Naciones Unidas CRPD/C/23/D/37/2016*

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Distr. general
29 de septiembre de 2020

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. 37/2016** ***

Comunicación presentada por:	J. M. (representado por la abogada Victoria Prada Pérez)
Presunta víctima:	El autor
Estado parte:	España
Fecha de la comunicación:	18 de marzo de 2016 (presentación inicial)
Referencias:	Decisión del Relator Especial con arreglo al artículo 70 del reglamento, transmitida al Estado parte el 2 de noviembre de 2015 (no se publicó como documento)
Fecha de adopción del dictamen:	21 de agosto de 2020
Asunto:	Derecho a la no discriminación en el mantenimiento o continuidad en el empleo (pase a segunda actividad)
Cuestión de procedimiento:	Fundamentación de las reclamaciones
Cuestiones de fondo:	Obligaciones generales en virtud de la Convención; igualdad y no discriminación; trabajo y empleo; ajustes razonables
Artículos de la Convención:	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, párr. 1, apdos. a), b), e) g), i) y k)
Artículo del Protocolo Facultativo:	2, apdos. c) y d)

1. El autor de la comunicación es J.M., español, nacido el 13 de marzo de 1968. Sostiene que es víctima de una vulneración por el Estado parte de los derechos que le

* Publicado nuevamente por razones técnicas el 12 de noviembre de 2020.

** Aprobado por el Comité en su 23º período de sesiones (17 de agosto a 4 de septiembre de 2020).

*** Participaron en el examen de la comunicación los siguientes miembros del Comité: Ahmad Alsaif, Danlami Umaru Basharu, Monthian Buntan, Imed Eddine Chaker, Gertrude Oforiwa Fefoame, Mara Cristina Gabrilli, Amalia Gamio Ríos, Jun Ishikawa, Samuel Njuguna Kabue, Kim Mi Yeon, László Gábor Lovászy, Robert George Martin, Dmitry Rebrov, Jonas Ruskus, Markus Schefer, Risnawati Utami.

asisten en virtud del artículo 27, párr. 1, apdos. a), b), e) g), i) y k), por el mismo y leído conjuntamente con los artículos 3, apdos. a), b), c), d) y e); 4, párrs. 1, apdos. a), b) y d), y 5; 5 párrs. 1, 2 y 3; y 13, párr. 2 de la Convención. El autor está representado por abogada. 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 13 de febrero de 2008 el autor sufrió un accidente de tráfico que le provocó una discapacidad permanente[1].

2.2 El 2 de julio de 2009, el Ministerio del Trabajo e Inmigración declaró la situación de incapacidad permanente total laboral para el desempeño de la profesión del autor. Conforme a la misma, se le reconoció una pensión del 55 % del salario que recibía en activo[2].

2.3 El 27 de julio de 2009, el autor solicitó ante el Ayuntamiento de Figueres el pase a segunda actividad[3]. El autor fundamentó su petición en la normativa autonómica de Cataluña, la Ley 16/1991 de 10 de julio de policías locales[4].

2.4 El 6 de agosto de 2009, el Ayuntamiento de Figueres, vía Decreto de Alcaldía, denegó la petición de pase a segunda actividad y de pago de complemento de las retribuciones del autor, procediendo a cesarlo como funcionario con fecha 2 de julio de 2009. Justificó su decisión alegando que al autor se le aplicaba la Ley 7/2007, de 12 de abril, de Estatuto Básico del Empleado Público, y que pasaba a jubilación forzosa.

2.5 El 3 de septiembre de 2009, la Generalitat de Cataluña reconoció al autor una discapacidad del 65 %.

2.6 El 17 de septiembre de 2009, el autor presentó un recurso de reposición contra la decisión del Ayuntamiento, indicando que la normativa citada hace referencia a los casos de jubilación, no siendo este su caso, y que el Ayuntamiento se había comprometido en 2006 a elaborar el reglamento de segunda actividad de la Guardia Urbana en el plazo de un año, pero nunca llegó a realizarse. El autor considera que esta falta de regulación no debería tener consecuencias negativas para él, sobre todo, cuando otros ayuntamientos ya lo habían regulado.

