, en la

medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (sentencias de 22 de noviembre de 2012, Digitalnet y otros, C-320/11, C-330/11, C-382/11 y C-383/11, apartado 39, y HK Danmark, antes citada, apartado 29). (Sentencia Z, citada más abajo).

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

II.1 Asunto Stanev. Internamiento de enfermos mentales. Derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 13 CDPD)

En su sentencia de 17 de enero de 2012 (Stanev contra Bulgaria, **ECLI:ES:TEDH:2012:8**) el TEDH estudia un supuesto en el que una persona con esquizofrenia fue declarada parcialmente incapaz por un Tribunal regional búlgaro, sentencia confirmada por un tribunal de apelación. Al rechazar los parientes asumir la curatela, el municipio designó a una funcionaria, quien solicitó a los servicios sociales el ingreso del Sr. Stanev en un hogar social para enfermos mentales, firmándose a tal efecto un contrato de internamiento del que el Sr. Stanev no fue informado. El Sr. Stanev no fue consultado en ningún momento sobre las decisiones tomadas por su curadora cuando él podía expresar una opinión válida y su consentimiento era legamente necesario. En virtud de dicho contrato la pensión del Sr. Stanev se transfería en su totalidad al hogar, asignándose el 80% al pago de los servicios prestados, mientras que el 20% restante se reservaba para gastos personales. El hogar estaba anticuado y sucio y rara vez se calentaba en invierno. La alimentación era insuficiente y de baja calidad. La administración del hogar retenía los documentos de identificación de los internos y gestionaba sus recursos financieros. Una vez al año el director y el asistente social evaluaban el comportamiento y las habilidades sociales de los internos.

El demandante, a través de su abogada, solicitó a la fiscalía el restablecimiento de su capacidad jurídica, lo que el fiscal regional denegó basándose en los informes del médico, el director y el asistente social del hogar, según los cuales el interno no podía desenvolverse autónomamente.

Posteriormente, el Sr. Stanev, a través de su abogada, solicitó al alcalde que presentara una demanda judicial de cesación de curatela, petición que fue rechazada alegando que tal acción no estaba fundada. Contra dicha negativa su abogada presentó un recurso. El tribunal indicó que, al estar parcialmente privado de su capacidad jurídica, el demandante debía presentar un poder certificando que su abogada le representaba y que era adecuado mencionar si el curador había intervenido en el procedimiento. Dicho poder se presentó por su abogada. El tribunal celebró una audiencia en la que el representante del alcalde alegó la invalidez del poder

debido a que no había sido refrendado por el curador. El curador, presente en la audiencia, alegó que él no se oponía al recurso del demandante, pero que su pensión era insuficiente para cubrir sus necesidades y que, por tanto, el hogar era la mejor solución de acogida para él. El tribunal rechazó la petición del demandante, estimando que el curador no tenía ningún interés legítimo en contestar la negativa del alcalde. Al no haber recurso de apelación, la sentencia devino firme.

El demandante presentó una demanda contra Bulgaria ante el TEDH por violación de los artículos 5.1, 5.4 y 5.5 del Convenio (por su internamiento en el hogar para personas con trastornos mentales y la imposibilidad de obtener una autorización para abandonarlo); del artículo 3 en relación con el 13 (por las condiciones de vida en ese hogar); del artículo 6 (por la ausencia de acceso a un Tribunal para solicitar el cese de la asistencia) y del artículo 8 en relación con el 13 (porque las restricciones derivadas del régimen asistencial suponían una violación de su vida privada).

a) Privaciones de libertad en relación con la salud mental
El TEDH comienza señalando que:

En el contexto de la privación de libertad en relación con la salud mental, el Tribunal ha determinado que una persona puede ser considerada como "retenida" incluso durante el período en que se encontraba en un servicio hospitalario abierto con la posibilidad de pasear cotidianamente sin vigilancia por las partes no vigiladas del hospital y de salir sin vigilancia (Ashingdane contra Reino Unido, 28 de mayo de 1985, apartado 42, serie A núm. 93).

Además, en el tema del ingreso de las personas con trastornos mentales, el concepto de privación de libertad no supone solamente un aspecto objetivo, es decir el ingreso de una persona en un espacio confinado por un período de tiempo considerable. Se considerará que una persona ha sido privada de su libertad sólo si - y esto es un aspecto subjetivo - no ha consentido válidamente a su internamiento (Storck, ya mencionado, apartado 74) (apartados 116 y 117 de la sentencia).

Hay privación de libertad, particularmente en las siguientes circunstancias: a) cuando el demandante, declarado totalmente incapaz e ingresado a petición de su representante legal en un hospital psiquiátrico, había intentado abandonarlo sin éxito (sentencia de 27 de mayo de 2008, Shukarturov contra Rusia, apartado 108); b) cuando la demandante inicialmente había consentido en su estancia en la clínica, pero intentó escapar posteriormente (Storck, apartado 76); c) en un caso donde el demandante era un adulto incapaz de dar consentimiento al ingreso en una institución psiquiátrica que, sin embargo, nunca había tratado de abandonar

(sentencia de 5 de enero de 2005, HL contra Reino Unido, apartados 89 a 94).

El Estado está obligado a tomar las medidas de protección efectivas para las personas vulnerables, incluyendo medidas razonables destinadas a impedir una privación de libertad de la que las autoridades tenían o debían haber tenido conocimiento (Storck, apartado 102).

Las circunstancias de este asunto son particulares, ya que ningún familiar se hizo cargo de la curatela del Sr. Stanev, por lo que la curatela quedó confiada a un funcionario estatal que fue quien negoció y firmó el contrato con la residencia, sin que el demandante fuese consultado en ningún momento y jamás dio su consentimiento explícito a esta medida. Las salidas de la residencia debían ser autorizadas y la administración retenía sus documentos de identidad. La residencia se encontraba en una zona montañosa y aislada. El ingreso se acordó con carácter indefinido. Por todas estas circunstancias el TEDH concluyó que la situación examinada constituye una privación de libertad en el sentido del artículo 5 del Convenio.

Para que un internamiento sea conforme a Derecho el Convenio exige que se respete la legislación nacional.

Con respecto a la privación de libertad de las personas con trastornos mentales, un individuo únicamente puede considerarse “enajenado” y sufrir una privación de libertad si al menos se cumplen las tres condiciones siguientes: en primer lugar, su enajenación debe haberse probado de manera concluyente; en segundo lugar, el trastorno debe ser de una naturaleza o magnitud tal que legitime el internamiento; en tercer lugar, el internamiento no puede prolongarse válidamente sin la persistencia de tal desorden (Winterwerp contra Holanda, 24 de octubre de 1979, apartado 39, serie A núm.. 33, Shtoukaturov, ya citado, apartado 114 y Varbanov, ya citado, apartado 45).

En cuanto a la segunda condición mencionada, el internamiento de una persona que padece trastornos mentales puede imponerse no sólo cuando es necesario, para curar o para que su estado mejore, mediante terapia, medicamentos o cualquier otro tratamiento clínico, sino también cuando se hace necesaria su vigilancia para evitar, por ejemplo que se haga daño o se lo haga a los demás (Hutchison Reid contra Reino Unido núm. 50272/99, apartado 52, TEDH 2003 IV).

El Tribunal recuerda, asimismo, que es necesario un cierto vínculo entre, por una parte, la razón invocada para la privación de libertad autorizada y, por otro el lugar y el régimen de internamiento. En principio, el “internamiento” de una persona como enferma mental sólo será “conforme a derecho” en el sentido del artículo 5.1 e) cuando este tiene lugar en un

hospital, una clínica u otro establecimiento creado a tal fin (Ashingdane, ya citado, apartado 44, y Pankiewicz contra Polonia, núm. 34151/04, apartados 42-45, 12 de febrero de 2008). Con excepción de lo precedente, el tratamiento o régimen adecuados no dependen en principio del artículo 5.1e) (Ashingdane, ya citado, apartado 44, y Hutchison Reid, ya citado, apartado 49)(apartados 145 a 147).

En el asunto Stanev el Tribunal entendió que el internamiento, sin haber obtenido al voluntad del demandante, era contrario el Derecho búlgaro y, además, no estaba justificado por ninguna de las razones que admite el artículo 5.1 del Convenio.

En cuanto a si el internamiento en este caso reúne las condiciones exigidas por la jurisprudencia del TEDH relativas al internamiento de personas con trastornos mentales, el Tribunal recuerda que hay que reconocer a las autoridades nacionales una cierta libertad de opinión cuando se pronuncian sobre el internamiento de un individuo como enajenado, porque les corresponde a ellas en primer lugar valorar las pruebas y revisar sus resoluciones en los términos del Convenio (sentencia de 23 de febrero de 1984, Luberti contra Italia, apartado 27). En el caso del Sr. Stanev el Tribunal observó fallos en la verificación de la persistencia de los problemas que justificaban el internamiento y constató que dicho internamiento no fue ordenado según las vías legales y que su privación de libertad no estaba justificada por el apartado e) del artículo 5.1 del Convenio.

b) Control por parte de los tribunales de las situaciones de privación de libertad en establecimientos para enfermos mentales:

El artículo 5.4 del Convenio dispone que *toda persona privada de libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal*. Por tanto, una persona internada tiene derecho a hacer revisar su situación en virtud no solo de la legislación interna, sino también del Convenio, de los principios generales que consagra y de la finalidad de las restricciones que autoriza el artículo 5.1. El control judicial debe ser lo suficientemente amplio como para que se extienda a cada una de las condiciones indispensables para la legalidad del internamiento de un individuo respecto del apartado 1 del artículo 5 del Convenio. El tribunal a cargo de este control debe tener la competencia de resolver sobre el internamiento y ordenar la puesta en libertad en caso de internamiento ilegal (sentencia de 18 de enero de 1978, Irlanda contra Reino Unido, apartado 200; 2 de marzo de 1987, Weeks contra Reino Unido, apartado 61; 15 de noviembre de 1986, Chaha contra Reino Unido, apartado 130 y 19 de febrero de 2009, A. y otros contra Reino Unido, apartado 202). El objetivo que persigue el Convenio con el esta-

blecimiento de este recurso es la protección contra la arbitrariedad. Están en juego tanto la protección de la libertad física de las personas, como su seguridad. En los casos de internamientos por enfermedad mental deben imponerse garantías procesales especiales para proteger a aquéllos que, por causa de sus trastornos mentales, no son plenamente capaces de actuar por cuenta propia (Winterwerp, apartado 60).

