



# Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Distr. general  
29 de abril de 2019

Original: español

## Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

### Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 34/2015\*\* \*\*\*

<i>Comunicación presentada por:</i>	V. F. C. (representado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad y la Asociación para la Integración Laboral de los Policías Locales con Discapacidad)
<i>Presunta víctima:</i>	El autor
<i>Estado parte:</i>	España
<i>Fecha de la comunicación:</i>	16 de octubre de 2015 (presentación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 70 del reglamento, transmitida al Estado parte el 2 de noviembre de 2015
<i>Fecha de adopción del dictamen:</i>	2 de abril de 2019
<i>Asunto:</i>	Derecho a la no discriminación en el mantenimiento o continuidad en el empleo (pase a segunda actividad)
<i>Cuestiones de procedimiento:</i>	Agotamiento de los recursos internos; fundamentación de las reclamaciones
<i>Cuestiones de fondo:</i>	Obligaciones generales en virtud de la Convención; igualdad y no discriminación; trabajo y empleo; ajustes razonables
<i>Artículos de la Convención:</i>	3 apdos. a), b), c), d) y e); 4, párrs. 1, apdos. a), b) y d), y 5; 5, párrs. 1, 2 y 3; 13, párr. 2; 27, apdos. a), b), e), g), i) y k)
<i>Artículos del Protocolo Facultativo:</i>	2, apdos. c) y d)

\* Publicado nuevamente por razones técnicas el 8 de mayo de 2019.

\*\* Aprobado por el Comité en su 21<sup>er</sup> período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019).

\*\*\* Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Danlami Umaru Basharu, Monthian Buntan, Imed Eddine Chaker, Rosemary Kayess, Jun Ishikawa, Samuel Njuguna Kabue, Mara Cristina Gabrilli, Risnawati Utami, Lászlo Gábor Lovaszy, Robert George Martin, Martin Babu Mwesigwa, Gertrude Oforiwa Fefoame, Amalia Eva Gamio Ríos, Dmitry Rebrov, Jonas Ruskus y Markus Schefer.



1. El autor de la comunicación es V. F. C., nacional de España, nacido el 5 de julio de 1979. Sostiene que es víctima de una vulneración por el Estado parte de los derechos que le asisten en virtud del artículo 27, apartados a), b), e), g), i) y k), por el mismo y leído conjuntamente con el artículo 3, apartados a), b), c), d) y e); el artículo 4, párrafo 1, apartados a), b) y d), y párrafo 5; el artículo 5, párrafos 1, 2 y 3; y el artículo 13, párrafo 2, de la Convención. El autor está representado por Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad y la Asociación para la Integración Laboral de los Policías Locales con Discapacidad<sup>1</sup>. El Protocolo Facultativo entró en vigor para el Estado parte el 3 de mayo de 2008.

## A. Resumen de la información y alegaciones de las partes

### Los hechos expuestos por el autor

2.1 El 20 de mayo de 2009, el autor sufrió un accidente de tránsito que le provocó una discapacidad motora permanente<sup>2</sup>.

2.2 El 20 de julio de 2010, el Ministerio del Trabajo e Inmigración declaró la “situación de incapacidad permanente laboral para el desempeño de la profesión” del autor<sup>3</sup>. Como consecuencia de dicha declaración, se determinó su jubilación forzosa y se le expulsó del cuerpo de policía local.

2.3 El 30 de julio de 2010, el autor solicitó ante el Ayuntamiento de Barcelona el pase a segunda actividad y la designación de un puesto de trabajo adaptado a su discapacidad<sup>4</sup>. El autor solicitó también el abono de las retribuciones y las cotizaciones a la seguridad social no percibidas durante el tiempo transcurrido desde su expulsión del cuerpo de policía local. El autor fundamentó su petición en la normativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la Ley 16/1991, del 10 de julio, de las Policías Locales<sup>5</sup>. El 15 de septiembre de 2010, el Ayuntamiento de Barcelona denegó la petición del autor con base en el artículo 7.2 del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona (ordenanza)<sup>6</sup>.

2.4 El 14 de marzo de 2011, el autor interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución del Ayuntamiento de Barcelona ante el Juzgado de lo Contencioso-

<sup>1</sup> El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad es el organismo independiente, designado por España, para el seguimiento de la Convención en aplicación del artículo 33, párrafo 2.

<sup>2</sup> De acuerdo con los antecedentes acompañados por el autor, el Institut Català d’Avaluacions Mèdiques emitió el siguiente dictamen: “fractura luxación de lisfranc del pie derecho y fractura del maléolo tibial derecho tratada mediante reducción abierta y osteosíntesis con doble tornillo; evolución tórpida con distrofia simpático-refleja; artrosis postraumática de tarso; algias persistentes en dorso del pie derecho y limitación funcional”.

<sup>3</sup> El autor indica que, de acuerdo con la legislación vigente en el Estado parte, la discapacidad determinada por motivo de una incapacidad permanente de tipo laboral, tiene cuatro grados: incapacidad permanente parcial, incapacidad permanente total para la profesión habitual, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo y gran invalidez. La incapacidad permanente parcial permite al trabajador mantenerse en su lugar habitual de trabajo, mientras que en los demás grados la persona queda inhabilitada para ello. La incapacidad permanente total, por su parte, inhabilita al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, aunque no para la realización de otras tareas.

<sup>4</sup> El autor informa que la segunda actividad está prevista para quienes tengan disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario, es decir, que por su discapacidad total o edad, no puedan cumplir con las funciones propias del puesto.

<sup>5</sup> Dicha Ley establece en su artículo 43 que los policías locales que tengan disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario pasan a situación de segunda actividad, de conformidad a lo que establezca el reglamento municipal (ordenanza) correspondiente. Asimismo, el citado artículo señala que, por regla general, los policías locales desarrollan la segunda actividad dentro del mismo cuerpo al que pertenezcan, desarrollando otras funciones de conformidad a su categoría, o si no fuera posible, bien por falta de plazas, bien por motivos de incapacidad propia, pueden pasar a prestar servicios complementarios. La Ley dispone asimismo que para pasar a segunda actividad, es necesario un examen médico que valore la capacidad y aptitudes para el nuevo puesto de trabajo.

