



Medidas Jurídicas Apropriadas en la Integración Social de las personas con Fibromialgia y Síndrome de Fatiga Crónica

Incapacidad temporal y permanente y su incidencia sobre el contrato de trabajo

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

INCAPACIDAD TEMPORAL Y PERMANENTE Y SU INCIDENCIA SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

Presentación

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

Para ello se ha articulado esta presentación, a la que deberá seguir el correspondiente debate acerca de las diversas propuestas que puedan hacerse, amén de la pertinente discusión sobre la hipotética insuficiencia de las medidas jurídicas *ad hoc* previstas hasta ahora, en dos partes:

1ª.- La incidencia de la enfermedad sobre la aptitud para el trabajo y su interferencia sobre el mismo en forma de bajas médicas y posterior posible declaración de IP, así como en relación con otro tipo de efectos negativos sobre la relación laboral del afectado (tanto desde el punto de vista de la posible discriminación asociada a los aspectos peyorativos que se le atribuyen popularmente, como su feminización, su índole psicosomática, su relación con problemas personales y mentales ajenos a la enfermedad... como desde la perspectiva de la extinción del contrato de trabajo basada precisamente en la situación de enfermedad prolongada o reiteradas bajas médicas que perjudican la productividad e intereses de la empresa).

2ª.- Las medidas jurídicas que podrían facilitar la adaptación al trabajo de estos enfermos y que, desde tanto la Ley de Prevención de Riesgos Laborales como desde la LISMI y otras normas de carácter laboral reguladoras de la recolocación de trabajadores con incapacidades o minusvalías declaradas (v.g. RD 1451/1983) o del fomento del trabajo de éstos incluso desde el autoempleo (incentivos a la contratación y al autoempleo y otros beneficios o subvenciones públicos). Esta parte corre a cargo de la magistrada Lourdes Arastey Sahún.

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

LAS MEDIDAS JURÍDICAS APROPIADAS PREVIAS Y ALTERNATIVAS A LA DECLARACIÓN DE LA INCAPACIDAD Y LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE.

La persona afectada de fibromialgia y/o de síndrome de fatiga crónica que trabaje indudablemente va a encontrarse con dificultades de adaptación y con la necesidad de

acogerse a la situación de incapacidad temporal en diversas ocasiones y, dependiendo de la gravedad de su dolencia, a la de incapacidad permanente:

Fase o estadio A) El enfermo frente al trabajo.

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

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

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

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

Las situaciones de incapacidad temporal.

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

Según indican los estudios médicos, la estimación es de una media de diez consultas al médico al año en los pacientes de fibromialgia y una media de tres fármacos diarios para el control del dolor¹, lo cual puede incluso contraindicar la realización de ciertos trabajos (v.g. aquellos que requieren el manejo de máquinas peligrosas).

Esta necesidad ha de ponerse en relación con dos cuestiones:

¹ LERA MIGUEL, S.: *Características y respuesta al tratamiento multidisciplinar de pacientes afectas de Fibromialgia*. Memoria de tesis doctoral, Universidad de Barcelona, 2005, p. 6.

- El sistema de bajas médicas previsto en la legislación de Seguridad social (LGSS) y en su caso el derecho al correspondiente permiso laboral para ausentarse del trabajo sin consecuencias negativas, que, sin embargo, no tiene reconocimiento legal en el art. 37.3 ET, por lo que depende en todo caso de lo que prevean los convenios colectivos, que en buena parte se ocupan de regular este derecho como permiso retribuido o en todo caso ausencia justificada. La vía alternativa en este caso sería la baja médica de corta duración, que supone un coste empresarial, pues, al tratarse de una enfermedad común, éste debe asumir el pago de la prestación por incapacidad temporal hasta el decimoquinto día de la baja, o bien que, de ser su duración inferior a cuatro días (pues la prestación nace a partir del cuarto día en estos casos), se asuma por el trabajador sin prestación, pero con cómputo de tales ausencias, aun justificadas (a los efectos del despido por absentismo, *ex art. 52 ET*).
- La incidencia real de los síntomas y manifestación de la enfermedad sobre el trabajo. Teniendo en cuenta que la prevalencia estudiada de los síntomas nucleares y asociados a la fibromialgia son (Wolfe y Cols, 1990):
 - Colon irritable 35%
 - Ansiedad 44%
 - Dolor de cabeza 54%
 - Parestesias 67%
 - Rigidez articular matutina 76%
 - Fatiga 78%
 - Dolor extenso 97%