2.7 El 30 de septiembre de 2009, el Ayuntamiento de Figueres desestimó el recurso de reposición, alegando que el Estatuto Básico del Empleado Público contenía como motivo de jubilación forzosa de un funcionario la declaración de incapacidad permanente total. También indicaba que, al no haber regulado el pase a segunda actividad, pese a haberse comprometido a ello, no es aplicable a este caso.

2.8 El 26 de marzo de 2010 el autor inició la vía judicial con la presentación de un recurso contencioso administrativo, indicando que la Ley 16/1991, de 10 de julio, prevé la segunda actividad, condicionando su desarrollo normativo a nivel local, pero no su aplicación.

2.9 El 21 de julio de 2011, el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 1 de Girona a través de sentencia 251/2011 desestimó el recurso contencioso administrativo y declaró el

[1] El autor no detalla las consecuencias exactas de su accidente.

[2] El autor informa que el cálculo de la pensión se realiza según el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y como base de dicho cálculo el salario y tiempo de cotización del salario que recibía en activo.

[3] 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.

[4] 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 artículo 43, párr. 1, de la Ley 16/1991 establece: "Los policías locales que […] tienen disminuida su capacidad para cumplir el servicio ordinario pasan a la situación de segunda actividad, de acuerdo con lo dispuesto en el respectivo Reglamento municipal".

Estatuto Básico del Empleado Público como marco normativo aplicable al caso del autor y consideró que la situación de incapacidad permanente total implicaba el pase a una jubilación forzosa.

2.10 El 23 de septiembre de 2011 el autor presentó recurso de apelación de la sentencia 251/2011. En primer lugar, destacó el incumplimiento del Ayuntamiento de Figueres de la regulación del pase a segunda actividad. Esta falta de regulación no puede suponer una limitación del derecho al pase a segunda actividad recogido en los artículos 43 y 44 de la Ley 16/1991. En el recurso, el autor expuso la resolución del Sindic de Greuges de Cataluña[5], en la que recomienda al Ayuntamiento de Figueres que se deje sin efecto el Decreto de Alcaldía de 6 de agosto de 2009, y que la solicitud de pase a segunda actividad sea resuelta a la vista de lo que disponga el dictamen médico de un tribunal constituido conforme a la ley. En segundo lugar, el autor destacó la situación de discriminación frente a otros colectivos que tienen regulado el pase a segunda actividad, como son los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, los Mossos d'Esquadra (policía autonómica de Cataluña) o los ayuntamientos que han regulado vía reglamento el pase a segunda actividad.

2.11 El 13 de febrero de 2013, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña emitió la sentencia 183/2013 desestimando el recurso de apelación anterior. La sentencia comparte los criterios de primera instancia. Por otro lado, la sentencia señala que, al no tener el Ayuntamiento de Figueres el reglamento desarrollado, no se da el supuesto establecido en el artículo 43 (1) de la Ley 16/1991, y que, por lo tanto, no hay ninguna plaza reservada para segunda actividad, ni dotación presupuestaria. La sentencia concluye que el autor no cuenta "con la apoyadura legal suficiente para hacer valer su pretensión". Añade que, al estar el autor en situación de incapacidad permanente total, considera el juzgador que en virtud del Estatuto Básico del Empleado Público ha perdido su condición de funcionario, y que por tanto ha pasado a jubilación forzosa.

2.12 El 3 de abril de 2013, el autor presentó un incidente de nulidad de actuaciones por entender vulnerados sus derechos fundamentales. En primer lugar, de su derecho a una tutela judicial efectiva, conforme al artículo 24 de la Constitución. En segundo lugar, considera que se ha vulnerado el artículo 24 de la Constitución en relación con el artículo 10 (2) por cuanto los derechos fundamentales que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

2.13 El 13 de febrero de 2013 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña emitió auto por el cual acordó no haber motivos para la nulidad de actuaciones.