<sup>6</sup> El citado artículo restringe la situación de segunda actividad a todos los grados de invalidez, a excepción del grado de invalidez parcial, según lo que determine el órgano competente (en este caso, el Instituto de la Seguridad Social).

Administrativo núm. 13 de Barcelona. El autor alegó la nulidad del artículo 7.2 del reglamento referido en el párrafo anterior, por vulneración de sus derechos fundamentales al trabajo y readaptación profesional (artículos 35 y 40 de la Constitución), a la integración de las personas con discapacidad (artículo 49), a acceder y mantenerse en cargos públicos (artículo 23) y a la propia dignidad de la persona (artículo 10). El autor además denunció la contradicción entre la ley autonómica (Ley 16/1991), que permite el pase a segunda actividad, y la ordenanza mencionada, que la restringe<sup>7</sup>.

2.5 El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona estimó parcialmente el recurso del autor y anuló la resolución del Ayuntamiento de Barcelona. El juzgado consideró que la ordenanza impugnada violaba derechos fundamentales tales como el acceso y permanencia en los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad y no discriminación (artículos 23 y 14 de la Constitución). El juzgado estableció además que debía examinarse el pase del autor a segunda actividad, de conformidad con lo que dictara el tribunal médico que prevé la Ley 16/1991.

2.6 El 13 de julio de 2012, el Ayuntamiento de Barcelona interpuso recurso de apelación contra la sentencia referida en el párrafo anterior ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. El 18 de septiembre de 2012, el autor presentó oposición al recurso de apelación, reiterando los argumentos que había presentado en su recurso de 14 de marzo de 2011, alegando también que la ordenanza contradecía la ley a nivel estatal (artículo 141 de la Ley General de la Seguridad Social), la cual no limita el pase a segunda actividad<sup>8</sup>. El 9 de julio de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso presentado por el Ayuntamiento de Barcelona y revocó la sentencia apelada, aplicando el artículo 7.2 de la ordenanza, que no permite el pase a “segunda actividad” en caso de “incapacidad permanente total”. Para el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dicho precepto hace que el demandante haya pasado a situación de jubilación total y forzosa, no siéndole por tanto aplicable la Ley 16/1991, al haber perdido su condición de policía local.

2.7 El 30 de septiembre de 2012, el autor interpuso recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ante el Tribunal Constitucional. El autor alegó la violación del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución) en relación al derecho de igualdad y legalidad (apartados 2 y 3 del artículo 9 de la Constitución). El 18 de noviembre de 2014, el Tribunal Constitucional notificó al autor la no admisión de su recurso de amparo por no haber agotado los medios de impugnación; en concreto, por no haber interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones<sup>9</sup>. En su comunicación individual presentada al Comité, el autor sostuvo tres argumentos para justificar la no interposición del mencionado incidente: que se trata de un incidente cuya interposición no es obligatoria, según la interpretación que ha desarrollado el Tribunal Constitucional; la dudosa eficacia del mismo, debido a que el recurso se interpone contra el mismo órgano judicial que dictó la sentencia que se pretende impugnar; y, por último, que la regulación del mencionado incidente es compleja, confusa y contradictoria, generando inseguridad jurídica y eventuales situaciones de indefensión en quienes ven vulnerados sus derechos fundamentales.

---

<sup>7</sup> Las leyes autonómicas son aquellas dictadas por las comunidades autónomas, mientras que los reglamentos son normas de rango inferior, dictadas por las entidades locales, con el objetivo de desarrollar o implementar las leyes autonómicas. El autor informa que, de acuerdo al principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, las normas de rango inferior no pueden ser más restrictivas que la ley o norma que desarrollan, como ocurre con el artículo 7.2 del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona.

<sup>8</sup> El artículo 141 de esta ley establece que en caso de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía la persona incapacitada, la pensión vitalicia correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa, siempre y cuando las funciones no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total.

<sup>9</sup> El incidente de nulidad de actuaciones se encuentra regulado en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que señala lo siguiente: “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

2.8 El 21 de abril de 2015, el autor presentó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La demanda fue declarada inadmisibles por no cumplir con lo establecido en los artículos 34 y 35 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos). El autor alega que este rechazo está insuficientemente fundado, y que su caso no fue sometido a un examen de fondo. En este sentido, hace referencia a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos según la cual, en estas circunstancias, no se puede considerar que su caso haya sido examinado por otro procedimiento internacional<sup>10</sup>.

2.9 Considerando lo señalado en los párrafos anteriores, el autor sostiene que ha agotado los recursos internos, tanto la vía administrativa y judicial, así como la posibilidad de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

### **La denuncia**

3.1 El autor alega que se han vulnerado los derechos que le asisten en virtud del artículo 27, apartados a), b), e), g), i) y k), leído solo y conjuntamente con los artículos 3, apartados a), b), c), d) y e); 4, párrafos 1, apartados a), b) y d), y 5; 5, párrafos 1, 2, y 3; y 13, párrafo 2, de la Convención, ya que el Estado parte, a través de su normativa interna, lo discriminó arbitrariamente al jubilarlo forzosamente de su trabajo como policía local y negarle el pase a segunda actividad, todo ello motivado por su condición de incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual. Alega que el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona es abiertamente discriminatorio al otorgar un tratamiento diferente a quienes se encuentran en distintas situaciones administrativas de discapacidad, a pesar de que tal calificación no se realiza considerando un examen médico que permita la evaluación de tareas o funciones alternativas a las tradicionales o habituales del empleo (primera actividad). En este sentido, una misma situación de hecho, la pérdida o disminución de capacidades, encuentra soluciones diferentes en la citada normativa, sin que se permita que la capacidad de la persona concernida para realizar la segunda actividad sea valorada y evaluada a través de un examen médico. Asimismo, no se potencia el empleo de las personas con discapacidad en el sector público, puesto que no se les permite continuar con un empleo con funciones diferentes a las que ya no pueden desempeñar, producto de la discapacidad. Tampoco se potencia su reincorporación, sino que se les expulsa de la función pública y se les jubila forzosamente. Haciendo referencia a la observación general núm. 2 (2014) sobre accesibilidad, del Comité, el autor argumenta que la señalada normativa no recoge la adaptación del puesto de trabajo mediante ajustes razonables para las personas declaradas con “incapacidad permanente total”, y que de este modo puedan ejercer una segunda actividad en su lugar o puesto de trabajo habitual.