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

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

sistema de incapacidad temporal (más y mayores procesos de incapacidad temporal).

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

En esta tesitura cabe plantear si es adecuado para el enfermo el mecanismo de la incapacidad temporal o sería necesario descartarlo a favor de la incapacidad permanente o bien por otro sistema de adaptación o rehabilitación (teniendo en cuenta las obligaciones empresariales al respecto, derivadas del art. 25 LPRL) que reservara la incapacidad temporal únicamente para las agudizaciones de la enfermedad, o si esta posibilidad sólo cabe en relación con aquellos trabajos o tipos de trabajos en los que no se dé tal prevalencia en la exposición a riesgos que multipliquen o amplíen el efecto de los síntomas propios de la FM y SFC.

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

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

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

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

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

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

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

El TJCE, en su sentencia de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A., plantea precisamente la cuestión desde el punto de vista de una eventual discriminación en el empleo y la ocupación, prohibida por la Directiva 2000/78/CE². Dicha sentencia concluye que el concepto de discapacidad debe interpretarse de forma autónoma y con validez para todos los Estados miembros y que la simple enfermedad no constituye situación amparada sino hasta declararse la situación de incapacidad o de minusvalía, puesto que las medidas a las que se refiere tal protección tienen que ver con situaciones prolongadas con las que no se corresponde el concepto de "enfermedad" sin declaración alguna de incapacidad (la STJCE se refiere a *una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional*).

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

En el Derecho español, tanto el art. 17.1 ET³ (en su versión modificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social),

² Su artículo 1 dispone: «La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato». El art.4 de la Directiva establece que los Estados Miembros podrán disponer que una diferencia de trato basado en una característica, relacionada con alguno de los motivos protegidos, no tendrá carácter discriminatorio cuando, debida a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado. Y el art. 5: «A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades».

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

³ «Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones

como el art. 55.5 ET declaran la nulidad de las medidas de carácter discriminatorio y entre ellas de los despidos discriminatorios. Sin embargo, la enfermedad no está prevista como situación protegida, sino sólo la discapacidad, por lo que, de acuerdo con la sentencia comunitaria citada, no puede entenderse incluido.

Pese a ello, dos sentencias del TSJ de Cataluña (Sala social) han declarado la nulidad del despido en tal situación, en virtud de los razonamientos siguientes:

Sentencia de **12 de julio de 2006**, dictada en Sala General, núm. 5340/2006:

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

Sentencia de **30 de marzo de 2007**, Recurso núm. 8192/2006:

También utiliza el criterio de la "segregación", para concluir que:

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

Por otra parte, no se ha planteado la nulidad del despido de enfermos de fibromialgia pero, habida cuenta de que superan el 90% de los diagnósticos de la enfermedad las declaradas a mujeres, cabría plantear dicha nulidad no por la vía estricta de la enfermedad, sino por la discriminación indirecta por razón de sexo. Además, téngase en cuenta que la Ley

directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español".

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, modifica incluso la Ley General de Sanidad para dar una atención específica a las enfermedades femeninas o prevalentes en la mujer, y ésta es una de ellas, lo que justifica este refuerzo de protección.

La Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*⁴, aplicable incluso a los trabajadores inválidos, prohíbe las discriminaciones directas o indirectas (definidas en el art. 2.1) cuando se aplica una restricción basada en el sexo de la trabajadora⁵.