Entre los principios relativos a los “enajenados” que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal en torno al artículo 5.4 figuran los siguientes:

a) En caso de internamiento por una duración ilimitada o prolongada, el interesado tiene, en principio el derecho, al menos en ausencia de un control judicial periódico y automático de presentar “a intervalos razonables” un recurso ante los Tribunales para impugnar la “legalidad” en el sentido del Convenio- de su internamiento;

b) El artículo 5.4 exige que el procedimiento aplicado revista un carácter judicial y ofrezca al individuo en cuestión garantías apropiadas a la naturaleza de la privación de la libertad cuestionada; para determinar si un procedimiento ofrece las garantías suficientes, habrá que considerar las circunstancias particulares en las que se desarrolla;

c) Las instancias judiciales en virtud del artículo 5.4 deben ir siempre acompañadas de garantías idénticas a las que el artículo 6.1 establece para los litigios civiles o penales. Es necesario que el interesado tenga acceso a un Tribunal y la oportunidad de ser oído o, en su caso, ser representado de alguna forma (Megyeri contra Alemania, 12 de mayo de 1992, apartado 22, serie A núm. 237A)” (apartado 171).

En el caso del Sr. Stanev el TEDH declaró que había existido violación del artículo 5.4 del Convenio.

c) Prohibición de la tortura y tratamiento o penas inhumanas o degradantes.

El artículo 3 del Convenio establece que *nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*. Este artículo prohíbe en términos absolutos la tortura y el tratamiento o penas inhumanas o degradantes, cualquiera que sean las circunstancias y los actos de la víctima (sentencias de 26 de octubre de 2000, Kudia contra Polonia, apartado 90 y de 29 de abril de 2003, Poltoraski contra Ucrania, apartado 130).

Para entrar en el ámbito del artículo 3, un tratamiento debe alcanzar un mínimo de gravedad. La valoración de este mínimo es relativa en esencia; depende del conjunto de datos de la causa y de su naturaleza y del contexto

del maltrato, de sus modalidades de aplicación, su duración, sus efectos físicos o mentales, así como, en ocasiones, el sexo, edad y estado de salud de la víctima (Kudla, ya citado, apartado 91 y Dankevich, ya citado, apartado 131).

El Tribunal ha declarado un “trato inhumano” cuando se había estado aplicando con premeditación durante horas y había causado ya sea lesiones corporales, ya sea grave sufrimiento físico o mental (Labita contra Italia GS, núm. 26772/95, apartado 120, TEDH 2000-IV). Ha considerado, además, que el maltrato era “degradante” cuando se trataba de inspirar a sus víctimas sentimientos de miedo, angustia e inferioridad al objeto de humillarlos y menospreciarlos y posiblemente minar su resistencia física o moral, o para llevarlos a actuar contra su voluntad o su conciencia (Jalloh contra Alemania GS, núm. 54810/00, apartado 68, TEDH 2006-IX). En este sentido, la cuestión de si el objetivo de un maltrato en particular era humillar y menospreciar a la víctima es un factor a tener en cuenta, aunque la ausencia de tal propósito no puede excluir la conclusión de una violación del artículo 3 (Peers contra Grecia, núm. 28524/95, apartados 67, 68 y 74, TEDH 2001-III y Kalashnikov contra Rusia, núm. 47095/99, apartado 95, TEDH 2002-VI).

El sufrimiento y humillación infligidos en cualquier caso deben ir más allá de lo que supone un maltrato o pena legítimos. Las medidas privativas de libertad van acompañadas normalmente de un sufrimiento y humillación similar. No obstante no se podría considerar que una privación de libertad plantee en sí misma un problema en virtud del artículo 3 del Convenio. No obstante, esta disposición impone al Estado garantizar que todo recluso esté arrestado en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, que las modalidades de aplicación de la medida no sometan al interesado a una angustia o prueba de una intensidad tal que exceda el nivel de sufrimiento inherente a la reclusión, y que, dadas las exigencias prácticas de tal medida, la salud del interesado esté asegurada de manera adecuada, en particular a través de la dispensación de los cuidados médicos requeridos (Kudla, ya citada, apartados 92-94).

Cuando se trata de valorar las condiciones de una privación de libertad en virtud del artículo 3 del Convenio, es procedente considerar sus efectos acumulativos y la duración de la medida (Kalachnikov, ya citada, apartados 95 y 102, Kehayov contra Bulgaria, núm. 41035/98, apartado 64, 18 de enero de 2005, y Iovtchev contra Bulgaria, núm. 41211/98, apartado 127, 2 de febrero de 2006). A este respecto, un factor importante a tener en consideración, además de las condiciones materiales de internamiento, es el régimen de internamiento. Para valorar si un régimen restrictivo puede plantear un problema en virtud del artículo 3 en un asunto dado, procede considerar

las condiciones particulares del caso, la severidad del régimen, su duración, el objetivo perseguido y sus efectos sobre la persona en cuestión (Kehayov, ya citado, apartado 65) (apartados 202 a 205).

En el caso del Sr. Stanev el TEDH consideró que se había violado el artículo 3 del Convenio, ya que las condiciones de vida, a las que estuvo expuesto durante un largo periodo de siete años, eran muy preocupantes: comida insuficiente y de calidad deficiente; un edificio que no estaba suficientemente caliente; un cuarto de baño insalubre y destartado con la posibilidad únicamente de ducharse una vez por semana y la práctica de la residencia de cambiar la ropa de los internos después de lavarla, lo que provocaba un sentimiento de inferioridad entre ellos.

d) Garantías procesales de las personas ingresadas en establecimientos para enfermos mentales.

El artículo 6.1 del Convenio garantiza a toda persona el derecho a que su causa sea oída por un tribunal que decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil. El TEDH siempre ha sostenido que las garantías procesales de los artículos 5.1 y 5.4 del Convenio eran esencialmente similares a las del artículo 6.1 (Winterwerp, apartado 60 sentencia de 21 de octubre de 1986, Sánchez-Reisse contra Suiza, apartados 51 y 55, 13 de julio de 1995, Kampanis contra Grecia, apartado 47 y de 26 de julio de 2001, Ilijkov contra Bulgaria, apartado 103).

El derecho de acceso a los Tribunales, sin ser absoluto, puede dar lugar a limitaciones admitidas implícitamente pues por su propia naturaleza llama a una regulación por parte del Estado, regulación que puede variar en el tiempo y el espacio en función de las necesidades y recursos de la comunidad y de los individuos” (Ashingdane, ya citado, apartado 57). Al elaborar tal reglamentación, los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación. Si bien corresponde al Tribunal resolver en última instancia sobre el respeto a los requisitos del Convenio, no le corresponde sustituir la apreciación de las autoridades nacionales por la que el considere como mejor política en la materia. No obstante, las limitaciones aplicadas no pueden restringir el acceso abierto a un individuo de tal forma o en un punto tal que su derecho se encuentre vulnerado en su misma esencia. Además, sólo se concilian con el artículo 6.1 si persiguen un objetivo legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo perseguido (ibidem, véase también, entre otros muchos, Cordova contra Italia (núm. 1), núm. 40877/98, apartado 54, TEDH 2003-I; véase igualmente el recuerdo de los principios aplicables en Fayed contra Reino Unido, 21 de septiembre de 1994, apartado 65, serie A núm. 294-B).

Además, el objetivo del Convenio es proteger los derechos no sólo teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos. Se aplica en particular a las garantías

previstas en el artículo 6, visto el lugar destacado que ocupa el derecho a un juicio justo con todas las garantías previstas en esta disposición, en una sociedad democrática (Príncipe Hans Adam II de Liechtenstein contra Alemania GS, núm. 42527/98, apartado 45, TEDH 2001-VIII).

Finalmente, el Tribunal señala que en la mayoría de los casos que implican a “enajenados” presentados ante él, el procedimiento interno se centró en el internamiento de los interesados y por lo tanto se examinó al amparo del artículo 5 del Convenio. Sin embargo, siempre ha dicho que las garantías “procesales” del artículo 5.1 y 5.4 del Convenio eran esencialmente similares a las del artículo 6.1 (véase, por ejemplo, Winterwerp, ya citado, apartado 60;) Sanchez-Reisse contra Suiza, 21 de octubre de 1986, apartados 51 y 55, serie A num. 107; Kampanis contra Grecia, 13 de julio de 1995, apartado 47, serie A num. 318-B; y Ilijkov contra Bulgaria, num. 33977/96, apartado 103, 26 de julio de 2001). En Shtukaturov ya citado, para determinar si el procedimiento de declaración de incapacidad jurídica había sido justo o no, el Tribunal se basó, mutatis mutandis, en su jurisprudencia sobre el artículo 5.1e) y 5.4 del Convenio (Shtukaturov, ya citado, apartado 66) (apartados 230 a 232.).

El Sr. Stanev se quejó de la ausencia en la legislación búlgara de acceso directo a un Tribunal para presentar una demanda de restablecimiento de su capacidad. Es jurisprudencia del TEDH que los procedimientos para la restitución de la capacidad jurídica son directamente determinantes para los derechos y obligaciones de carácter civil (sentencia de 5 de julio de 1999, Matter contra Eslovaquia, apartado 51). El TEDH consideró que el demandante no podía sin la intermediación de su curador o de otra de las personas legalmente habilitadas para ello solicitar el restablecimiento de su capacidad jurídica y, además, que la legislación interna no preveía ninguna posibilidad de control periódico automático de las razones que justifiquen el mantenimiento de la curatela. Aun reconociendo que las limitaciones de los derechos procesales de una persona, incluso declarada parcialmente incapaz, pueden estar justificados por su propia protección y la protección de los intereses de los demás, sin embargo, el ejercicio de estos derechos tiene una extraordinaria importancia, por lo que estas personas deben beneficiarse, en principio, de un acceso directo a la justicia.

El Estado es libre para determinar las disposiciones procesales para el ejercicio de este acceso directo. No sería incompatible con el artículo 6 del CEDH que la ley nacional estableciera en este área ciertas restricciones en el acceso a la justicia con el único propósito de evitar el atasco en los tribunales por las excesivas demandas, ya que para resolver este problema pueden ser aplicadas medidas menos restrictivas, como restricciones en la frecuencia de las demandas o la aplicación de un sistema de revisión previa de su admisibilidad.

Es en relación con el derecho al acceso a la justicia donde el TEDH examina la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, destacando la creciente importancia que otorgan en la actualidad los instrumentos internacionales de protección de las personas con trastornos mentales a la concesión de una óptima autonomía legal para estas personas. La citada Convención, así como la recomendación nº R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los principios relativos a la protección jurídica de los incapaces, aboga por la aplicación de las garantías procesales con el fin de proteger de la mejor forma a las personas privadas de la capacidad legal, para proporcionar la revisión periódica de su estatus y de las vías de recurso adecuadas. Por todo ello en el apartado 245 de su sentencia el TEDH señaló siguiente:

Visto lo precedente, en particular la orientación que se desprende de las legislaciones nacionales y de los textos internacionales aplicables, el Tribunal considera que el artículo 6.1 del Convenio debe ser interpretado como la garantía en principio a cualquier persona declarada parcialmente incapaz, como es el caso del demandante, de un acceso directo a un Tribunal para pedir la recuperación de su capacidad jurídica.