3.2 El autor sostiene asimismo la violación del párrafo 1, apartados a), b) y d) y del párrafo 5 del artículo 4, leídos conjuntamente con el artículo 27, porque el Estado parte no ha derogado la normativa nacional incompatible con la Convención, puesto que la discriminación en contra de las personas con discapacidad a las que les haya sido reconocida una situación de “incapacidad permanente total laboral” permanece. El autor añade que las prácticas discriminatorias tampoco han sido eliminadas por el Estado parte, ya que la citada normativa sirve para aplicar y fundamentar prácticas discriminatorias tanto administrativas como judiciales. El autor afirma además que las legislaciones a nivel estatal y autonómico, si bien prohíben la discriminación por motivo de discapacidad y establecen la obligación de hacer adaptaciones en el acceso de personas con discapacidad a la función pública, no contienen previsiones para situaciones de discapacidad sobrevenida en que se garantice la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad para la permanencia en el puesto de trabajo.

3.3 El autor también denuncia la violación del artículo 5 párrafos 1, 2 y 3, leído conjuntamente con el artículo 27. El autor afirma que fue discriminado, ya que en aplicación de la citada ordenanza se le negó el acceso a segunda actividad por la

---

<sup>10</sup> El autor se refiere a *Kehler c. Alemania* (CCPR/C/71/D/834/1998), párr. 6.2; *Achabal Puertas c. España* (CCPR/C/107/D/1945/2010), párr. 7.3; *Lemercier c. Francia* (CCPR/C/86/D/1228/2003), párr. 6.3; y *Bertelli Gálvez c. España* (CCPR/C/84/D/1389/2005), párr. 4.3.

calificación de su incapacidad como “permanente total laboral”, frente a otros grados de discapacidad a los que sí se les permite. El autor añade que dicha discriminación se produce por el hecho de que dicho grado de discapacidad fue declarado administrativamente en su caso, sin que se hayan valorado sus aptitudes o capacidades para el puesto de trabajo de segunda actividad a través de un examen médico.

3.4 Por último, en cuanto a la violación del artículo 13, párrafo 2, leído conjuntamente con el artículo 27, el autor hace referencia a la jurisprudencia del Comité para denunciar la falta de formación adecuada de la judicatura española sobre la Convención. La legislación que se le aplicó al autor durante el proceso administrativo y judicial, y que terminó por forzar su jubilación, se interpretó sin tener en consideración el contenido y las implicancias de las obligaciones internacionales que surgen para España por su calidad de Estado parte en la Convención.

### **Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo**

4.1 El 29 de abril de 2016, el Estado parte presentó sus observaciones sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. El Estado parte sostiene que la denuncia debería declararse inadmisibles por no haberse agotado los recursos internos con arreglo al artículo 2, apdo. d), del Protocolo Facultativo. En caso de que el Comité considere que la denuncia del autor es admisible, el Estado parte afirma que las alegaciones carecen de fundamento y que se han respetado los derechos que asisten al autor en virtud de la Convención.

4.2 El Estado parte sostiene que el autor no ha agotado todos los recursos judiciales que la legislación española contempla para la protección de los derechos fundamentales que alega haber sido violados. En concreto, el autor no habría cumplido con el agotamiento, a nivel interno, de los medios de impugnación judicial que le permitirían recurrir de amparo ante el Tribunal Constitucional, que es el máximo tribunal de justicia garante de los derechos fundamentales. Ello es así puesto que, por razones imputables al autor, no se interpuso el incidente de nulidad de actuaciones, que responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, evitando que el acceso a la jurisdicción constitucional se realice sin antes brindar a los órganos judiciales ordinarios la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión a los derechos fundamentales que podrían constituir el fundamento de un eventual recurso de amparo. El denominado incidente, en otras palabras, exige que todos los derechos fundamentales que alegan ser violados por una parte deben ser objeto de un control judicial ordinario como paso previo a admitir el examen de aquellas violaciones en sede de jurisdicción constitucional. En el proceso judicial seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, el autor había hecho referencia a la violación de sus derechos fundamentales a la no discriminación y al desempeño de la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución, respectivamente). Sin embargo, al presentar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el autor alegó también la violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución). Ante ello, el Tribunal Constitucional determinó que el autor no agotó todos los medios de impugnación judicial, considerando que el incidente de nulidad de actuaciones lo habría obligado a invocar la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva ante la última etapa judicial ordinaria que revisó su caso, es decir, ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Para el Estado parte, la interposición del mencionado incidente constituye un requisito obligatorio para poder recurrir de amparo, cuestionando el carácter supuestamente voluntario que le atribuye el autor.

4.3 En cuanto a los argumentos de fondo, el Estado parte sostiene, en primer término, que no hubo violación del derecho a un proceso justo, pues el autor tuvo todas las posibilidades para reclamar, según el derecho interno, en contra de las decisiones de la autoridad administrativa o las resoluciones judiciales que desestimaron sus pretensiones.

4.4 Además, el Estado parte sostiene que no cabe apreciar discriminación en la normativa interna española ni en la aplicación de la misma al caso que alega el autor. En primer lugar, cabe apreciar que el ordenamiento jurídico español, dentro de su margen de libertad de ordenación, ha dispuesto diferentes consecuencias jurídicas para enfrentar diferentes situaciones de discapacidad, calificadas oportunamente por el organismo

correspondiente. De acuerdo a la normativa interna del Estado parte, el órgano competente para realizar la calificación administrativa de la situación de incapacidad es el Instituto Nacional de la Seguridad Social, que en el presente caso determinó la incapacidad total permanente para la profesión habitual que ejercía el autor. Ello derivó, según el artículo 7.2 de la ordenanza referida en el párrafo 2.3 *supra*, que implementa la Ley 16/1991 de Policías Locales, en la jubilación forzosa del autor y, por tanto, la imposibilidad de pasar a segunda actividad o a cualquier otra. Además, ello viene respaldado por el Estatuto Básico para el Empleado Público, que dispone que los funcionarios pierden su condición de tal por jubilación total, que puede ser establecida por una declaración de incapacidad permanente total<sup>11</sup>. En otras palabras, para el Estado parte, la cuestión a discutir no es si existe o no la posibilidad física de la persona declarada con invalidez permanente total de realizar tareas o funciones no habituales de su trabajo, sino la aplicación correcta del reglamento que implementa la Ley 16/1991, que hace incompatible tal calificación administrativa de la incapacidad con el desarrollo de una segunda actividad. Por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, es imposible el pase a segunda actividad para quienes ya no son funcionarios.