2.14 El 10 de septiembre de 2013, el autor interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la Constitución en relación con los artículos 9 (2), 9 (3), 10, 23, 35 y 40 de la misma.

2.15 El 29 de enero de 2014 el Tribunal Constitucional decidió no admitir a trámite el recurso de amparo por considerar que no había quedado acreditada la especial trascendencia constitucional del recurso.

2.16 El 21 de julio de 2014, el autor presentó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La demanda no se llegó a examinar debido a defectos de forma y no se pudo subsanar antes de que cumpliera el plazo de seis meses desde la última resolución judicial, y, por tanto, el caso no fue examinado.

2.17 Considerando lo señalado en los párrafos anteriores, el autor sostiene que ha agotado los recursos internos.

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, párrafo 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 una falta de regulación a nivel local, lo discriminó al excluirlo de la posibilidad de mantenerse en activo a través del

[5] El autor indica que el Sindic de Greuges de Cataluña es el ombudsman regional, el defensor del pueblo de Cataluña.

pase a segunda actividad, todo ello motivado por su condición de incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual.

3.2 El autor considera que el artículo 27 establece dos obligaciones para el Estado parte: a) la igualdad y no discriminación; y b) el obligatorio desarrollo y garantía del acceso y mantenimiento en el empleo. El autor afirma que no se le ha protegido frente a la discriminación cuando fue excluido del pase a segunda actividad por falta de desarrollo normativo vía reglamento. El autor también considera que el no reconocimiento de su derecho a trabajar viola el principio de accesibilidad.

3.3 El autor afirma que la obligación de salvaguarda y promoción del derecho al trabajo para las personas que adquieren una discapacidad durante el empleo se ve completamente vulnerada. Considera que el Ayuntamiento de Figueres no lo ha protegido, y que además lo ha discriminado, con el beneplácito del Poder Judicial. El autor alega que no se ha protegido el derecho a la igualdad de condiciones, ya que se ha condicionado el pase a segunda actividad a una falta de diligencia en la capacidad legisladora del Ayuntamiento de Figueres, y se han ignorado normativas de rango superior que contemplan este derecho, como la normativa autonómica. En el presente caso, no se ha permitido al autor que su capacidad sea valorada ni evaluada. Ni siquiera se ha planteado una adaptación del puesto de segunda actividad mediante ajustes razonables, y se ha extinguido su condición de funcionario público precisamente por tener una discapacidad, lo cual constituye una discriminación. De esta forma perdió su condición de funcionario por jubilación. El autor alega además que existe disparidad normativa que remarca esta situación de desigualdad y discriminación, ya que en otros ámbitos territoriales y con otras normativas, el pase a segunda actividad está reconocido.

3.4 El autor también denuncia la violación del artículo 4 de la Convención. En ese sentido, resalta que el marco normativo autonómico, la Ley 16/1991 de policías locales, es favorable a la pretensión del autor. Sin embargo, la decisión del Ayuntamiento de Figueres, basada en una falta de reglamento viola la Convención. El autor destaca que su petición inicial era que se buscaran alternativas profesionales a su situación, mientras el Ayuntamiento elaboraba el reglamento. Sin embargo, no hubo reglamento hasta 2015, y no se buscaron alternativas. El autor fue expulsado del cuerpo y una vez que ha habido reglamento, este no ha sido de aplicación retroactiva. Considera que una actuación acorde al artículo 4 de la Convención hubiera requerido que el Ayuntamiento de Figueres lo reubicara temporalmente, así como la aplicación de alguna medida de reajuste. Esta situación de discriminación se ve agravada por la existencia de casos similares de incapacidad permanente total en que sí se ha permitido el pase a segunda actividad, como es el caso de otros policías locales de otros ayuntamientos, o los Mossos d'Esquadra y bomberos de la Generalitat de Cataluña.