Y tras este análisis concluye que la legislación búlgara no garantiza a estas personas el acceso a la justicia en grado suficiente y, por lo tanto, que ha existido una violación del artículo 6.1 del Convenio.

II.2. Asunto Dordevic. Acoso a enfermos mentales. Derecho de las personas con discapacidad a la protección en condiciones de igualdad con los demás (art.5 CDPD)

El asunto Dordevic contra Croacia fue resuelto por el TEDH mediante sentencia de 24 de octubre de 2012 (**ECLI:ES:TEDH:2012:23**). El Sr. Dordevic, nacido en 1977, es una persona privada de su capacidad jurídica debido a su retraso mental y físico y está a cargo de su madre. Acude a un taller para adultos en una escuela primaria en Zagreb. Tanto él como su madre fueron objeto de acoso entre julio de 2008 y febrero de 2011, por parte de los alumnos de la escuela, debido a la salud del Sr. Dordevic y al origen serbio de ambos. El acoso fue de carácter verbal y físico, incluyendo actos violentos como quemaduras con cigarrillos en las manos de la persona discapacitada, empujándole contra una verja de hierro y golpeándolo con una pelota.

Su abogada envió una queja por escrito a la Oficina del Fiscal del Municipio de Zagreb y, basándose en los artículos 8 y 13 del Convenio protestó, porque no había ningún recurso efectivo en el sistema jurídico

de Croacia que ofreciera protección contra los actos violentos por parte de los niños. Hay numerosos informes médicos y policiales en el expediente que atestiguan estos episodios de acoso. La Oficina del Fiscal del Municipio de Zagreb se declaró incompetente en este asunto, ya que las reclamaciones se referían a niños que no eran penalmente responsables. También la Defensora del Menor se declaró incompetente.

El TEDH consideró que las autoridades estatales tenían la obligación de proteger activamente al Sr. Dordevic de la conducta violenta de los niños. Esta obligación cae dentro del ámbito de aplicación de los artículos 3 y 8 del CEDH.

a) La prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Los actos de acoso a la persona con discapacidad:

El Tribunal recuerda que los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad si se quiere entrar en el ámbito del artículo 3. La valoración de este mínimo es relativa: depende de todas las circunstancias del caso, tales como la naturaleza y el contexto del tratamiento, su duración, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y estado de salud de la víctima (ver Costello-Roberts contra el Reino Unido, 25 de marzo de 1993, ap. 30, serie A núm. 247-C y A. contra el Reino Unido, 23 de septiembre de 1998, ap. 20, Repertorio de sentencias y decisiones 1998 VI).

El trato ha sido considerado por el Tribunal como “inhumano”, porque, entre otras cosas, fue premeditado, se aplicó durante horas de una sola vez y causó daño corporal real o sufrimientos físicos y mentales intensos (ver Labita contra Italia [GS], núm. 26772/95, ap. 120, TEDH 2000-IV). El trato ha sido considerado como “degradante”, porque era para provocar en las víctimas sentimientos de temor, angustia e inferioridad, capaces de humillar, degradar y posiblemente romper su resistencia física o moral (ver Hurtado contra Suiza, 28 de enero de 1994, la opinión de la Comisión, § 67, serie A núm. 280, y Wieser contra Austria, núm. 2293/03, ap. 36, 22 de febrero de 2007) (apartados 94 y 95).

El TEDH entendió que el acoso al Sr. Dordevic, al que al menos en una ocasión se le causaron lesiones físicas, junto con la sensación de miedo e impotencia, era suficientemente grave como para alcanzar este nivel de gravedad requerido, por lo que considera aplicable en este caso el artículo 3 del Convenio, que establece que “nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” Por lo que respecta a la madre del Sr. Dordevic y, aunque no ha sido expuesta a ningún tipo de violencia que afecte a su integridad física, sin embargo no hay duda de que el acoso a su hijo también le afecta a ella, causando la perturbación de su vida diaria y de sus rutinas y provocando un efecto negativo en su vida privada y familiar. La integridad moral de una per-

sona está inmersa en el concepto de vida privada, concepto que se extiende también a las relaciones de los individuos entre sí.

Sobre esta cuestión presentó alegaciones el Foro Europeo de la Discapacidad, que, basándose en el artículo 5 de la CDPD, afirmó que dicho artículo confirma el derecho de las personas con discapacidad a la protección en condiciones de igualdad con los demás.

El Tribunal recuerda en su sentencia que el artículo 3 del Convenio debe ser considerado como una de las disposiciones fundamentales de éste y, a diferencia de otras disposiciones del Convenio, éste se establece sin excepción o condición, ni posibilidad de derogación prevista en el artículo 15 del Convenio (sentencia de 15 de noviembre de 1996, Chahak contra Reino Unido, apartado 79). Los Estados están obligados a adoptar las medidas destinadas a asegurar que los individuos dependientes de su jurisdicción no sean sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, incluidos los malos tratos administrados por particulares (sentencia de 29 de abril de 1997, HLR contra Francia, apartado 40). Estas medidas deben proteger de manera eficaz en particular a los niños y a otras personas vulnerables, e incluir las medidas razonables para prevenir los malos tratos de los que las autoridades tenían o debían haber tenido conocimiento (sentencia de 28 de octubre de 1998, Osman contra Reino Unido, apartado 116 y de 26 de noviembre de 2002, E. y otros contra Reino Unido, apartado 88). No obstante, el alcance de esta carga positiva debe ser interpretado de una manera que no imponga una carga imposible o desproporcionada a las autoridades, ya que no todos los peligros denunciados se convierten en malos tratos. Para que la obligación surja es necesario que las autoridades supieran o debieran saber que en ese momento existía un riesgo real e inmediato de malos tratos hacia una persona concreta por los actos delictivos de un tercero y que no se tomaron medidas en el ámbito de sus competencias que, juzgadas razonablemente, podían haber evitado dicho riesgo.

Los actos de violencia por incumplimiento del artículo 3 del Convenio normalmente requieren la aplicación de medidas penales contra los autores (sentencia de 25 de junio de 2009, Berganovic contra Croacia, apartado 71 y de 14 de septiembre de 2009, Sandra Jankovic, apartado 47). Sin embargo, en este asunto la mayor parte de los presuntos autores eran niños menores de 14 años contra quienes no era posible aplicar sanciones penales. Es posible, además, que los actos aisladamente considerados no fueran constitutivos de delito, pero los incidentes en su conjunto son incompatibles con el artículo 3 del Convenio. Las autoridades croatas en este caso estaban al tanto del continuo acoso al demandante y el hecho de que los incidentes continuaran durante un periodo de tiempo tan largo llevó al Tribunal a considerar que las autoridades competentes no tomaron las medidas suficientes para determinar el alcance del problema y

evitar que ocurrieran nuevos abusos, por lo que existió violación del artículo 3 del Convenio en relación con el Sr. Dordevic.

b) El derecho a la vida privada y familiar. Afectación a la vida privada y familiar de la madre de la persona acosada:

De acuerdo con el artículo 8.1 del CEDH *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*” Por su parte el párrafo 2 de este artículo señala que “*no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, de defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o de la protección de los derechos y libertades de los demás.*”

Si bien este artículo tiene por objeto, fundamentalmente, prevenir a la persona contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita a obligar al Estado de abstenerse de tales injerencias: a este comportamiento negativo se unen obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo a la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre sí (sentencia de 24 de febrero de 1998, Botta contra Italia, apartado 33).

El TEDH ha declarado que el concepto de vida privada incluye la integridad psicológica de la persona. En virtud del artículo 8 los Estados tienen en algunas circunstancias el deber de proteger la integridad moral de una persona contra actos de estas personas. Existe una obligación explícita de los Estados de garantizar el respeto de la dignidad humana y de la calidad de vida en algunos aspectos (sentencia de 31 de marzo de 2008, L. contra Lituania, apartado 56 y de 29 de julio de 2002. Pretty contra Reino Unido, apartado 65).

En este caso el TEDH consideró que los actos de acoso también afectaron a la madre de la persona con discapacidad y que, al no haber puesto en marcha las autoridades competentes las medidas adecuadas y pertinentes para prevenir nuevos actos de acoso, se ha producido una violación del artículo 8 en relación con ella.

c) El principio de no discriminación:

El artículo 14 del Convenio consagra el principio de no discriminación en el goce de los derechos y libertades que consagra el Convenio.

El Tribunal recuerda que dicho artículo no tiene existencia autónoma, sino que juega un papel importante de complemento de otras disposiciones del Convenio y de sus Protocolos, ya que protege a los individuos colocados en situaciones análogas contra toda discriminación en el goce de estos derechos (sentencias de 22 de octubre de 1981, Dudgeon contra Reino Unido, apartado 67).

En este caso el TEDH examinó el artículo 14 en relación con la cuestión del agotamiento de los recursos internos, entendiendo que la protección contra la discriminación ha de buscarse ante los Tribunales ordinarios y en apelación contra la sentencia de primera instancia, así como en el recurso ante el Tribunal Constitucional. A fin de cumplir con el principio de subsidiariedad los demandantes, antes de llevar sus demandas ante el TEDH deben darles a los Tribunales nacionales la oportunidad de subsanar la situación y hacer frente a las cuestiones que deseen plantear al Tribunal. Al no haberlo hecho así en este caso el TEDH rechazó esta pretensión.

d) Acceso a un recurso efectivo:

El artículo 13 del Convenio dispone que *toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.*

En este caso el Tribunal consideró que los demandantes no tenían ningún recurso efectivo en relación con sus demandas de violación de los artículos 3 y 8 del Convenio, por lo que se produjo una violación del artículo 13 del mismo.

II.3. Asunto Centro De Recursos Legales (CLR) a nombre de Valentin Câmpeanu. derecho fundamental de acceso a la justicia (art. 13 CDPD), derecho a la vida (art. 10 CDPD), igual reconocimiento como persona ante la ley (art.12 CDPD)

Valentin Câmpeanu, fue abandonado al nacer y llevado a un orfanato, donde creció. En 1990 fue diagnosticado como VIH positivo. Posteriormente fue diagnosticado de una “profunda discapacidad intelectual, un CI de 30 y VIH” y por tanto fue clasificado como perteneciente al grupo de discapacidad “grave”. En esa época también desarrolló síntomas asociados como tuberculosis pulmonar, neumonía y hepatitis crónica. En marzo de 1992 fue trasladado a un centro para niños con discapacidad. El Panel de Protección infantil ordenó que ya no debía estar a cargo del Estado por más tiempo, alegando que recientemente había cumplido los dieciocho años y en ese momento no estaba inscrito en ningún sistema educativo.