4.5 Además, el Estado parte considera que el autor no justifica la violación de su derecho a la igualdad y no discriminación, aportando a su comunicación otras legislaciones autonómicas que permitirían el pase a segunda actividad, por ejemplo, excluyendo solamente la incompatibilidad de esta última con la declaración de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez, o la existencia de tal compatibilidad en legislaciones como aquella que regula el Cuerpo de Bomberos de la Generalitat de Catalunya. Para el Estado parte, estas diferencias obedecen a los diferentes grados de autonomía territorial que el ordenamiento constitucional español reconoce a las diferentes comunidades autónomas, o a las diferentes (no idénticas) funciones entre bomberos y policías que justificarían una regulación diferente.

4.6 Para el Estado parte, la normativa referida en el párrafo 4.4 *supra* se aplica a todos quienes han sido declarados con incapacidad permanente total, de modo que no se puede hablar de una aplicación discriminatoria de la normativa interna. En el caso concreto, la normativa no se le ha aplicado al autor de manera diferente a como se haría respecto de un tercero en la misma situación fáctica y jurídica exactamente, y en la misma clase de lesión.

### **Comentarios del autor a las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo**

5.1 El 22 de junio de 2016, el autor presentó sus comentarios a las observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación. Reitera que ha agotado la vía administrativa y judicial ordinaria, la cual finalizó con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Considera que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que en su caso fue declarado inadmisibles por no agotamiento de la vía judicial previa, es un medio de impugnación subsidiario y excepcional. El denominado incidente de nulidad de actuaciones, que consiste en la interposición, ante el mismo tribunal que dictó la resolución que se pretende impugnar, de un incidente que revise todas las violaciones a derechos fundamentales que no se hubieran invocado con anterioridad, constituye un requisito confuso, que dejaría a los titulares de derechos fundamentales en estado de indefensión. Por otra parte, se trataría de un incidente que debe ser promovido ante el mismo tribunal que dictó la resolución que se pretende impugnar, por tanto, de dudosa efectividad, y que afectaría la imparcialidad con que se decide el incidente.

5.2 En cuanto a los argumentos de fondo, el autor cuestiona la defensa del Estado parte en cuanto a la no violación del artículo 13 de la Convención. Para ello, reitera que la comunicación no discute el acceso formal a un procedimiento, sino la falta de aplicación de los derechos contenidos en la Convención en un procedimiento judicial a nivel interno. Para justificar su posición, acompaña una reciente sentencia del Tribunal Constitucional que hace aplicación de la Convención para resguardar los derechos de una persona con discapacidad cuyos intereses no fueron debidamente resguardados durante un

---

<sup>11</sup> Artículo 63 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

procedimiento judicial. En otras palabras, para el autor, el desconocimiento y la no aplicación de la Convención por parte de los órganos adjudicadores en la solución de los conflictos jurídicos, puede terminar provocando la indefensión y desvirtúa el derecho. Del mismo modo, el autor hace referencia a lo señalado en la Constitución (art. 10.2), acerca de la obligación de interpretar las normas internas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias y que hayan sido ratificados por España. Por último, hace referencia a sentencias del Tribunal Constitucional en que la aplicación de este artículo debe considerar, también, la jurisprudencia de los órganos internacionales encargados de supervisar el cumplimiento de los tratados internacionales referidos.

5.3 En cuanto a la alegación del Estado parte de que no hubo discriminación en el caso del autor, el autor reitera que la normativa española que se le aplicó es discriminatoria en abstracto, ya que impide que las personas que vean disminuidas sus capacidades puedan pasar a segunda actividad de acuerdo a una evaluación de sus capacidades reales y efectivas para desempeñar una función distinta de aquellas que habitualmente corresponden el empleo sometido a consideración. En efecto, al impedir a las personas con incapacidad permanente total una evaluación funcional alternativa, la ordenanza que se le aplicó al autor —en concreto, el artículo 7.2 del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona (ordenanza)— discrimina a individuos por tener discapacidades que les impiden la conservación del empleo, en este caso, una función pública como la de policía local. Al tratar de manera desigual (a unos se permite el pase a segunda actividad, a otros no) a quienes se encuentran en una misma situación fáctica (quienes ven disminuidas sus capacidades laborales para el puesto habitual que desempeñan), el Estado parte discrimina a personas con discapacidad, sin considerar las capacidades reales y efectivas que podrían someterse a consideración en una evaluación funcional alternativa, incluyendo la posibilidad de realizar ajustes razonables que permitan el cumplimiento de la segunda actividad o de actividades complementarias. Por otra parte, señala que la distribución territorial o competencial de autonomías por parte del ordenamiento constitucional español no puede articularse ni configurarse en contradicción a lo dispuesto en la Convención, tal como lo dispone el artículo 4, párrafo 5.

5.4 El autor acompaña una propuesta legislativa en trámite en el parlamento autonómico catalán de unificar el tratamiento y pase a segunda actividad de Mossos d'Esquadra, policías locales y bomberos, que pretende terminar con la discriminación en base a la discapacidad de ciertas personas<sup>12</sup>. La propuesta legislativa es explícita en reconocer, según el autor, que la actual regulación es discriminatoria, en contravención a lo dispuesto en los artículos 1 y 27 de la Convención.

5.5 Por último, el autor acompaña tres resoluciones administrativas, dictadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, en que se declara la compatibilidad entre la segunda actividad y la declaración de incapacidad en el Cuerpo de Bomberos de la Generalitat de Catalunya, cuestionando el argumento del Estado parte de que la declaración de incapacidad permanente total determina la jubilación forzosa, haciendo imposible el pase a segunda actividad de una persona que ya no está en servicio activo<sup>13</sup>.