3.5 El autor también alega que los hechos de referencia constituyen una violación del artículo 5, párrafos 1, 2 y 3, de la Convención. Considera en efecto que ha sufrido una doble discriminación: la primera por tener una discapacidad, motivo real por el cual ha sido expulsado del cuerpo de policía local del Ayuntamiento de Figueres, sin que la administración ni el Estado como último responsable, hayan buscado alternativas ni medidas para ajustarse a su situación. En segundo lugar, el hecho de que, si hubiera pertenecido a otro colectivo de fuerzas de seguridad, tales como Mossos d'Esquadra, Bomberos de Cataluña, o policía local de otro ayuntamiento, la opción de pase a segunda actividad hubiera sido una realidad.

3.6 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 del Estado parte 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.

3.7 En relación con el artículo 27, párrafo 1, apartados e) y g), leído conjuntamente con el artículo 3, apartados a), b), c), d) y e), el artículo 4, párrafo 1, apartados a), b) y d), y el artículo 5, párrafos 1, 2 y 3, el autor considera que el Estado parte no potencia el empleo de las personas con discapacidad en el sector público, cuando a diferencia del sector privado, no se les permite continuar con un empleo con funciones diferentes a las que ya no pueden

desempeñar. Tampoco se potencia su reincorporación, pero se les expulsa de la función pública y se les jubila.

3.8 En relación con el apartado k) del artículo 27, párrafo 1, leído conjuntamente con el artículo 3, apartados a), b), c), d) y e), el artículo 4, párrafo 1, apartados a), b) y d) y el artículo 5, párrafos 1, 2 y 3, el autor alega que no se ha protegido el mantenimiento del empleo y su reincorporación porque la falta de reglamento y la interpretación de esta falta a nivel administrativo y judicial, ha hecho que se le haya excluido.

3.9 Por último, el autor solicita al Comité que se recomiende al Estado parte que le conceda una reparación adecuada y una indemnización integral a la gravedad de la infracción de sus derechos, la reparación más adecuada, que es la readmisión en el cuerpo de la Guardia Urbana del Ayuntamiento de Figueres, la valoración de su capacidad desde la igualdad y no discriminación, su subsiguiente pase a segunda actividad, el abono de las retribuciones no percibidas más el interés legal correspondiente y de las cotizaciones a la seguridad social, y una indemnización integral que reconozca el daño moral, y que valore el mismo.

Observaciones del Estado parte sobre la admisibilidad y el fondo

4.1 El 21 de octubre de 2016, el Estado parte presentó sus observaciones sobre el fondo de la comunicación. El Estado parte sostiene que la denuncia debería desestimarse íntegramente.

4.2 Asimismo, el Estado parte sostiene que no hubo violación del derecho a un proceso justo, que la Convención reconoce a todas las personas con discapacidad en su artículo 13, y reconocido por la Constitución en su artículo 24. El autor tuvo todas las posibilidades para reclamar, según el derecho interno, contra las decisiones de la autoridad administrativa o las resoluciones judiciales que desestimaron sus pretensiones, como así hizo.

4.3 Además, el Estado parte sostiene que no cabe apreciar discriminación en la normativa interna española, ya que cuando se decidió sobre la pretensión del autor del pase a segunda actividad, tanto en vía administrativa como en vía judicial, aun no se había promulgado el ulterior Reglamento municipal de pase a la Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Figueres, publicado en el *Boletín Oficial de la Provincia* de Girona el 26 de marzo de 2015, que además resultó ser contraria a los intereses del autor ya que incompatibilizó la declaración de incapacidad con el pase a segunda actividad. Ante la ausencia de normativa de desarrollo a nivel municipal se producía un vacío normativo en el plano autonómico y local, pues la Ley 16/1991 autonómica no bastaba para satisfacer por sí sola la pretensión del autor. Su artículo 43 prevé que los policías locales pasen a la situación de segunda actividad, pero "de conformidad a lo que establezca el reglamento municipal correspondiente". Su artículo 44 prevé la decisión relativa al grado de disminución de capacidad deberá emitirse previo y preceptivo dictamen médico. En este caso, a fin de resolver la solicitud formulada, había que acudir a las normas aplicables. 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 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[6]. En otras palabras, para el Estado parte, la cuestión a discutir no es el hecho de que concurra o no causa de jubilación según la normativa interna sino en si no hay discriminación por supuesta desigualdad de trato normativo irrazonable, en cuanto a lo que el legislador ha dispuesto para cada caso dentro de su margen de libertad de ordenación. Por tanto, de acuerdo con el ordenamiento jurídico español, es imposible el pase a segunda actividad para quienes ya no son funcionarios.