Aunque el trabajador social que se ocupaba del Sr. Câmpeanu había recomendado su traslado al centro local de recuperación neuropsicológica y rehabilitación, el Panel ordenó que un trabajador social competente tomara todas las medidas necesarias para trasladarlo al Hospital Neuropsiquiátrico Poiana Mare (“PMH”). Conforme a la legislación aplicable, la decisión podría ser recurrida ante el Tribunal de Distrito de Craiova. El

Sr. Câmpeanu no estaba presente en persona y no estuvo representado en la audiencia celebrada por el panel.

El 14 de octubre de 2003 su estado de salud fue nuevamente evaluado, dando como resultado tan solo la constatación de la infección por VIH, y una discapacidad correspondiente al grupo medio. Mediante carta de 16 de octubre de 2003 el PMH informó al Panel que no podía admitir al Sr. Câmpeanu, quien había sido diagnosticado de VIH y discapacidad intelectual, debido a que el hospital carecía de las instalaciones necesarias para tratar a personas con ese diagnóstico. El Panel identificó eventualmente al Centro de Atención Médica y Social CetateDolj (“el CMSC”) como un establecimiento adecuado donde Valentin Câmpeanu podía ser ubicado. En su solicitud al CMSC, el Panel sólo mencionó que señor Câmpeanu era VIH-positivo, correspondiente al grupo de discapacidad media, sin hacer referencia a sus dificultades de aprendizaje. El 5 de febrero de 2004 el Sr. Câmpeanu fue admitido en el CMSC. Conforme a un informe elaborado por el CMSC y enviado al CLR de 5 de marzo de 2004 detallando su condición tras su ingreso, el Sr. Câmpeanu presentaba un estado avanzado de “degradación física y psiquiátrica”, vestido con un chándal hecho jirones, sin ropa ni zapatos y sin recibir ningún tratamiento antirretroviral (“ARV”) o información relativa a su condición médica. Se señalaba que el paciente “se negaba a cooperar”. El Sr. Câmpeanu fue devuelto al CMSC, momento en el cual su salud había empeorado considerablemente. En ese momento, el CMSC había recibido un suministro de medicamentos ARV y así se reanudó su tratamiento con antirretrovirales. A pesar de estas medidas, su condición no mejoró, los informes médicos mencionaban que él continuaba “agitado” y “violento”. El hospital envió una solicitud al centro de asignación solicitando su traslado a un establecimiento diferente. Sin embargo, el centro de asignación rechazó la solicitud alegando que él ya se encontraba “fuera de su jurisdicción”. El 13 de febrero de 2004 el Sr. Câmpeanu fue trasladado del CMSC al PMH, dando por sabido que su estancia en el PMH no superaría los tres o cuatro días al objeto de tratar de proporcionarle un tratamiento para su conducta hiperagresiva. Fue asignado al Departamento Psiquiátrico. El 19 de febrero de 2004 el Sr. Câmpeanu dejó de comer y se negó a tomar su medicación. Se le prescribió entonces un tratamiento intravenoso que incluía glucosa y vitaminas. Tras el examen por parte de la doctora se le encontró “en general enfermo”. El 20 de febrero de 2004 un equipo de supervisores del CLR visitó el PMH e informó del estado del señor Câmpeanu. Conforme a la información contenida en un informe del personal del CLR en esa visita, el Sr. Câmpeanu estaba solo en una habitación aislada, sin calefacción y encerrado, que contenía sólo una cama sin ninguna ropa de cama. Estaba vestido sólo con la parte de arriba del pijama. En ese momento no podía comer ni ir al cuarto de baño sin ayuda. Sin embargo, el personal del PMH se negaba a ayudarlo, su-

puestamente por temor al contagio del VIH. En consecuencia, la única nutrición dispensada al Sr. Câmpeanu era glucosa, a través de un goteo. El informe concluyó que el hospital no le proporcionó los servicios más básicos de atención y tratamiento. Valentin Câmpeanu murió en la tarde del 20 de febrero de 2004. Conforme a su certificado de defunción, emitido el 23 de febrero de 2004, la causa inmediata de la muerte fue insuficiencia cardiorrespiratoria. El certificado también señaló que la infección por el VIH era la “condición mórbida original” y señaló la “discapacidad intelectual” como “otra importante condición mórbida”. El procedimiento ante el TEDH lo inició tras su fallecimiento el Centro de Recursos Legales (CRL).

a) Capacidad para presentar la demanda en nombre del Sr. Câmpeanu:

Para poder presentar una demanda de conformidad con el artículo 34, una persona debe poder mostrar que él o ella está “directamente afectado” por la medida (véase Burden contra el Reino Unido [GS], núm.13378/05, ap. 33, TEDH 2008, y Ilhan contra Turquía [GS], núm. 22277/93, ap.52, TEDH 2000-VII)” (...). Por otra parte, conforme a la jurisprudencia del Tribunal y al artículo 34 del Convenio, las demandas solo pueden presentarse por o en nombre de las personas vivas (ver Varnava y otros contra Turquía GS, núms. 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90, ap.111, TEDH 2009). (apartado 80).

Cuando el demandante ha muerto después de que se haya presentado la demanda, el Tribunal ha aceptado que el pariente más próximo o el heredero en principio continúen con la demanda, siempre que él o ella tenga interés suficiente en el caso. Sin embargo, la situación varía cuando la víctima directa fallece antes de presentar la demanda ante el Tribunal. En tales casos, el Tribunal, con referencia a una interpretación autónoma del concepto de “víctima”, está preparado para reconocer la legitimidad de un pariente bien cuando la demanda plantea una cuestión de interés general perteneciente al “respeto de los derechos humanos” (artículo 37.1 in fine del Convenio) y los demandantes, como herederos tienen un legítimo interés en continuar la demanda, o en base al efecto directo sobre los propios derechos del demandante (Micallef contra Malta [GS], núm. 17056/06, apds. 44-51, TEDH 2009, y Marie-Louise Loyen y Bruneel contra Francia, núm. 55929/00, apds. 21-31, 5 de Julio de 2005). Debe de señalarse que los últimos casos, se presentaron ante el Tribunal después o en relación con procedimientos internos en los que la víctima directa había participado mientras estaba con vida.

Por tanto, el Tribunal ha reconocido la legitimidad del pariente más próximo para presentar una demanda cuando la víctima ha fallecido o desaparecido en circunstancias que presuntamente implicaban la respon-

sabilidad del Estado (véase *Çakici contra Turquía* [GS], núm. 23657/94, ap. 92, TEDH 1999-IV, y *Bazorkina contra Rusia* (dec.), núm. 69481/01, 15 de septiembre de 2005).

El artículo 34 del Convenio no admite quejas in abstracto denunciando una violación del Convenio. El Convenio no proporciona a una institución una *actio popularis*. En opinión del Tribunal el presente caso no entra fácilmente en ninguna de las categorías cubiertas por la jurisprudencia anterior y por lo tanto plantea una cuestión difícil de interpretación del Convenio relativa a la legitimidad para actuar del CLR.

El Tribunal considera que en las circunstancias excepcionales de este caso y teniendo en cuenta la gravedad de los alegatos, debería admitirse que el CLR actuara como representante del señor Câmpeanu, a pesar del hecho de que carecía de poder notarial para actuar en su nombre y que murió antes de que se presentara la demanda ante el Tribunal al amparo del Convenio. Considerar otra cosa significaría evitar que dichas graves denuncias de violación del Convenio fueran examinadas a nivel internacional, con el riesgo de que el Estado demandado escapara de su responsabilidad conforme al Convenio como resultado de su propio fallo al no nombrar a un representante legal que actuara en su nombre tal y como requiere la legislación nacional.

*Otorgar legitimidad al CLR para actuar como representante del Sr. Câmpeanu es un enfoque en consonancia con el que solicita el derecho a una revisión judicial al amparo del artículo 5.4 del Convenio en el caso de personas "enajenadas" (artículo 5.1 e). En este contexto puede reiterarse que es indispensable que la persona en cuestión debería tener acceso a un Tribunal y la oportunidad de ser escuchada ya sea en persona o, en caso necesario, a través de alguna forma de representación, de lo contrario no habrán sido otorgadas "las garantías fundamentales del procedimiento aplicado en materia de privación de libertad" (véase *De Wilde, Ooms y Versyp contra Bélgica*, 18 de junio de 1971, ap. 76, serie A núm. 12). La enfermedad mental puede implicar restringir o modificar la forma de ejercer ese derecho (véase *Golder contra el Reino Unido*, 21 de febrero de 1975, ap. 39, serie A núm. 18), pero no puede justificar alterar la esencia misma del derecho. En efecto, las garantías procesales especiales pueden ser convocadas a fin de proteger los intereses de las personas que, debido a su discapacidad mental, no son plenamente capaces de actuar por sí mismas (véase *Winterwerp contra los Países Bajos*, 24 de octubre de 1979, ap. 60, serie A núm. 33). De hecho un obstáculo puede contravenir el Convenio como un impedimento legal (véase *Golder*, antes citada, ap. 26) (apartado 91 de la sentencia).*

En consecuencia, el Tribunal desestimó la objeción del Gobierno con respecto a la falta de *locus standi* del CLR, en vista de la legitimidad de este último como representante de facto del Sr. Câmpeanu.

b) La obligación del Estado de adoptar medidas apropiadas para salvaguardar la vida de aquellos dependientes de su jurisdicción:

La primera frase del artículo 2.1 ordena al Estado no sólo que se abstenga de tomar la vida intencional e ilegalmente, sino también a tomar las medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de aquellos dependientes de su jurisdicción (véase L.C.B. contra el Reino Unido, 9 de junio de 1998, ap. 36, Informes de Sentencias y Decisiones 1998-III).