### **Observaciones adicionales del Estado parte**

6.1 El 9 de septiembre de 2016, el Estado parte presentó sus observaciones sobre los comentarios del autor. El Estado parte reitera sus argumentos en materia de admisibilidad de la queja, y sostiene que el carácter subsidiario del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no debe confundirse con su hipotética no obligatoriedad o mera voluntariedad en cuanto a su interposición previa, en la forma del incidente de nulidad de actuaciones, que exige que toda vulneración a los derechos fundamentales que la Constitución incluye en el artículo 53.2 deba ser conocida por el último tribunal ordinario competente antes de que pueda prosperar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Por lo tanto, si bien el éxito procesal del mencionado incidente es una

<sup>12</sup> Propuesta de resolución sobre la segunda actividad de Mossos d'Esquadra, Policías Locales y Bomberos (núm. 250-00453/11).

<sup>13</sup> Instituto Nacional de la Seguridad Social (Lleida), resoluciones rev. 2013/50060; 50061 y 50062.

cuestión contingente, que dependerá de las circunstancias del caso, no se trata de un recurso ineficaz o no efectivo. Este incidente, que se asemeja al recurso de reposición, está configurado como tal dentro de la libertad de ordenación del legislador en material procesal.

6.2 El Estado parte sostiene que la sentencia del Tribunal Constitucional no aporta ningún criterio de condicionamiento material para el presente caso, pues en aquella sentencia se discutió la intervención de una persona con discapacidad en un procedimiento judicial y las eventuales violaciones al debido proceso que se generaban por la dificultad de notificar las resoluciones que afectaban sus derechos durante el proceso. En cambio, en el presente caso, la discapacidad que presenta el autor es el motivo principal y determinante para la adjudicación de sus intereses, sin que el mismo haya sufrido de un deficiente acceso a la justicia.

6.3 Por último, el Estado parte reitera su posición con respecto a que la normativa interna es de carácter general, abstracta, y que por lo tanto cubre a todos los sujetos destinatarios de las normas sobre incapacidad y pase a segunda actividad, estableciendo diferentes consecuencias jurídicas de acuerdo con las diferencias constitutivas que en cada caso son apreciadas y ponderadas por el legislador (estatal, autonómico o local). Además, el Estado parte hace referencia a la Directiva relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación de la Unión Europea<sup>14</sup> para justificar que en el presente caso ha existido una diferencia legítima que ha sido articulada con medios adecuados y necesarios que respetan los derechos del autor. De este modo, no cabría apreciar una desigualdad de trato de carácter discriminatorio en contra del autor.

## **B. Examen de la admisibilidad y el fondo por el Comité**

### **Examen de admisibilidad**

7.1 Antes de examinar toda reclamación formulada en una comunicación, el Comité debe decidir, de conformidad con el artículo 2 del Protocolo Facultativo y el artículo 65 de su reglamento, si dicha comunicación es o no admisible en virtud del Protocolo Facultativo.

7.2 El Comité toma nota de que el autor presentó una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, basada en los mismos hechos presentados ante el Comité. Mediante decisión de 4 de junio de 2015, el Tribunal Europeo consideró que su demanda “no cumplía con los criterios de admisibilidad establecidos en los artículos 34 y 35 de la Convención”. El Comité recuerda que, cuando el Tribunal Europeo basa una declaración de inadmisibilidad no solo en argumentos de admisibilidad, sino que también incluye una cierta consideración del fondo del asunto, se debe considerar que “la misma cuestión” ha sido examinada en el sentido del artículo 2, apartado c), del Protocolo Facultativo<sup>15</sup>. Sin embargo, el Comité observa que, con base en el carácter sucinto de la decisión del Tribunal Europeo, y en particular, la ausencia de todo argumento o aclaración para justificar el rechazo de la queja del autor en cuanto al fondo<sup>16</sup>, el Comité considera que no se encuentra en posición de determinar con certidumbre que el caso presentado por el autor ya haya sido objeto de examen, aunque limitado, en cuanto al fondo<sup>17</sup>. En consecuencia, el Comité considera que el artículo 2, apartado c), del Protocolo Facultativo no constituye un obstáculo a la admisibilidad de la presente comunicación.

7.3 El Comité toma nota del argumento del Estado parte en el sentido que la comunicación debería ser declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos

---

<sup>14</sup> Artículo 2, 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 (refundición), *Diario Oficial de la Unión Europea* L 204/23, 26 de julio de 2006.

<sup>15</sup> Véase, en este sentido, los casos *Mahabir c. Austria* (CCPR/C/82/D/944/2000), párr. 8.3; *Linderholm c. Croacia* (CCPR/C/66/D/744/1997), párr. 4.2; y *A.M. c. Dinamarca* (CCPR/C/16/D/121/1982), párr. 6.

<sup>16</sup> Véase *X c. Noruega* (CCPR/C/115/D/2474/2014), párr. 6.2.

<sup>17</sup> *Mahabir c. Austria*, párr. 8.3.

internos porque el autor no presentó un incidente de nulidad de actuaciones como condición previa a la presentación de un recurso de amparo, y que el amparo fue rechazado por el Tribunal Constitucional sobre esta base. El Estado parte ha manifestado que la legislación en vigor requiere la presentación de dicho incidente en todos aquellos supuestos en que las violaciones de derechos fundamentales contenidas en el recurso de amparo no hayan sido previamente consideradas por los tribunales ordinarios. El Comité considera que solo corresponde agotar aquellos recursos que tengan una posibilidad razonable de prosperar<sup>18</sup> a los fines del artículo 2, apartado d), del Protocolo Facultativo. En el presente caso, el Comité observa que el autor invocó sus quejas sobre discriminación basada en la discapacidad ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 13 de Barcelona y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, agotando así los recursos ordinarios, y que también interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El Comité observa que el Estado parte no ha demostrado en qué medida la presentación de un incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña habría tenido alguna posibilidad de éxito teniendo en cuenta que ese Tribunal ya se había pronunciado sobre las quejas del autor basadas en la discriminación por discapacidad y que, de conformidad con el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ese previo pronunciamiento habría sido motivo de rechazo de dicho incidente. El Estado parte tampoco ha justificado que la presentación del incidente de nulidad de actuaciones habría interrumpido el plazo de 30 días para la interposición del recurso de amparo<sup>19</sup>. A la luz de lo anterior, el Comité concluye que no se ha probado que, en las circunstancias particulares del presente caso, el incidente de nulidad de actuaciones habría constituido un recurso efectivo para la protección de los derechos invocados ante el Comité. En consecuencia, el Comité considera que las condiciones establecidas por el artículo 2, apartado d), del Protocolo Facultativo no representan un obstáculo para la admisibilidad de la presente comunicación.