4.4 El Estado parte reconoce el largo período transcurrido desde la vigencia de la Ley autonómica 16/1991 de policías municipales hasta la aprobación del Reglamento municipal de 2015, y que como el autor reclama, ese período no debe asumirse a cargo del ciudadano,

[6] 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.

pero en este caso, no es así. Lo sería si la norma municipal hubiese establecido, aun tardíamente, la compatibilidad y posibilidad del pase a segunda actividad. El Estado parte recuerda, que tanto en el ámbito de la Policía Nacional como en el de la autónoma, análogamente, el funcionario por razón de declaración de incapacidad permanente total no puede pasar a segunda actividad. No se advierte por este lado, tampoco, un tratamiento desigual en el plano normativo.

4.5 El artículo 27, por su parte, concreta el derecho de las personas con discapacidad al empleo y a trabajar en condiciones de igualdad de derechos con los demás. Debe tenerse en cuenta que el tratamiento dado al autor ha sido, como se expuso anteriormente, conforme al ordenamiento jurídico vigente. No se le ha aplicado de manera diferente a como se le aplicaría a cualquier funcionario en su misma situación y perteneciente a su mismo cuerpo o escala. No ha habido, por tanto, aplicación arbitraria o discriminatoria de la norma al caso concreto.

4.6 Para el Estado parte, no hay discriminación por el hecho de advertirse distintas regulaciones que disciplinan supuestos no iguales, ya que se está ante dos planos legislativos territoriales distintos, de carácter autonómico dentro del Estado compuesto diseñado por la Constitución[7], como entidades territoriales autónomas distintas, con potestad legislativa formal, para aquellos ámbitos materiales de ordenación respecto de los que tienen legalmente competencia atribuida. A partir de ello, cada legislador posee el margen de libertad de configuración que le corresponde como poder ordenador en su territorio, otorgado directamente por los ciudadanos, siempre que se mantenga dentro de su ámbito material de competencia que la Constitución o las normas le atribuyan. Pretender que todos los poderes legislativos hubieran de dictar las mismas normas sería tanto como limitar de algún modo el poder territorial del legislador. El tratamiento diferente en el cual se encuentra el Cuerpo de Bomberos está basado en 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. 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. El Estado parte considera que la norma no entraña una desigualdad de trato discriminatoria o injusta en sí misma, ni incompatible con las obligaciones que para el Estado parte se derivan de la Convención.

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

5.1 El 20 de diciembre de 2016, el autor presentó sus comentarios a las observaciones del Estado parte sobre el fondo de la comunicación. El autor reitera las peticiones de su comunicación inicial.

5.2 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. El autor hace referencia a lo señalado en la Constitución, artículo 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 el Estado parte. 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 El autor reitera que cabe apreciar discriminación en la aplicación de la ley interna del Estado parte. El autor afirma que la ausencia de normativa de desarrollo producía un vacío normativo en el plano autonómico y local, y es completamente contraria a la Convención y a los casos examinados por el Comité. El autor considera que es injustificable que el Estado parte se escude en que no había reglamento, y cuando lo hubo,

[7] El artículo 137 de la Constitución Española prevé: “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses”.

no era favorable a los intereses del autor, siendo este punto cuestionable parcialmente, ya que el reglamento le sería favorable si tuviese carácter retroactivo.

5.4 El autor reitera que hay discriminación por el hecho de advertirse distintas regulaciones que disciplinan supuestos iguales. En relación con el artículo 27 de la Convención, el Estado parte indica que el ayuntamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 16/1991 es libre para establecer o no la compatibilidad. El autor insiste en que la Ley 16/1991 establece, no da opción, a regular vía reglamento el pase a segunda actividad. El autor entiende que la normativa debe ser interpretada conforme a la Convención, lo que invalida el argumento del Estado parte de que cada ayuntamiento en Cataluña tiene margen para determinar qué hacer en esta materia, ya que, en última instancia el responsable del cumplimiento de la Convención es el Estado parte. El autor reitera que no pretende inmiscuirse en la capacidad legislativa territorial prevista en la Constitución, pero sí pretende que se cumpla con la normativa internacional vigente, y en el presente caso, con 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 Cataluña, 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[8].