Las obligaciones positivas en virtud del artículo 2 deben interpretarse como aplicadas en el contexto de cualquier actividad, pública o no, en las que esté en juego el derecho a la vida. Este es el caso, por ejemplo, en el sector de la atención sanitaria en cuanto a los actos u omisiones de profesionales de la salud (ver Dodov, antes citada, apds. 70, 79-83 y 87 y Vocontra Francia GS, núm. 53924/00, apds. 89 90, TEDH 2004 VIII, con más referencias), los Estados están obligados a elaborar reglamentos vinculantes para los hospitales públicos o privados, a adoptar las medidas necesarias para la protección de las vidas de sus pacientes (véase Calvelli y Ciglio contra Italia GS núm. 32967/96, ap. 49, TEDH 2002 yo). Esto se aplica especialmente cuando la capacidad del paciente de cuidar de sí mismo es limitada (véase Dodov, citada anteriormente, ap. 81); con respecto a la gestión de actividades peligrosas (ver Öneriyildiz contra Turquía GS, núm. 48939/99, ap. 71, TEDH 2004 XII); en relación con las autoridades educativas, que tienen la obligación de proteger la salud y el bienestar de los alumnos, en particular de los niños pequeños que son especialmente vulnerables y están bajo su control exclusivo (véase Ibeyi Kemaloglu y Meriye Kemaloglu contra Turquía, núm. 19986/06, ap. 35, 10 de abril de 2012); o, asimismo, con respecto a la atención y asistencia médica dada a los niños institucionalizados en instalaciones estatales (véase Nencheva y Otros, precitado, apds. 105-116).

Dichas obligaciones positivas surgen cuando las autoridades conocen o deberían conocer en vista de las circunstancias, que la víctima se encuentra en riesgo cierto e inmediato por cuenta de los delitos de una tercera (véase Nencheva y otros, ya citado, ap. 108) y, si es así, no han tomado las medidas a su alcance, que de una manera razonable, eran deseables para evitar ese riesgo (véase A. y otros contra Turquía, núm. 30015/96, apds. 44-45, 27 de julio de 2004).

Teniendo en cuenta la importancia de la protección conferida por el artículo 2, el Tribunal debe someter la privación de la vida al más cuidadoso de los escrutinios, teniendo en consideración no sólo las acciones de los agentes del Estado, sino también todas las circunstancias circundantes. Las personas custodiadas están en una posición vulnerable y las autoridades

*tienen el deber de protegerlos. Cuando las autoridades deciden colocar y mantener retenida a una persona con discapacidad, deberían demostrar especial cuidado en garantizar esas condiciones como corresponden a sus necesidades especiales derivadas de su discapacidad (véase *Jasinskis contra Letonia*, núm. 45744/08, ap. 59, 21 de diciembre de 2010, con más referencias). En términos más generales, el Tribunal ha declarado que los Estados tienen la obligación de tomar medidas especiales para proporcionar a las personas vulnerables una protección eficaz contra los malos tratos de los que las autoridades tenían o deberían haber tenido conocimiento (*Z y otros contra el Reino Unido GS*, núm. 29392/95, ap. 73, TEDH 2001 V). En consecuencia, cuando un individuo es puesto bajo custodia con buena salud, pero más tarde muere, le corresponde al Estado ofrecer una explicación satisfactoria y convincente sobre los acontecimientos que condujeron a su muerte (véase *Carabulea contra Rumania*, núm. 45661/99, ap. 108, 13 de julio de 2010) y presentar las pruebas que hagan dudar de la veracidad de las denuncias de la víctima, especialmente si esas denuncias están respaldadas por informes médicos (véase *Selmouni contra Francia [GS]*, núm. 25803/94, ap. 87, TEDH 1999-V, y *Abdülsamet Yaman contra Turquía*, núm. 32446/96, ap. 43, 2 de noviembre de 2004).*

*Al valorar las pruebas, el Tribunal adopta la norma de prueba “más allá de toda duda razonable”. Pero añade que dicha prueba puede resultar de un conjunto de indicios, o de presunciones de hecho no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes; (véase *Orhan contra Turquía*, núm. 25656/94, ap. 264, 18 de junio de 2002, ap. 264, e *Irlanda contra el Reino Unido*, precitado, ap. 161).*

*El deber del Estado de velar por el derecho a la vida debe ser considerado como implicando no sólo la adopción de las medidas razonables para garantizar la seguridad de las personas en lugares públicos, sino también, en el caso de lesiones graves o muerte, teniendo en su lugar un sistema judicial independiente y eficaz que asegure la disponibilidad de medios jurídicos capaces de establecer rápidamente los hechos, declarar la culpabilidad de los responsables y proporcionar adecuada reparación a la víctima (véase *Dodov citada anteriormente*, ap. 83).*

*Esta obligación no requiere necesariamente la disposición de un recurso de derecho penal en todos los casos. Cuando se haya demostrado negligencia, por ejemplo, la obligación puede también cumplirse si el sistema legal brinda a las víctimas un recurso ante los Tribunales civiles, ya sea solos o junto a un recurso penal. Sin embargo, el artículo 2 del Convenio no se cumplirá si la protección conferida por la legislación nacional sólo existe en teoría: por encima de todo, también debe actuar eficazmente en la práctica (véase *Calvelli y Ciglio*, antes citada, ap. 53).*

Por otro lado, los órganos jurisdiccionales nacionales no deberían permitir que los delitos que pongan en peligro la vida queden impunes. Esto es esencial para mantener la confianza del público y asegurar la adscripción al estado de derecho y para prevenir cualquier apariencia de tolerancia o complicidad ante los actos ilícitos (véase, mutatis mutandis, Nikolova y Velichkova contra Bulgaria, núm. 7888/03, ap. 57, 20 de diciembre de 2007). Por lo tanto la tarea del Tribunal consiste en revisar si y en qué medida los Tribunales, al alcanzar una conclusión, han observado el cuidadoso escrutinio requerido por el artículo 2 del Convenio, con el fin de mantener el efecto disuasorio del sistema judicial en el lugar y velar por que las violaciones del derecho a la vida sean examinadas y compensadas (véase Öneriyildiz, precitado, ap. 96) (apartados 104 a 105 y 133 de la sentencia).

El Sr. Câmpeanu vivió toda su vida en manos de las autoridades nacionales, pero en ningún momento se le asignó tutor, por lo que se presumía que, a pesar de su grave discapacidad, tenía plena capacidad jurídica. A pesar de ello, en ningún momento después de cumplidos los 18 años, se obtuvo su consentimiento para los sucesivos traslados de un hospital a otro, ni en relación con los tratamientos médicos que recibió. El Tribunal consideró que el traslado del señor Câmpeanu de una unidad a otra se realizó sin un diagnóstico apropiado y en total desprecio de su verdadero estado de salud y de sus necesidades médicas más básicas y que el hospital no le proporcionó los servicios más básicos de atención y tratamiento. El Tribunal considera que en estas circunstancias, es más que evidente que al decidir ingresar al Sr. Câmpeanu en el PMH, a pesar de su estado altamente vulnerable, las autoridades nacionales irrazonablemente, ya habían puesto en peligro su vida. El fracaso continuo del personal médico en dispensar al Sr. Câmpeanu el tratamiento y cuidados adecuados fue además otro factor decisivo que condujo a su prematura muerte. Las autoridades también fallaron al no someter el caso del Sr. Câmpeanu al escrupuloso escrutinio requerido por el artículo 2 del Convenio y por lo tanto llevar a cabo una investigación efectiva sobre las circunstancias que rodearon su muerte.

c) El derecho a un recurso efectivo para hacer cumplir los derechos consagrados en el CEDH:

El alcance de la obligación al amparo del artículo 13 varía dependiendo de la naturaleza de la queja del demandante al amparo del Convenio. No obstante el recurso requerido por el artículo 13 debe ser "efectivo" de hecho así como de derecho. En concreto, su ejercicio no debe ser injustificadamente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado (véase Paul y Audrey Edwards contra el Reino Unido, núm. 46477/99, apds. 96-97, TEDH 2002-II).

Cuando está en juego un derecho de tal importancia fundamental como el derecho a la vida o la prohibición contra la tortura, tratos inhumanos y degradantes, el artículo 13 requiere, además del pago de la indemnización en su caso, una investigación exhaustiva y efectiva capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables, incluyendo el acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación. Cuando se cuestiona el cumplimiento por parte de las autoridades de la protección de las personas de los actos de los demás, el artículo 13 no siempre podrá exigir de las autoridades que asuman la responsabilidad de investigar las denuncias. Sin embargo, la víctima o la familia de la víctima deberían disponer de un mecanismo para establecer cualquier responsabilidad por parte de los funcionarios u órganos del Estado por actos u omisiones que impliquen la violación de sus derechos conforme al Convenio (véase Z y otros contra el Reino Unido [GS], precitado, ap. 109).

En opinión del Tribunal, la autoridad contemplada en el artículo 13 no necesariamente tiene que ser en todos los casos una autoridad judicial en sentido estricto. No obstante, los poderes y procedimientos garantistas que posee una autoridad son relevantes para determinar si el recurso es efectivo (ver Klass y otros, precitada, ap. 67). El Tribunal ha declarado que los recursos judiciales proporcionan fuertes garantías de independencia, acceso para la víctima y la familia y la ejecución de la reparación en cumplimiento de los requisitos del artículo 13 (véase Z y Otros contra el Reino Unido, ap.110)” (apartados 114 a 115 de la sentencia).

(...)

“el Tribunal señala que las iniciativas del CLR en nombre del Sr. Câmpeanu eran de naturaleza más bien sui generis, antes que entrar dentro del marco legal existente en relación a los derechos de las personas mentalmente discapacitadas, habida cuenta de que este marco era inapropiado hacer frente a las necesidades especiales de tales individuos, en particular con respecto a la posibilidad práctica de tener acceso a cualquier recurso disponible. En efecto, el Tribunal ya ha declarado previamente la violación por parte del Estado demandado de los artículos 3 o 5 del Convenio debido a la ausencia de recursos adecuados relativos a personas con discapacidades, incluyendo su acceso limitado a ese recurso potencial (véase C.B. contra Rumanía, apds. 65-67; Parascineti, apds. 34-38; y B. contra Rumanía (núm. 2), ap. 97, todas precitadas) (apartado 151 de la sentencia).

El Tribunal consideró en este caso que el Estado demandado no había logrado proporcionar un mecanismo adecuado capaz de otorgar una compensación a las personas con discapacidad mental que denuncian ser víctimas conforme al artículo 2 del Convenio.

El Tribunal recomienda que el Estado demandado disponga las medidas generales necesarias que garanticen que las personas mentalmente discapacitadas en una situación comparable a la del Sr. Câmpeanu, gocen de una representación independiente, que les permita presentar sus quejas relativas a su salud o tratamiento a examen ante un Tribunal u otro órgano independiente (véase, mutatis mutandis, ap.91 y Stanev, precitado, ap. 258) (apartado 151 de la sentencia).