7.4 El Comité toma nota, además, que en el presente caso el autor alegó en tiempo y forma la violación de los derechos humanos que son objeto de la presente queja, esto es, los derechos a la continuidad en el empleo público y a la igualdad y no discriminación, ante los tribunales o cortes ordinarias que revisaron su caso en primera y segunda instancia, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respectivamente. El Comité observa que el hecho de que el autor haya agregado la eventual violación del derecho a la tutela judicial efectiva en la interposición de su recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y que constituyó finalmente la causa de inadmisibilidad del mismo, no puede dejar al autor en estado de indefensión, al no someter a un examen de fondo la eventual violación a sus derechos al trabajo (continuidad en el empleo) y a la igualdad y no discriminación. El Comité considera que, a los efectos del examen de admisibilidad, el autor ha agotado los recursos disponibles en el derecho interno con respecto a los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación y al empleo público.

7.5 No obstante, el Comité nota que, en los recursos presentados a las autoridades jurisdiccionales ordinarias, el autor no presentó argumentación alguna con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, y su relación con las eventuales violaciones al derecho al acceso a la justicia de las personas con discapacidad. El Comité considera, por tanto, que el autor no ha agotado los recursos internos con respecto a sus denuncias relativas al artículo 13, párrafo 2, de la Convención y declara esa parte de la comunicación inadmisibles de conformidad con el artículo 2, apartado d), del Protocolo Facultativo.

7.6 En consecuencia, al no haber otros obstáculos a la admisibilidad, el Comité declara la comunicación admisible en lo referente a las alegaciones del autor relacionadas con el artículo 27, apartados a), b), e), g), i) y k), leído solo y conjuntamente con el artículo 3,

<sup>18</sup> Véase *Gómez Vázquez c. España* (CCPR/C/69/D/701/1996), párr. 10.1; *Semey c. España* (CCPR/C/78/D/986/2001), párr. 8.2; *Alba Cabriada c. España* (CCPR/C/82/D/1101/2002), párr. 6.5; *Maximino de Dios Prieto c. España* (CCPR/C/87/D/1293/2004), párr. 6.3; y *Villamón Ventura c. España* (CCPR/C/88/D/1305/2004), párr. 6.3.

<sup>19</sup> Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Arrózpidé Sarasola y otros c. España* (demandas núms. 65101/16, 73789/16 y 73902/16), párrs. 102 y 103.

apartados a), b), c), d) y e); el artículo 4, párrafo 1, apartados a), b) y d), y párrafo 5; y el artículo 5, párrafos 1, 2 y 3, de la Convención. Por consiguiente, el Comité procede a examinar esas alegaciones en cuanto al fondo.

### **Examen de la cuestión en cuanto al fondo**

8.1 El Comité ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que ha recibido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 1, del Protocolo Facultativo y el artículo 73, párrafo 1, de su reglamento.

8.2 En lo que respecta a las alegaciones del autor en relación con el artículo 27, apartados a), b), e), g), i) y k), leído solo y conjuntamente con el artículo 3, apartados a), b), c), d) y e); el artículo 4, párrafo 1, apartados a), b) y d), y párrafo 5; y el artículo 5, párrafos 1, 2 y 3, de la Convención, la cuestión que debe examinar el Comité es si el Estado parte ha vulnerado sus derechos, a través de la aplicación de una norma del Ayuntamiento de Barcelona (artículo 7.2 del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona) que impide el pase a segunda actividad de quienes han sido jubilados forzosamente producto de una incapacidad permanente total para la realización de las funciones habituales de policía local.

8.3 El Comité toma nota de los argumentos del autor acerca de los artículos 5 y 27 de la Convención, de que ha sido discriminado directamente, por motivos de discapacidad, en la conservación de su empleo como policía local, por haber sido jubilado forzosamente producto de una declaración de incapacidad permanente total, que a su vez le hizo imposible solicitar el pase a segunda actividad. El autor sostiene que tal declaración o calificación administrativa de su discapacidad, realizada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, se hizo sin tomar en consideración sus capacidades para desarrollar una segunda actividad u otras actividades complementarias, como lo contempla el artículo 43 de la Ley 16/1991, del 10 de julio, de las Policías Locales, que ordena la realización de un “dictamen médico” específico para las eventuales capacidades alternativas que pueda tener la persona evaluada. El autor también advierte la existencia de otras legislaciones autonómicas que expresamente permiten la compatibilidad entre la declaración de incapacidad permanente total y el pase a segunda actividad, o de la normativa de la Generalitat de Catalunya que regula el pase a segunda actividad de miembros del Cuerpo de Bomberos y que permiten tal compatibilidad, así como de resoluciones administrativas del Instituto Nacional de la Seguridad Social y otras sentencias judiciales que declaran la compatibilidad entre la percepción de una pensión por incapacidad permanente total y el pase a segunda actividad. Por otra parte, el Comité toma nota de los argumentos del Estado parte de que no ha existido discriminación en contra del autor, ya que la normativa interna se ha configurado dentro del margen de libertad de ordenación que se le otorga al legislador para abordar los diferentes grados de discapacidad y su compatibilidad con la percepción de pensiones por incapacidad o con trabajos dentro del sector público. En este sentido, el Estado parte reitera que la distinción entre grados de incapacidad obedece a una finalidad legítima, de modo que no sería una normativa discriminatoria por motivos de discapacidad. El Estado parte también sostiene que tal normativa se ha aplicado consistentemente y de manera igualitaria tanto al autor como a todos quienes han sido calificados administrativamente con una incapacidad permanente total. Si bien el Estado parte no desconoce el hecho de que el autor pueda tener, en la práctica, capacidades para realizar funciones distintas a las tareas habituales que requiere el trabajo de policía, reitera que la cuestión a tratar en el presente caso es si corresponde cuestionar la aplicación consistente de una normativa destinada a ordenar quiénes, de aquellos que vean disminuidas sus capacidades para realizar las funciones del trabajo de policía local, pueden pasar a segunda actividad.