La doctrina comunitaria acerca del valor indiciario del dato estadístico⁶ viene a sentar en estos casos (simplificadamente) que si el colectivo mayoritariamente afectado por una medida aparentemente neutra estadísticamente es el femenino, se está introduciendo una discriminación indirecta por razón de sexo⁷. Desde esta perspectiva, por tanto, cabría plantear este despido como discriminatorio por razón de sexo, a la luz de la Ley Orgánica de Igualdad, y declarar su nulidad.

Fase o estadio B) La declaración de incapacidad permanente.

1.- Grados posibles:

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

Ahora bien, en primer lugar, parece poco probable la aplicación del grado de incapacidad permanente parcial, aparte de que se venga reconociendo en la práctica sólo en caso de accidentes y no de enfermedades comunes (bajo el argumento de que la edad en sí misma provocaría pérdidas o degeneración artrósica en todos los casos y por tanto obligaría a declarar dicho grado en edades próximas a la jubilación a casi todos los trabajadores),

⁴ La citada directiva declara su aplicabilidad en su art. 1 a todas las condiciones, laborales y de Seguridad Social: a) el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional; b) las condiciones de trabajo, incluida la retribución; c) los regímenes profesionales de seguridad social

⁵ Éste define como «discriminación directa» la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable, y como «discriminación indirecta» la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

⁶ Un ejemplo de empleo del criterio del espectro de valoración o estadístico relevante, es decir, con respecto a un número relativamente importante de trabajadores, puede encontrarse en la STJCE de 17 de octubre de 1989, *Danfoss*, 109/88).

⁷ Procesalmente, el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba facilita la prueba en aquellos procesos judiciales en los que el demandante alegue haber sido objeto de dicho trato y aporte en su apoyo suficientes indicios de veracidad de su alegación. Esta garantía se recoge tanto en el art. 8 de la Directiva 2000/43 como en el art. 10 de la Directiva 2000/78, con idéntica redacción. El mecanismo ha sido interpretado por el TJCE en el sentido de que para que pueda operar no basta la mera alegación, sino la prueba inicial de una «discriminación aparente» (cfr. STJCE de 30 de marzo de 2000, y de 26 de junio de 2001, *asunto Brunnhofen*), que el empresario deberá destruir mediante la acreditación de razones objetivas que expliquen la desigualdad de trato.

porque la repercusión funcional de esta enfermedad –tanto la fibromialgia como el síndrome de fatiga crónica- es mucho más amplia, cuando tiene la gravedad requerida, que el 33% de disminución de la capacidad funcional para el trabajo habitual.

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

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

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

2.- Problemas de evaluación en la práctica judicial. Los informes médicos manejados y la definición de la enfermedad y su gravedad y limitaciones en los mismos.

Estas dificultades se pueden resumir en los siguientes indicadores:

- a) informes genéricos que no concretan la gravedad de la enfermedad y las concretas limitaciones que produce;
- b) como en todas las incapacidades, falta de profesiograma laboral para valorar las posibles limitaciones relacionando limitación y tareas a realizar, fundamental para realizar un correcto análisis jurídico de la situación, considerando asimismo la falta de conocimientos profundos de carácter médico por los magistrados que deben resolverlas;
- c) común a todas las incapacidades es también que se evidencie la falta de seguimiento continuado de la enfermedad (reflejado en un historial clínico continuado y documentado), porque esto inclina la interpretación hacia la exclusión del verdadero alcance incapacitante, y favorece la sensación de que se trata de una “prueba preconstituida”, de favor o *ad hoc* para el pleito a fin de obtener la incapacidad exclusivamente, no importa el rigor científico del hospital de su procedencia, frecuentemente privado; del mismo modo, la existencia de informes únicamente del médico de familia o de peritos médicos privados hace presuponer que falta un verdadero respaldo médico de un diagnóstico serio y tratamiento curativo antes de la solicitud de la prestación;
- d) se impugnan en vía judicial un porcentaje muy elevado de las incapacidades denegadas en vía administrativa. Y, además, en un porcentaje igualmente elevado, se recurren ante el Tribunal Superior de Justicia. Estadística aproximada de éste:
 - se deniegan todas las que vienen indicadas en sentido genérico, como “fibromialgia”, sin más;