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

III.1. Asunto HK Danmark. Diferencias de trato en el empleo por motivos de discapacidad (artículo 2 CDPD)

La Sra. Ring estuvo de baja laboral en diversas ocasiones, ya que padecía dolores permanentes para los que no había tratamiento. En noviembre de 2005 fue informada de su despido conforme al artículo 5.2 de la Ley danesa relativa a las relaciones jurídicas entre empleadores y empleados, de acuerdo con el cual se podía estipular por escrito en el contrato de trabajo que el trabajador podrá ser despedido con un mes de preaviso, con efectos al término del mes siguiente al de la fecha de preaviso, si el trabajador hubiera percibido su salario durante periodos de baja por enfermedad de un total de 120 días a lo largo de cualquier periodo de 12 meses consecutivos. Con posterioridad a dicho despido el lugar de trabajo de la Sra. Ring fue objeto de ajustes, colocando un mostrador de recepción nuevo, sustituyendo el revestimiento del suelo e instalando planos de trabajo de altura ajustable. La Sra. Ring comenzó una nueva actividad laboral como recepcionista en otra sociedad con un tiempo de trabajo de 20 horas semanales y estando dotado su puesto de trabajo de una mesa de altura regulable.

Por su parte la Sra. Skouboe Werge, que trabajaba como secretaria asistente de dirección, fue víctima de un accidente de circulación y sufrió un latigazo cervical, por lo que estuvo de baja médica durante 3 semanas. Después no faltó al trabajo por enfermedad más que unos días, aunque posteriormente, estuvo de baja por enfermedad a tiempo parcial durante 4 semanas, periodo en el que trabajaría alrededor de 4 horas al día. Finalmente pasó a una situación de baja total por enfermedad y aportó un certificado médico que la declaraba incapacitada para el trabajo al menos un mes más, señalando el médico que no podía pronunciarse sobre la duración de la incapacidad laboral. La empresa le comunicó su despido con un preaviso de un mes.

Actuando en nombre y por cuenta de las dos demandantes el Sindicato de Trabajadores HK interpuso una demanda de indemnización contra

los empleadores de aquellas sobre la base de la Ley antidiscriminación por considerar que ambas trabajadoras tenían una discapacidad y que sus respectivos empleadores tenían que haberles propuesto una reducción del tiempo de trabajo en virtud de la obligación de realizar ajustes prevista en el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación⁷ (en adelante, Directiva 2000/78).

En el marco de este procedimiento el tribunal danés planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE, que dictó sentencia el 11 de abril de 2013⁸.

En primer lugar, el TJUE examina si el concepto de “discapacidad” a la que se refiere la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que comprende el estado de salud de una persona que, a causa de dolencias físicas, mentales o psíquicas, no puede llevar a cabo su trabajo o solo puede hacerlo en medida limitada, durante un periodo de tiempo que probablemente se ha prolongado de manera permanente y, además, si dicho concepto comprende una condición causada por una enfermedad diagnosticada medicamente como incurable y si la naturaleza de las medidas que ha de adoptar el empleador es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable el referido concepto.

El TJUE recuerda que la Directiva 2000/78 no define el concepto de “discapacidad”, pero que la CDPD, ratificada por la UE mediante la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009⁹ reconoce en su Considerando e) que *la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás.*” y así el artículo 1, párrafo segundo, de la Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas *“que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.* Por ello el Tribunal señala que:

el concepto de «discapacidad» debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida

⁷ DO L 303, p. 16

⁸ Asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, ECLI: EU: C: 2013:222

⁹ DO 2010, L 23, p. 35

profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (apartado 38).

Considera por ello que si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva 2000/78. El estado de salud de una persona discapacitada que puede trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede entrar dentro del concepto de “discapacidad”. La naturaleza de las medidas que el empleador ha de adoptar no es determinante para considerar que al estado de salud de una persona le es aplicable este concepto.

El TJUE examinó también la cuestión de si el artículo 5 de la Directiva 2000/78 que regula los ajustes razonables para las personas con discapacidad, debe interpretarse en el sentido de que la reducción del tiempo de trabajo pueda constituir una de estas medidas de ajuste y llega a la conclusión de que no cabe excluir esta posibilidad, si bien incumbe al juez nacional determinar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para el empleador. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la CDPD también se refiere a los ajustes razonables y que el artículo 5 de la Directiva señala que los ajustes a que tienen derecho las personas con discapacidad debe ser razonables, en el sentido de que no deben constituir una carga excesiva para los empleadores. Pero también recuerda en su sentencia que:

En los asuntos principales, incumbe al Juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores.

Tal como se desprende del vigésimo primer considerando, a este respecto es preciso tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda.

Procede recordar que, en el marco del procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del órgano jurisdiccional nacional. Sin embargo, para proporcionarle una respuesta útil, el Tribunal de Justicia puede, en aras de la cooperación con los órganos jurisdiccionales

les nacionales, facilitarle todas las indicaciones que considere necesarios (apartados 59 a 61).

A estos efectos el TJUE apunta que puede constituir un elemento pertinente la circunstancia de que, inmediatamente después del despido de la Sra. Ring, DAB anunciara un puesto de trabajo para un empleado o empleada de oficina a tiempo parcial, es decir, 22 horas semanales, en su agencia regional de Lyngby o que la Sra. Ring comenzara un nuevo trabajo como recepcionista en otra sociedad con una duración real del tiempo de trabajo de 20 horas semanales.

Finalmente, el TJUE declaró que

la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que establece que un empleador puede poner fin a un contrato de trabajo con un preaviso abreviado si el trabajador discapacitado de que se trate ha estado de baja por enfermedad, manteniendo su remuneración, durante 120 días en los últimos 12 meses, cuando esas bajas son consecuencia de que el empleador no adoptó las medidas apropiadas conforme a su obligación de realizar ajustes razonables conforme al artículo 5 de la Directiva, salvo si tal disposición, al tiempo que persigue un objetivo legítimo, no excede de lo necesario para alcanzarlo, circunstancia que corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente (apartado 92).

El Tribunal considera que un trabajador discapacitado está más expuesto que un trabajador sin discapacidad al riesgo de que se le aplique el plazo de preaviso abreviado que contempla la disposición danesa controvertida, por lo que esta disposición puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad y de este modo suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad en el sentido del artículo 2.2 b) de la Directiva. El Gobierno danés justificó dicha normativa en el hecho de que se inscribe en la regulación general del mercado de trabajo danés, que se basa en una combinación entre, por un lado, la flexibilidad y la libertad contractual y, por otro, la protección de los trabajadores. Pero el Tribunal recuerda que el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que, en general, encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado.

III.2. Asunto Z. Trabajadora incapacitada para tener un hijo que recurre a la maternidad subrogada

La Sra. Z, que trabaja como profesora de educación secundaria en una escuela municipal en Irlanda, padece una rara afección consistente en que

carece de útero y no puede gestar un hijo, por lo que decidió con su esposo recurrir a la gestación por sustitución, acudiendo a una agencia especializada de California (EEUU). Conforme al Derecho californiano se considera a la Sra. Z y a su esposo como los padres de la niña que nació por este procedimiento, regresando con ella a Irlanda, Estado miembro en el que no están regulados los convenios de gestación por sustitución. La Sra. Z no pudo beneficiarse en su país del derecho a los permisos retribuidos por maternidad o por adopción, si bien las autoridades nacionales se manifestaron dispuestas a concederle un permiso no retribuido por el tiempo de permanencia en California previo al nacimiento de la niña y un permiso parental legal posterior a dicho nacimiento de duración máxima de 14 semanas y de carácter retribuido. Sin embargo, la Sra. Z presentó una demanda, alegando que había sido objeto de trato discriminatorio por motivo de sexo, estatuto familiar y discapacidad, que no se le habían concedido ajustes razonables en su condición de persona con discapacidad y que las autoridades se habían negado a concederle un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o por adopción. El Tribunal irlandés remitió una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE relativa a 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 ocupación¹⁰ y la Directiva 2000/78, anteriormente citada, y la CDPD.

El TJUE consideró en su sentencia de 18 de marzo de 2014¹¹ que en este caso el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no constituye una discriminación basada en el sexo en el sentido de los artículos 4 y 14 de la Directiva 2006/54, ya que, un hombre que fuera padre de un niño gracias a un convenio de gestación por sustitución hubiera sido tratado de la misma forma y, además, ningún dato obrante en los autos permite apreciar que esta denegación perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores. Por otra parte, el permiso por adopción queda fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva.

En segundo lugar, el Tribunal examina si la enfermedad de la Sra. Z cae dentro del concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78. El Tribunal recuerda que el concepto de discapacidad no se define en la Directiva si bien, a raíz de la ratificación por la UE de la CDPD, el TJUE ha estimado que el concepto de discapacidad en el sentido de dicha directiva debe entenderse como referido a una limitación,

¹⁰ DO L 204, p. 23

¹¹ Asunto C-363/12, **ECLI:EU:C:2014:159**

derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En este caso, el Tribunal consideró que:

El concepto de «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Ahora bien, como ha manifestado el Abogado General en los puntos 95 a 97 de sus conclusiones, la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye en principio un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él. En el presente asunto no se deduce de la resolución de remisión que la afección que aqueja a la Sra. Z. haya originado por sí misma la imposibilidad de que la interesada ejecute su trabajo o haya constituido una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional.

Siendo así, se ha de constatar que la afección que aqueja a la Sra. Z. no constituye una «discapacidad», en el sentido de la Directiva 2000/78, y que por tanto esta Directiva, y, en particular, su artículo 5, no es aplicable en una situación como la del litigio principal. El hecho de que la madre subrogante cuide de su hijo desde su nacimiento, como se menciona en la tercera cuestión, no puede desvirtuar esa apreciación (apartados 80 a 82).

Finalmente, el TJUE examina la validez de la Directiva 2000/78 en relación con la Convención de NNUU. A este respecto el Tribunal recuerda que cuando la naturaleza y el sistema de un tratado internacional permiten un control de validez de un acto de Derecho de la Unión en relación con las disposiciones de dicho tratado, es preciso -además de que las disposiciones invocadas para apreciar la validez del acto sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, requisito que se cumple cuando la disposición invocada contiene una obligación clara y precisa - que, en su ejecución o en sus efectos no se subordine a la adopción de acto ulterior alguno. El Tribunal considera que,

Dado que las obligaciones establecidas por esa Convención se dirigen a las Partes Contratantes, ese acuerdo internacional tiene carácter programático.

En consecuencia, las disposiciones de la Convención de la ONU están sometidas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de actos ulteriores,

que corresponde a las Partes contratantes. En ese marco, el anexo II de la Decisión 2010/48 contiene una declaración sobre la competencia de la Unión en lo que se refiere a las cuestiones regidas por la Convención de la ONU y sobre los actos de la Unión relacionados con las cuestiones regidas por ésta.