8.4 El Comité recuerda que en el artículo 4, párrafo 1, apartado a), de la Convención se impone a los Estados partes la obligación general de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluyendo aquellos relacionados con el trabajo y el empleo. El Comité recuerda, además, que el artículo 27, párrafo 1, de la Convención exige a los Estados partes reconocer el derecho de las personas con discapacidad de conservar su empleo, en igualdad de condiciones con las demás, adoptar todas las medidas pertinentes,

incluso legislativas, para prohibir la discriminación con motivos de discapacidad en la continuidad en el empleo, y velar por la realización de ajustes razonables a favor de personas que adquieran una discapacidad durante el empleo. El Comité recuerda, además, como lo señaló en su observación general núm. 6, que para lograr la igualdad de hecho de conformidad con la Convención, los Estados partes deben velar por que no haya discriminación por motivos de discapacidad en relación con el trabajo y el empleo, haciendo referencia a los convenios pertinentes que se han celebrado en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como el Convenio sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958 (núm. 111) y el Convenio sobre la Readaptación Profesional, 1983 (núm. 159), firmados y ratificados por España<sup>20</sup>. El Convenio núm. 159 de la OIT dispone en su artículo 7 que las autoridades competentes de los Estados partes deberán adoptar las medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales a fin de que las personas con discapacidad puedan conservar su empleo.

8.5 El Comité recuerda, además, que la Convención prohíbe todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, incluyendo la denegación de ajustes razonables como una forma de discriminación prohibida. De este modo, todas las formas de discriminación son igualmente contrarias a la Convención, y no corresponde hacer una diferencia sobre supuestos grados de gravedad en la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación. El Comité recuerda, además, que los ajustes razonables constituyen una obligación *ex nunc*, es decir, ajustes que deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos accesibles, o quiera ejercer sus derechos<sup>21</sup>. Para ello, es necesario que el garante de los derechos entable un diálogo con la persona con discapacidad, encaminado a la inclusión de esta última en las soluciones posibles que permitan la mejor realización de sus derechos y el fomento de sus capacidades<sup>22</sup>. Además, el Comité recuerda lo dispuesto en el preámbulo de la Convención acerca del necesario reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad, de modo que cualquier articulación institucional del diálogo al que dan lugar los ajustes razonables debe considerar las situaciones concretas de cada persona.

8.6 El Comité observa también que el Estado parte ha promulgado la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, con el objeto de actualizar su legislación de acuerdo con los estándares de la Convención<sup>23</sup>. Esta Ley estipula que, con el fin de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva (art. 64, párr. 1). Entre las medidas contra la discriminación, el Comité considera las estrategias de gestión de las capacidades, que permiten a los poderes públicos fomentar las capacidades de sus funcionarios que han adquirido una discapacidad, incluyendo la realización de ajustes razonables. Si bien los ajustes razonables son obligaciones *ex nunc*, es decir, que surgen una vez que la persona con discapacidad así lo requiera, los Estados partes deben tomar todas las medidas preventivas que les permitan a los poderes públicos gestionar las capacidades de modo que los derechos de las personas con discapacidad se realicen de la mejor manera posible. En este sentido, para evaluar la pertinencia, idoneidad y eficacia de un ajuste razonable, es necesario tomar en consideración los costos financieros, los recursos disponibles, el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (en su integralidad), los efectos de la modificación para la institución, o la consideración de los activos globales, y no solo los recursos de una determinada unidad o dependencia de una estructura orgánica<sup>24</sup>. El Comité constata que, en el presente caso, la posibilidad de un diálogo encaminado a evaluar y fomentar las capacidades del autor dentro del cuerpo policial se vio totalmente frustrada porque su condición de funcionario le fue retirada tras haber sido jubilado forzosamente, y que no tuvo posibilidad alguna de solicitar ajustes razonables para la realización de una segunda actividad. El Comité toma nota, además, de que el Estado parte no ha suministrado

<sup>20</sup> Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, párr. 67.

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 24, apdo. b).

<sup>22</sup> *Ibid.*, párrs. 26, apdo. a), y 67, apdo. h).

<sup>23</sup> Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>24</sup> Observación general núm. 6, párr. 26, apdo. e).

información que permita concluir que, dentro del cuerpo policial en que se desempeñaba el autor, no existía otro tipo de funciones que el autor hubiera podido desempeñar.

8.7 El Comité recuerda que la búsqueda de un ajuste razonable tiene como objetivo ser un proceso cooperativo e interactivo entre el empleado y el empleador, tratando de encontrar la mejor adecuación posible entre las necesidades de cada uno. El Comité se ve informado por el cuerpo legislativo de varias jurisdicciones nacionales y estudios académicos para llegar a un cabal entendimiento del concepto de ajuste razonable. Para determinar qué medidas de ajuste razonable adoptar, el Estado parte debe asegurar que las autoridades públicas identifiquen qué ajustes efectivos pueden ser adoptados para permitir al empleado ejercer las actividades esenciales de sus funciones. Cuando tales medidas efectivas (que no generen una carga indebida) no puedan ser identificadas e implementadas, el pase a segunda actividad del empleado debe ser considerado como una medida de ajuste razonable de último recurso. En este contexto, es responsabilidad de las autoridades del Estado parte adoptar todas las medidas de ajuste razonable que sean necesarias para adaptar los puestos existentes a las necesidades específicas del empleado.

8.8 El Comité considera que el pase a segunda actividad, regulado de diversas maneras en la legislación española, es la configuración o articulación institucional que pretende conciliar las obligaciones que se derivan para el Estado parte del derecho al trabajo (continuidad en el empleo) y el derecho a la igualdad y no discriminación. El Comité observa que, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley General 16/1991, todos quienes “tienen disminuida su capacidad” pueden pasar a segunda actividad. El Comité observa, además, que de acuerdo con el artículo 7.2 del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona, todos los miembros del cuerpo policial señalado que vean disminuidas sus capacidades y sean calificados con una incapacidad permanente total, no podrán solicitar el pase a segunda actividad. Adicionalmente, el Comité observa que, en el caso del autor, las calificaciones administrativas de la discapacidad realizadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social no analizaron el potencial que habría podido tener el autor en el desarrollo de una segunda actividad u otras actividades complementarias. Por otra parte, el Comité observa que el artículo 43 de la Ley General 16/1991 dispone la realización de un dictamen médico especial para evaluar las capacidades alternativas de quienes vean disminuidas sus capacidades, lo que no ocurrió en el caso del autor. Al respecto, el Comité observa que el autor ha visto disminuidas sus capacidades para el trabajo habitual de policía, hecho que no obsta las potenciales capacidades que podría desarrollar en una segunda actividad u otras actividades complementarias dentro del mismo cuerpo policial.