- si se acredita la severidad o gravedad de la enfermedad, que indica una severa limitación para el trabajo, se reconoce el grado de incapacidad;
- el grado reconocido es el de IPA si provoca una incapacidad para el trabajo físico pero también determina pérdidas cognitivas o merma significativa de la aptitud psíquica para el trabajo, como consecuencia del dolor permanente (o comorbilidad con síndrome depresivo grave: el leve o moderado tampoco modifica el grado incapacitante);
- el número de recursos estimados en los que se reconoce la incapacidad, en atención a las circunstancias anteriores, no es alto, pues ha de constar la severidad de la enfermedad;
- la casi práctica totalidad de los casos vienen acompañados de informe pericial realizado sólo a partir del inicio del pleito o de informes realizados a solicitud del paciente por el médico de familia, a los que en sí mismos se concede menor credibilidad;
- no es habitual recurrir al informe médico adicional que supone el informe forense para despejar las dudas del juez, por ser recurso usado en supuestos extraordinarios en los que existe una auténtica contradicción entre todas las pruebas practicadas, que no permiten al juzgador extraer una conclusión clara de todo ello;
- la difusión de la enfermedad está provocando que se incluya en las reclamaciones y demandas como una enfermedad más –y no precisamente la prevalente, que suele ser otra u otras-, al mismo nivel de la hipertensión o la hipercolesterolemia, sin especial fundamentación ni por supuesto acreditación, lo cual motiva que ya un elevadísimo número de demandas y recursos entren con la alegación de tal enfermedad y que por lo tanto se discuta acerca de la misma diariamente en los tribunales. Obviamente, este uso abusivo repercute negativamente sobre las personas verdaderamente afectadas por la misma, pero tampoco determina un rechazo o prevención judicial específica, pues en cada caso se examina el supuesto individualizado a fin de indagar si la enfermedad existe y está acreditada suficientemente.

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

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

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

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

4.- La cuestión del género.

La tasa de mujeres ocupadas se concentra en la franja que va desde los 30 a los 49 años (el 55,7%), donde se aprecia el aumento de solicitudes de incapacidad (a partir de los 40 y sobre todo de los 50 años de edad, concretamente a partir de los 55 años, pues entre esta edad y los 64 se sitúa la mayor parte de incapacidades reconocidas en el sistema de la Seguridad Social español⁸).

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

Así, si se examinan los fondos jurisprudenciales, por ejemplo el de la Editorial Aranzadi, que en su fondo recoge buena parte de las resoluciones judiciales dictadas en materia de incapacidad permanente (algo más del 70% de las dictadas por nuestros tribunales superiores de justicia), del periodo comprendido entre 2000 y 2006 (primer trimestre), encontramos las siguientes:

a) Por patologías:

✚ **Trastornos mentales:** a) **Depresiones:** 7129 resoluciones; b) Trastorno ansioso depresivo: 2371.

✚ **Fibromialgia:** el auge de las solicitudes por incapacidad permanente se produce a partir de 2000, año en el que se registran 243 resoluciones judiciales, frente a las 18 del año 1999. Desde este año, van *in crescendo* y se dispara a partir del año 2003 (con un total para el periodo de 5714):

⁸ En el año 2004, un total de 54600 en la edad de 55 a 59 años, y 66000 en la franja de los 60 a los 64 años, según el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en <http://www.mtas.es/estadísticas/ANUARIO2004/PEN.pen16.html>.