Observaciones adicionales del Estado parte

6.1 El 9 de marzo de 2017, el Estado parte presentó sus observaciones sobre los comentarios del autor. El Estado parte reitera sus argumentos ya formulados en sus observaciones del 21 de octubre de 2016.

6.2 En primer lugar, el Estado parte recuerda que la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales, tratados internacionales suscritos en materia de protección de los derechos fundamentales, se incluyen ciertamente en la enumeración genérica que el artículo 10.2 de la Constitución efectúa. En virtud del principio *iura novit curia*, se sobreentiende que cualquier decisión de los órganos judiciales internos ha tenido en cuenta el mandato del artículo 10.2 de la Constitución. El Estado parte recuerda, que los tratados internacionales, una vez ratificados y publicados pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno conforme al artículo 96 de la Constitución, siempre como "normas de derecho interno", pero en todo caso supeditadas a la Constitución. El artículo 93 de la Constitución establece la previa y superior vigencia de la Constitución. En definitiva, el reconocimiento de las pensiones de discapacidad que se prevé en la Convención queda a la interpretación del tribunal interno, que ha de tener en cuenta el artículo 10 de la Constitución, en conjunción con el resto del ordenamiento jurídico.

6.3 En segundo lugar, el Estado parte invoca como norma no alegada con anterioridad, la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de la Unión Europea, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general por la igualdad de trato en la ocupación laboral. El preámbulo (párr. 17) establece que "[l]a presente Directiva no obliga a contratar, ascender, mantener en un puesto de trabajo o facilitar formación a una persona que […] no esté capacitada […] para desempeñar las tareas fundamentales del puesto". Esta Directiva sí conlleva primacía sobre el derecho interno en cuanto que la adhesión a la Unión Europea supone una relación de integración de ordenamientos positivos y de supranacionalidad, no de mera colaboración como ocurre con los convenios de las Naciones Unidas.

6.4 En consecuencia el Estado parte sostiene que no resulta discriminatorio que una persona afectada por la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual, de acuerdo con el texto refundido de la Ley de la Seguridad Social del Estado parte, reciba la denegación del pase a segunda actividad adoptada por Decreto del Ayuntamiento de Figueres, de 6 de agosto de 2009.

[8] Instituto Nacional de la Seguridad Social (Lleida), resoluciones rev. 2013/50060; 50061 y 50062.

Observaciones adicionales del autor

7.1 El 9 de mayo de 2017, el autor presentó sus observaciones adicionales a las alegaciones complementarias presentadas por el Estado parte el 9 de marzo de 2017.

7.2 El autor insiste en que el objeto de la comunicación es que el Estado parte no ha respetado las indicaciones que la Convención establece y ha ignorado los artículos 10 y 96 de la Constitución al tomar la decisión respecto al caso de discriminación sufrida por el autor.

7.3 En relación con la normativa alegada por el Estado parte, el autor señala que la Directiva 2000/78/CE del Consejo de la Unión Europea mencionada por el Estado parte, señala en su artículo 2, párr. 2, apdo. a), que existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga. El autor quiere reflejar que si su caso se hubiera dado en otro ayuntamiento que contara con regulación en materia de pase a segunda actividad la decisión podría haber sido diferente.

7.4 En conclusión, en vista de todo lo expuesto el autor se reitera en las peticiones expuestas en la comunicación inicial.

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

Examen de admisibilidad

8.1 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.

8.2 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. El caso no fue examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debido a la falta de documentación y a la no subsanación en plazo por parte del autor. 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.

8.3 El Comité observa que el Estado parte no ha planteado ninguna cuestión relativa a la admisibilidad de la comunicación. 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.