8.9 En el presente caso, el Comité considera que la normativa que impidió al autor el pase a segunda actividad, esto es, el artículo 7.2 del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona (ordenanza), no permite resguardar los derechos que le corresponden en virtud de la Convención, en especial, considerando la posibilidad de que su discapacidad sea evaluada en concreto, a través de una gestión que fomente las capacidades que pueda tener para la realización de una segunda actividad u otras actividades complementarias. El Comité observa que, tratándose de una regulación que intenta tomar en consideración los diferentes grados de discapacidad de manera objetiva, a objeto de articular y coordinar, en igualdad de condiciones, las pensiones por discapacidad con la conservación del empleo, el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona impide cualquier evaluación funcional alternativa de quienes han sido declarados con una incapacidad permanente total, afectando, a su vez, el derecho al trabajo, como sucedió en el caso alegado por el autor.

8.10 El Comité considera, por tanto, que la normativa aplicada al autor para impedir el pase a segunda actividad u otro diálogo encaminado a la realización de actividades complementarias de las tareas habituales del trabajo de policía es contraria a los derechos incluidos en los artículos 5 y 27 de la Convención. Además, considera que, en la medida en que el artículo 7.2 del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona impide a todos quienes han sido declarados con una incapacidad permanente total solicitar el pase a segunda actividad, el autor fue discriminado, por motivo de su discapacidad, en la “continuidad” en el empleo público que desarrollaba, constituyendo una violación al artículo 5, que resguarda el derecho a la igualdad y a la no discriminación de

las personas con discapacidad, y al artículo 27, que protege el derecho trabajo y al empleo de esas personas. Con respecto al artículo 5 de la Convención, el Comité considera que el presente caso revela una de las formas de discriminación prohibidas por la Convención, ya sea considerada como una discriminación directa o una denegación de ajustes razonables. Adicionalmente, con respecto al artículo 27 de la Convención, el Comité considera que, en el presente caso, la discriminación en relación con la continuidad en el empleo deriva de la denegación de cualquier diálogo o instancia orientada a una evaluación funcional alternativa de quienes, como el autor, han sido declarados con una incapacidad permanente total. El Comité considera, además, que, si bien el Estado parte persigue una finalidad legítima en la articulación institucional del pase a segunda actividad de sus empleados o funcionarios públicos, la ordenanza que se le aplicó al autor vulnera los derechos que le corresponden en virtud de los artículos 5 y 27 de la Convención.

8.11 El Comité, además, constata que el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona data del año 2002, mientras el Estado parte ratificó la Convención en el año 2008. A este respecto, el Comité advierte que la legislación interna anterior a la ratificación de la Convención por el Estado parte continúa utilizando un lenguaje propio del “enfoque médico”, como la utilización de los términos “incapacidad” o “dictamen médico”, para la evaluación de la participación de las personas con discapacidad en diversos ámbitos sociales, como se ha verificado en el presente caso. El Comité advierte, además, que el Estado parte observa una gran diversidad de normativas a nivel de las comunidades autónomas o incluso dentro de un mismo ayuntamiento, y que generan situaciones discriminatorias, con motivo de discapacidad, para el tratamiento de situaciones similares. El Comité considera, por tanto, que el Estado parte debe cumplir con las obligaciones generales contempladas en el artículo 4 de la Convención para modificar y armonizar las normas internas a nivel local, autonómico y nacional, que impiden el pase a segunda actividad sin una evaluación de los problemas y oportunidades que pueden tener las personas con discapacidad, y que constituyen, a su vez, una vulneración del derecho al trabajo.

8.12 Por consiguiente, el Comité considera que la jubilación forzosa del autor constituyó una violación del artículo 27, apartados a), b), e), g), i) y k), por el mismo y leído conjuntamente con el artículo 3, apartados a), b), c), d) y e); el artículo 4, párrafo 1, apartados a), b) y d), y párrafo 5; y el artículo 5, párrafos 1, 2, y 3 de la Convención.

## C. Conclusiones y recomendaciones

9. El Comité, actuando en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, dictamina que el Estado parte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 27 apartados a), b), e), g), i) y k), por el mismo y leído conjuntamente con el artículo 3, apartados a), b), c), d) y e); el artículo 4, párrafo 1, apartados a), b) y d), y párrafo 5; y el artículo 5, párrafos 1, 2 y 3, de la Convención. En consecuencia, el Comité formula las siguientes recomendaciones al Estado parte:

- a) En relación con el autor, el Estado parte tiene la obligación de:
  - i) Proporcionarle el derecho a una compensación por los gastos judiciales en que haya incurrido para presentar la presente comunicación;
  - ii) Adoptar medidas apropiadas para garantizar que el autor pueda ser sometido a una evaluación funcional alternativa, considerando las capacidades que podría tener en una segunda actividad u otras actividades complementarias, incluyendo los eventuales ajustes razonables que puedan requerirse;
- b) En general, el Estado parte tiene la obligación de adoptar medidas para evitar que se produzcan vulneraciones similares en el futuro, lo cual comprende:
  - i) Tomar todas las medidas que sean necesarias para ajustar el Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Barcelona (ordenanza) y su aplicación con los principios de la Convención y las recomendaciones del presente dictamen, para asegurar que el pase a segunda actividad no sea limitado a personas con grado de discapacidad parcial;

ii) De la misma manera, armonizar la diversidad de normativas locales y regionales que regulan el pase a segunda actividad de quienes se desempeñan como funcionarios en la administración pública, de conformidad con los principios de la Convención y las recomendaciones del presente dictamen.

10. De conformidad con el artículo 5 del Protocolo Facultativo y el artículo 75 del reglamento del Comité, el Estado parte debe presentar al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, que habrá de incluir información sobre las medidas que haya adoptado en vista del dictamen y las recomendaciones del Comité que figuran en el presente dictamen. Se pide asimismo al Estado parte que publique el dictamen del Comité, lo haga traducir a su idioma oficial y le dé amplia difusión, en formatos accesibles, a fin de que llegue a todos los sectores de la población.

---