2006 (sólo periodo recogido)	355
2005	1420
2004	1331
2003	1041
2002	657
2001	667
2000	243

- ✚ Migrañas: 291.
- ✚ Síndrome de fatiga crónica: 470.
- ✚ Síndrome del túnel carpiano: 4143.
- ✚ Síndrome del colon irritable: 438.

b) Por profesiones: los sectores más feminizados son los de textil y confección, los servicios, la enseñanza, la hotelería y el comercio, la sanidad y la agroalimentación. Pues bien, de los mismos se constata que las profesiones más feminizadas en cuanto a incapacidades –litigiosas- se refiere son las de limpieza, tareas del hogar en el régimen especial de empleados de hogar, y las de venta (dependientas y vendedoras):

- ✚ Limpiadoras: 5447.
- ✚ Empleadas de hogar: 2619.
- ✚ Vendedoras: 718 y Dependientas: 2345.
- ✚ Trabajadoras de la industria textil: 514.
- ✚ Trabajadoras agrícolas: 1159 (frente a 839 hombres: obsérvese cómo en este caso la cifra de reclamaciones de trabajadoras del REA es mayor que la de hombres).
- ✚ Trabajadoras autónomas: 791 (frente a 1023 hombres).
- ✚ Auxiliares administrativas: 708, y Oficiales administrativas: 165.
- ✚ Auxiliares de clínica: 695.
- ✚ Planchadoras: 278.
- ✚ Peluqueras: 643.
- ✚ Profesoras: 308.
- ✚ Cuidadoras (en residencias geriátricas o en otros lugares): 136.

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

Patologías mentales de tipo depresivo.

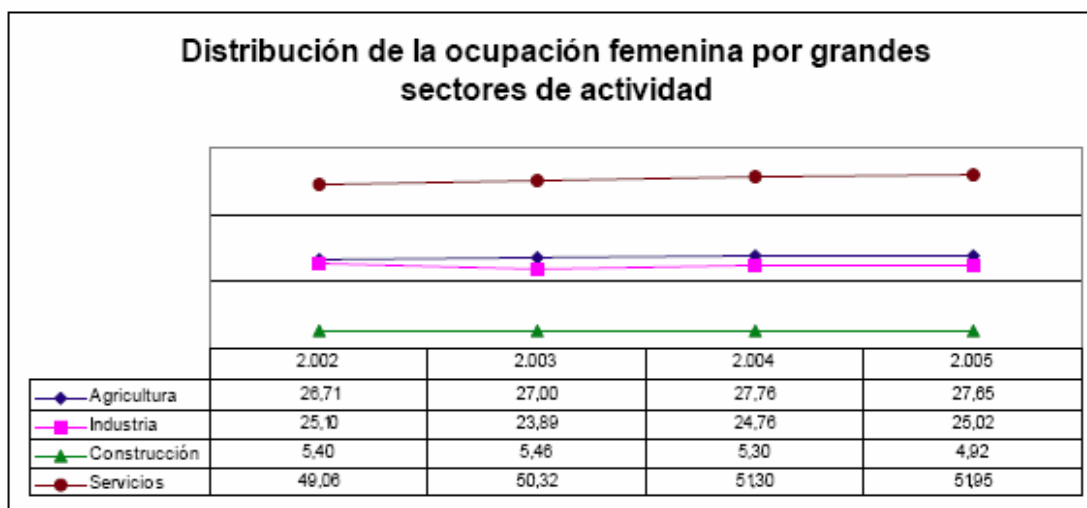
- ✚ Se trata de patologías que fundan buena parte de las solicitudes de incapacidad permanente, especialmente de las litigiosas, y en las que un porcentaje muy significativo corresponde a mujeres.
- ✚ El perfil habitual se corresponde asimismo con situaciones de desempleo –desde las que se pretende el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

Fibromialgia y síndrome de fatiga crónica.