Siendo así, sin que sea preciso examinar la naturaleza y el sistema de la Convención de la ONU, se ha de constatar que sus disposiciones no constituyen, desde el punto de vista de su contenido, disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, en el sentido de la jurisprudencia citada en los apartados 85 y 86 de la presente sentencia, y carecen por tanto de efecto directo en el Derecho de la Unión. De ello se sigue que la validez de la Directiva 2000/78 no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU (apartado 88 a 90).

III.3. Asunto Glatzel. Permisos de conducción. Agudeza Visual

Al Sr. Glatzel le fue retirado el permiso de conducción por haber conducido en estado de embriaguez. Posteriormente, cuando se le expidió un nuevo permiso, se excluyó del mismo la categoría de permisos pesados por el hecho de que en un examen oftalmológico se había puesto de manifiesto que sufría una acusada pérdida funcional de la visión de un ojo. Tras una reclamación infructuosa contra esa denegación el Sr. Glatzel recurrió ante un Tribunal contencioso-administrativo, que también desestimó su recurso. En el marco del recurso de apelación el Tribunal acordó una serie de diligencias probatorias que le llevaron a acoger la pretensión del Sr. Glatzel, si bien dicho tribunal planteó cuestión prejudicial ante el TJUE por cuanto tenía dudas sobre si la imposibilidad de que personas como el Sr. Glatzel accedan a actividades profesionales cuyo ejercicio está sujeto legalmente o en la práctica a la condición de ser autorizado a conducir vehículos de las categorías C1 y C1E constituye una discriminación en razón de la discapacidad de la persona afectada.

La Directiva 2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el permiso de conducción¹², en su versión modificada por la Directiva 2009/113/CE de la Comisión, de 25 de agosto de 2009¹³, en su anexo III, punto 6.4 establece las normas mínimas en materia de visión para los conductores de vehículos pesados (categorías C1 y C1E). El tribunal remitente pide al Tribunal de Justicia que aprecie la validez de dichas normas mínimas en relación con los artículos 20, 21 y 26 de la Carta de

¹² DO L 403, p.18

¹³ DO L 223, p. 31

Derechos Fundamentales de la UE que se refieren, respectivamente, a la igualdad ante la ley a la no discriminación por razón de discapacidad y a la integración de las personas discapacitadas. El Tribunal remitente considera que dicha exigencia de agudeza visual también es contraria a la CDPD.

El TJUE en sentencia del 22 de mayo de 2014¹⁴ observa que el concepto de “discapacidad” no se define en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Es la jurisprudencia del TJUE la que considera que dicho concepto, a efectos de la Directiva 2000/78, debe interpretarse a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre la discapacidad. Por ello el artículo 21 de la Carta exige que el legislador de la Unión no establezca ninguna diferencia de trato en razón de una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con las demás personas, a menos que esa diferencia de trato esté objetivamente justificada. El Tribunal entiende que para apreciar la validez de la Directiva 2006/126 con el artículo 21 de la Carta no es preciso determinar de manera definitiva si en el litigio principal se considera al Sr. Glatzel persona discapacitada, toda vez que la diferencia de trato consistente en no concederle un permiso de conducción de vehículos pesados, porque su agudeza visual es insuficiente puede estar objetivamente justificada a la luz de consideraciones imperiosas relacionadas con la seguridad vial. El legislador de la Unión dispone de un amplio margen de apreciación en cuestiones de orden médico complejas, como la agudeza visual necesaria para conducir vehículos de motor, por lo que el juez de la Unión no puede sustituir la apreciación de los hechos de carácter científico y técnico por el legislador, a quien los Tratados constitutivos atribuyeron dicha función, por la suya propia.

Por otra parte, el TJUE recuerda que las disposiciones de Naciones Unidas sobre la discapacidad están sometidas, en su ejecución y en sus efectos, a la existencia de actos ulteriores, que corresponde adoptar a las Partes Contratantes, por lo que las disposiciones de dicha Convención no constituyen, desde el punto de vista de su contenido, disposiciones incondicionales y suficientemente precisas que permitan el control de la validez del acto del Derecho de la Unión en relación con ellas.

Aunque el artículo 26 de la Carta exige que la Unión respete y reconozca el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas de integración, el principio enunciado por ese artículo no implica, en cambio, que el legislador de la Unión esté obligado a adoptar una u otra medida espe-

¹⁴ Asunto C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350

cifica. En efecto, para que aquel artículo produzca plenamente sus efectos, debe ser concretado mediante disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional. Por consiguiente, ese artículo no puede por sí solo conferir a los particulares un derecho subjetivo invocable como tal (véase en este sentido, en lo que atañe al artículo 27 de la Carta, la sentencia Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, apartados 45 y 47) (apartado 78).

III.4. Asunto FOA. Obesidad del trabajador como causa de despido

El Sr. Kaltoft tenía un contrato de duración definida con el Municipio de Billund (Dinamarca) como cuidador infantil para cuidar niños en su propio domicilio. Durante el tiempo de su contrato estaba obeso, según la definición de la Organización Mundial de la Salud y aunque intentaba perder peso lo recuperaba después. Tras diversas vicisitudes el empleador intentó despedirlo y en una entrevista entre las partes se abordó la cuestión de la obesidad. Sin embargo, en su despido se alegó el número decreciente de niños y, por consiguiente, de la carga de trabajo. No obstante, el único cuidador despedido por el descenso de la carga alegada fue el Sr. Kaltoft. El sindicato FOA, actuando por cuenta del Sr. Kaltoft interpuso un recurso en el que sostenía que el Sr. Kaltoft había sido víctima de discriminación por motivo de obesidad y que por ello debía concedérsele una indemnización por daños y perjuicios. En el marco de dicho litigio el tribunal danés planteó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE.

El Tribunal de Justicia en su sentencia de 18 de diciembre de 2014¹⁵ recuerda que a efectos de la Directiva 2000/78 el concepto de “discapacidad” debe de interpretarse a la luz de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad tras la ratificación por parte de la Unión de dicha Convención. Dicho concepto debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Dicho concepto de “discapacidad” debe entenderse en el sentido de que no solo abarca la imposibilidad de ejercer una actividad profesional, sino también una dificultad para el ejercicio de ésta. Sería contrario al objetivo mismo de la Directiva 2000/78, que consiste en hacer realidad el de igualdad de trato, admitir que ésta pueda aplicarse en función de la causa de discapacidad. A efectos de dicha Directiva el

¹⁵ Asunto C-354/13, ECLI:EU:C:2014:2463

concepto de “discapacidad” no depende de en qué medida la persona haya podido o no contribuir a su propia discapacidad.

El Tribunal considera que:

A los efectos de la Directiva 2000/78, la obesidad como tal no puede considerarse «discapacidad», dado que, por su propia naturaleza, no da lugar necesariamente a una limitación de las contempladas en el apartado 53 de la presente sentencia.

En cambio, en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, pudiera impedir la participación plena y efectiva de dicha persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, y si esta limitación fuera de larga duración, la obesidad podría estar incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia HK Danmark, EU:C:2013:222, apartado 41).

Así sería, en particular, si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional (apartados 58 a 60).

Corresponde al tribunal remitente comprobar en este caso si la obesidad del Sr. Kaltoft le acarree una limitación de esta naturaleza.

III.5. Asunto Daouidi. Derecho laboral. Incapacidad temporal versus limitación duradera de la capacidad

El Sr. Douidi, que trabajaba como ayudante de cocina en un restaurante, estando en situación de incapacidad temporal debido a un accidente laboral, fue despedido. En el marco del procedimiento judicial contra dicho despido se planteó al TJUE si la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que una persona se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, conlleva, por sí solo, que la limitación de su capacidad se pueda calificar de «duradera», con arreglo al concepto de «discapacidad» mencionado en esa Directiva.

En su sentencia de 1 de diciembre de 2016¹⁶ el TJUE comienza recordando que

La Unión aprobó la Convención de la ONU sobre la discapacidad mediante la Decisión 2010/48. Por consiguiente, a partir de la entrada en vigor de aquélla, sus disposiciones forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión (véase la sentencia de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 73 y jurisprudencia citada). Por otra parte, del apéndice al anexo II de esta Decisión resulta que, en el ámbito de la vida independiente y la inclusión social, el trabajo y el empleo, la Directiva 2000/78 figura entre los actos de la Unión relacionados con cuestiones regidas por esta Convención.

De ello se sigue que dicha Convención puede ser invocada para interpretar esta Directiva, que en la medida de lo posible debe interpretarse de conformidad con esa misma Convención (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 32, y de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 75).

Por esa razón, a raíz de la ratificación por la Unión de la Convención de la ONU, el Tribunal de Justicia ha estimado que el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse como referido a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véanse las sentencias de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 38; de 18 de marzo de 2014, Z., C-363/12, EU:C:2014:159, apartado 76, y de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 53).

En consecuencia, la expresión «personas con discapacidad» contenida en el artículo 5 de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de englobar a todas las personas que tengan una discapacidad que se corresponda con la definición expuesta en el apartado anterior (sentencia de 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, no publicada, EU:C:2013:446, apartado 57) (apartados 40 a 43).

A continuación destaca que dicha Directiva comprende, en particular, las discapacidades debidas a accidentes, por lo que, si un accidente acarrea una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales

¹⁶ ECLI:EU:C:2016:917

o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, puede estar incluido en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78.

En este caso para determinar si se trata de una persona con discapacidad hay que analizar si esa limitación de su capacidad es duradera en el sentido de la jurisprudencia citada. Observa el TJUE que:

La Convención de la ONU no define el concepto del carácter «a largo plazo» de las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. La Directiva 2000/78 no define el concepto de «discapacidad» ni establece el de limitación «duradera» de la capacidad de la persona con arreglo a dicho concepto (apartado 49).

A falta de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros este concepto debe ser objeto de interpretación autónoma y uniforme por el Derecho de la Unión. Así, la sentencia entiende que

A falta de tal remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el concepto de limitación «duradera» de la capacidad de la persona, con arreglo al concepto de «discapacidad» al que se refiere la Directiva 2000/78, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme.

De ello resulta que el hecho de que se aplique al Sr. Daouidi el régimen jurídico de la incapacidad «temporal», con arreglo al Derecho español, no puede excluir la calificación de la limitación de su capacidad como «duradera», en el sentido de la Directiva 2000/78, interpretada a la luz de la Convención de la ONU.

Por otra parte, el carácter «duradero» de la limitación debe analizarse con respecto al estado de incapacidad del interesado en la fecha en la que se adopta contra él el acto presuntamente discriminatorio (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 29).