8.4 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 inadmisible de conformidad con el artículo 2, apartado d), del Protocolo Facultativo.

8.5 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, 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

9.1 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.

9.2 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 no aplicación de la Ley 16/1991, por la falta de desarrollo de la normativa local prevista en dicha ley, que en sus artículos 43 y 44 establece el pase a segunda actividad de los policías locales, y la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público 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.

9.3 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, debido a la no existencia de normativa local de pase a segunda actividad del Ayuntamiento de Figueres como establece la Ley 16/1991. 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 Cataluña 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. Para el Estado parte, la cuestión a discutir no es el hecho de que concurra o no causa de jubilación según la normativa interna sino en si no hay discriminación por supuesta desigualdad de trato normativo irrazonable, en cuanto a lo que el legislador ha dispuesto para cada caso dentro de su margen de libertad de ordenación. El Comité también toma nota de que el Estado parte argumenta que el Reglamento municipal de Pase a la Segunda Actividad de la Guardia Urbana de Figueres que fue publicado el 26 de marzo de 2015 resultaría ser contrario a los intereses del autor ya que incompatibilizó la declaración de incapacidad con el pase a segunda actividad.

9.4 El Comité recuerda que en el artículo 4, párrafo 1, apartado a), de la Convención 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 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, 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[9]. 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.

9.5 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[10]. 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[11]. 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.

9.6 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[12]. 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[13]. 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 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.

9.7 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

[9] Observación general núm. 6, párr. 67.

[10] *Ibid*., párr. 24, apdo. b).

[11] *Ibid*., párrs. 26, apdo. a), y 67, apdo. h).

[12] 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.

[13] Observación general núm. 6, párr. 26, apdo. e).

al empleado ejercer las actividades esenciales de sus funciones[14]. 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.

9.8 En el presente caso, el Comité observa que se descartó la posibilidad de iniciar un proceso de evaluación de las barreras que le impidieron permanecer en el cuerpo de policía, dado que el autor fue privado de su condición de funcionario público en el momento de su jubilación forzada, y que no tuvo ninguna oportunidad de solicitar ajustes razonables que le hubieran permitido desempeñar funciones distintas. El Comité observa asimismo que el Estado parte no ha demostrado que no hubiera otro tipo de funciones dentro del cuerpo de policía en el que servía el autor que este hubiera podido desempeñar.

9.9 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[15]. 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 que la falta de desarrollo del reglamento local por parte del Ayuntamiento de Figueres, como estipula la Ley 16/1991, y la aplicación de la Ley 7/2007 de Estatuto Básico del Empleado Público en lugar de un Reglamento de segunda actividad impidió que el autor pudiera solicitar su pase a segunda actividad como establece dicha Ley. 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.

9.10 En el presente caso, el Comité considera que la falta de normativa local de pase a segunda actividad 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 la falta de reglamento local impide el pase a segunda actividad 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[16].

9.11 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 previstos en los artículos 5 y 27 de la Convención. 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 al 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

[14] *V. F. C. c. España* (CRPD/C/21/D/34/2015), párr. 8.7.
[15] *Ibid*., párr. 8.9.
[16] *Ibid*., párr. 8.10.

articulación institucional del pase a segunda actividad de sus empleados o funcionarios públicos, la ley que se aplicó al autor por no haber tenido un Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana en el Ayuntamiento de Figueres vulnera los derechos que le corresponden en virtud de los artículos 5 y 27 de la Convención.

9.12 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[17].

9.13 Por consiguiente, el Comité considera que la jubilación forzosa del autor como consecuencia de un accidente de tráfico que le provocó una discapacidad permanente 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

10. 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), 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. 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 adecuada, que incluya 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 Figueres (ordenanza) y su aplicación a los principios de la Convención y las recomendaciones del presente dictamen, asegurando que el pase a segunda actividad no se limite 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.

11. 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 sus idiomas oficiales y le dé amplia difusión, en formatos accesibles, a fin de que llegue a todos los sectores de la población.

[17] *Ibid*., párr. 8.12.