- ✚ Ambos síndromes musculares están fundando multitud de solicitudes de incapacidad permanente, en su mayor parte denegatorias.
- ✚ Si bien no puede afirmarse que la causa de la denegación sea un prejuicio hacia esta enfermedad, que sí sabemos que se encuentra entre muchos profesionales de la Medicina, sino por razones puramente procesales, al tratarse de una enfermedad de difícil constatación mediante pruebas médicas y la ausencia de informes médicos contundentes, claros y precisos, que afirmen con rotundidad la gravedad de la enfermedad y su alcance incapacitante.
- ✚ Ello dificulta que por el juzgador pueda resolverse favorablemente, al no contar más que con informes muy genéricos que no permiten llegar a tal conclusión⁹.

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

Obsérvese en la tabla que se adjunta cómo la ocupación femenina se da fundamentalmente en trabajos de profesionales y técnicos y personal administrativo (concretamente, trabajos de tipo administrativo, de servicios de restauración, personales y de comercio, "trabajos no cualificados" y personal técnico profesional científico e intelectual)¹⁰, sobre los que no inciden patologías invalidantes relacionadas con el esfuerzo físico, sino el intelectual y, por lo tanto, sí tienen trascendencia buena parte de las anteriormente citadas.



⁹ En la sentenciadle TSJ de Andalucía (Málaga) de 19 de diciembre de 2002 (JUR 2003\74680), se reconocía el grado de incapacidad permanente total para la profesión de limpiadora precisamente como consecuencia de tal patología, asociada a espondilolístesis degenerativa de grado IV-V. Valoraciones similares se realizan en la STSJ de Madrid de 5 de diciembre de 2005 (AS 2006\134) a efectos de determinar el derecho a la recolocación de trabajadora declarada en situación de incapacidad permanente total.

¹⁰ *Apuntes de coyuntura (Nº 6) "SOBRE IGUALDAD Y DISCRIMINACION DE GÉNERO"*. Octubre 2006. Fundación Sindical de Estudios. En http://www.comfia.net/pdf/Bdd_DescDocumentoExe.pdf.

Porcentaje de Mujeres en cada tipo de ocupación	(España)							
	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Dirección de las empresas y de la administración pública	31,10	30,18	31,07	31,37	29,96	30,59	32,99	32,49
Técnicas/os profesionales científicas/os e intelectuales	48,18	48,02	49,15	49,97	50,00	50,45	50,74	51,41
Técnicas/os y profesionales de apoyo	36,58	38,06	40,01	41,72	42,83	42,69	44,22	44,80
Empleadas/os de tipo administrativo	57,46	59,44	60,03	61,00	61,18	63,53	64,94	64,56
Trabajadoras/es de servicios de restauración, personales, protección y vendedoras/es	56,24	57,79	58,14	59,16	60,45	61,57	62,34	62,20
Trabajadoras/es cualificadas/os en agricultura y pesca	23,57	24,67	24,40	22,77	24,64	23,63	22,04	21,35
Artesanas/os y trabajadoras/es cualificadas/os de industrias manufactureras, construcción y minería (excepto operadoras/es)	7,50	7,40	7,32	7,07	6,59	6,82	7,16	7,34
Operadoras/es de instalaciones y maquinaria, montadoras/es	13,94	15,54	15,46	14,35	14,26	12,92	12,95	13,03
Trabajadoras/es no cualificadas/os	44,67	46,37	47,18	48,13	49,40	50,20	51,08	52,75
Fuerzas armadas	1,05	4,79	6,11	8,74	7,72	11,07	12,20	11,70
Total	35,09	36,23	36,87	37,32	38,00	38,79	39,43	40,20

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

(RECOLOCACIÓN E INCENTIVOS AL EMPLEO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD RECONOCIDA.

M^a Lourdes Arastey Sahún, Magistrada Especialista, Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. Profesora Asociada de Dret del Treball i de la Seguretat Social, Universitat de Barcelona. Miembro de la Red de Expertos de Derecho de la Unión Europea.)