Por lo que respecta al concepto de carácter «duradero» de una limitación en el contexto del artículo 1 de la Directiva 2000/78 y del objetivo perseguido por ésta, es necesario recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la importancia que el legislador de la Unión atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período (véase la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, apartado 45).

Corresponde al Juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter «duradero», ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico (apartados 51 a 55).

El hecho de que el interesado se halle en situación de incapacidad temporal, con arreglo al Derecho nacional, de duración incierta, a causa de un accidente laboral no significa, por sí solo, que la limitación de su capacidad pueda ser calificada de «duradera», con arreglo a la definición de «discapacidad» mencionada por esa Directiva, interpretada a la luz de la Convención de la ONU. Entre los indicios que permiten considerar que tal limitación es «duradera» figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona. Y al comprobar ese carácter «duradero», el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de acuerdo con los conocimientos y datos médicos y científicos actuales.

III.6. Asunto Milkova. Acción positiva para proteger a las personas con discapacidad. Art. 27 y 5 CDPD.

La Sra. Milkova, funcionaria, que trabajaba en la una Agencia estatal búlgara, tenía una deficiencia mental por la que se le había reconocido una incapacidad del 50%. Al ser despedida impugnó dicho despido, alegando que se producía una situación de discriminación del personal funcionario frente al laboral, pues para el caso de trabajadores laborales con discapacidad se exige por la legislación búlgara una protección adicional (autorización previa de la Inspección de Trabajo), que no se aplica en el caso de funcionarios.

El TJUE en su sentencia de 9 de marzo de 2017¹⁷ comienza señalando que no parece que la normativa nacional controvertida en el litigio principal establezca una diferencia de trato por motivo de discapacidad, en el sentido de lo dispuesto en los artículos 1 y 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, dado que se basa en un criterio que no está indisolublemente ligado a la discapacidad. Sin embargo el Gobierno búlgaro alegó que dicha medida constituye en esencia una «acción positiva» en el sentido del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2000/78.

¹⁷ ECLI:EU:C:2017:198

A este respecto, ha de recordarse que dicho precepto permite establecer una diferenciación por motivo de discapacidad, siempre y cuando dicha diferenciación forme parte de disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo o de medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de las personas con discapacidad en el mundo laboral. Una diferenciación de este tipo a favor de personas con discapacidad contribuye a la realización del objetivo de la Directiva 2000/78 expuesto en el artículo 1 de ésta, a saber, la lucha contra la discriminación, en este caso por motivo de discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de aplicar el principio de igualdad de trato en el Estado miembro de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, apartado 42).

En efecto, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2000/78 tiene la finalidad de autorizar medidas específicas destinadas efectivamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden sufrir las personas con discapacidad en su vida social y, concretamente, en su vida profesional, así como lograr una igualdad sustancial, no meramente formal, reduciendo tales desigualdades.

Esta interpretación se ve corroborada por la Convención de la ONU, que, según reiterada jurisprudencia, puede ser invocada para interpretar la Directiva 2000/78, la cual debe interpretarse, en la medida de lo posible, de conformidad con dicha Convención (sentencia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917, apartado 41 y jurisprudencia citada).

En efecto, procede señalar por un lado que, en virtud del artículo 27, apartado 1, letra h), de la Convención de la ONU, las Partes contratantes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción positiva, incentivos y otras medidas. Por otro lado, según el artículo 5, apartado 1, de dicha Convención, las Partes contratantes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ésta y que tienen derecho a igual protección legal y a acogerse a la ley en igual medida sin discriminación alguna, mientras que el artículo 5, apartado 4, de la misma Convención autoriza expresamente las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

De todo lo anterior se deduce que la normativa controvertida en el litigio principal está incluida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado

2, de la Directiva 2000/78 y que, como tal, su objetivo está cubierto por el Derecho de la Unión, en el sentido de la reiterada jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia para determinar si una medida nacional guarda relación con la aplicación del Derecho de la Unión a efectos del artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta») (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de marzo de 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126, apartados 22 y 25 y jurisprudencia citada, y de 10 de julio de 2014, Julián Hernández y otros, C-198/13, EU:C:2014:2055, apartado 37) (apartados 46 a 50).

La finalidad de una normativa como la controvertida en el litigio principal consiste en proteger al trabajador, no en función de cuál sea el vínculo jurídico constitutivo de su relación de trabajo, sino en función de su estado de salud. Por ello el TJUE considera que

La distinción que opera dicha normativa entre los trabajadores por cuenta ajena con una determinada discapacidad y los funcionarios con la misma discapacidad no parece adecuada a la luz de la finalidad de dicha normativa, a mayor abundamiento cuando ambas categorías de personas con discapacidad pueden prestar servicios para la misma Administración.

Corresponde al juez nacional verificar, en relación con la diferencia de trato alegada en el litigio principal, si la normativa nacional aplicable en su conjunto ofrece a los funcionarios con discapacidad un grado de protección equivalente al previsto por el mecanismo de la autorización previa de la Inspección de Trabajo con respecto a los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad empleados como personal laboral en el sector público.

Para terminar, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente declarase que existe una diferencia de trato entre ambos grupos de personas, que se encuentran en situación análoga, incumbiría en última instancia a dicho órgano jurisdiccional, único competente para evaluar los hechos controvertidos en el litigio del que conoce y para interpretar la normativa nacional aplicable, determinar si, y en su caso en qué medida, una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal está objetivamente justificada a la luz del principio de igualdad de trato (apartados 61 a 63).

Si existe esta discriminación contraria al Derecho de la Unión, ¿cómo debe actuar el Juez nacional? El TJUE recuerda en su sentencia que el juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo desfavorecido el mismo régimen del que disfruten las personas incluidas en la otra categoría. Pero también

ha precisado el TJUE que esta solución sólo es aplicable cuando exista un sistema de referencia válido.

En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente comprobase que no se respeta el principio de igualdad de trato, la consecuencia sería que el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2000/78, a la luz de la Convención de la ONU, se opondría a una normativa de un Estado miembro como la controvertida en el litigio principal. En tal caso, el régimen aplicable a los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad, favorecidos por el régimen vigente, sería el único sistema de referencia válido. Por consiguiente, el restablecimiento de la igualdad de trato en una situación como la controvertida en el litigio principal implicaría conceder a los funcionarios con discapacidad, desfavorecidos por el régimen vigente, las mismas ventajas a las que pueden acceder los trabajadores por cuenta ajena con discapacidad, favorecidos por ese régimen, en particular en cuanto a la protección especial ex ante frente al despido, que obliga al empleador a solicitar una autorización previa de la Inspección de Trabajo antes de extinguir la relación de trabajo (véase, por analogía, la sentencia de 28 de enero de 2015, ÖBB Personenverkehr, C-417/13, EU:C:2015:38, apartado 48).

III.7. Asunto Ruiz Conejero

El Sr. Ruiz Conejero trabajaba como limpiador en un hospital. Tenía un grado de discapacidad del 37%, que se desglosaba en un 32% debido a limitaciones físicas derivadas de una enfermedad del sistema endocrino-metabólico (obesidad) y de una limitación funcional en la columna vertebral, y en un 5% debido a factores sociales complementarios. Fue despedido debido a la duración de sus ausencias acumuladas, que, aun justificadas, superaban los límites previstos en el artículo 52 b) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, el 20% de las jornadas hábiles en los meses de marzo y abril de 2015, habiendo alcanzado el total de sus faltas en los doce meses anteriores el 5% de las jornadas hábiles. El Sr. Conejero alegó la vinculación directa entre dichas ausencias y su condición de discapacitado.

El juez nacional planteó una cuestión prejudicial al TJUE acerca de si el artículo 2, apartado 2, letra b), de la Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, incluso cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador. En su sentencia de 18 de

enero de 2018 (**ECLI:EU:C.2018:17**) el TJUE respondió afirmativamente a esta cuestión, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78 debe entenderse referido a una limitación de la capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15, EU:C:2017:198, apartado 36 y jurisprudencia citada).

A este respecto, en el supuesto de que, en determinadas circunstancias, la obesidad del trabajador de que se trate acarree una limitación de la capacidad como la contemplada en el apartado anterior de la presente sentencia, esa obesidad estará incluida en el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 59).

Así sucederá, en particular, si la obesidad del trabajador impide su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitan realizar su trabajo o que le generen dificultades en el ejercicio de su actividad profesional (sentencia de 18 de diciembre de 2014, FOA, C-354/13, EU:C:2014:2463, apartado 60) (apartados 28 a 30 de la sentencia).

Para analizar si los medios aplicados por la normativa nacional tienen como finalidad combatir el absentismo laboral hay que analizar si dichos medios son adecuados a la consecución de dicha finalidad y no van más allá de lo necesario para alcanzarla.

A este respecto, por un lado, en lo relativo al examen de la adecuación de los medios aplicados, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si los datos numéricos recogidos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores se han concebido efectivamente para responder a la finalidad de combatir el absentismo laboral, sin incluir ausencias meramente puntuales y esporádicas.

El órgano jurisdiccional remitente debe tomar igualmente en consideración todos los demás aspectos relevantes para efectuar dicha verificación, en

particular los costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia del absentismo laboral.

Asimismo, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores, al establecer el derecho al despido de los trabajadores en caso de faltas de asistencia intermitentes por causa de enfermedad durante un determinado número de días, tiene, respecto a los empresarios, el efecto de un incentivo para la contratación y el mantenimiento en el puesto de trabajo (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 88).

Por otro lado, al objeto de examinar si los medios previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida, procede situar ese precepto en el contexto en que se inscribe y tomar en consideración el perjuicio que puede ocasionar a las personas a que se refiere (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 89 y jurisprudencia citada).

En este sentido, corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si el legislador español no ha tenido en cuenta datos relevantes que se refieren, en particular, a los trabajadores con discapacidad (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 90).

A la hora de evaluar la proporcionalidad de los medios previstos en el artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores, no debe ignorarse tampoco el riesgo que corren las personas afectadas por una discapacidad, que en general encuentran más dificultades que los trabajadores sin discapacidad para reincorporarse al mercado de trabajo y tienen necesidades específicas ligadas a la protección que requiere su estado (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de abril de 2013, HK Danmark, C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222, apartado 91).

Pues bien, a este respecto procede señalar que, a tenor del artículo 52, letra d), del Estatuto de los Trabajadores, no se computan como faltas de asistencia intermitentes al trabajo que permiten la extinción del contrato de trabajo, entre otras, las ausencias debidas a enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos. Tampoco se computan las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave” (apartados 46 a 52 de la sentencia).

